

REVISTA DO IBRAC

Direito da Concorrência, Consumo
e Comércio Internacional

Ano 20 • vol. 23 • jan.-jun. / 2013

Presidência do IBRAC
TITO AMARAL DE ANDRADE

Coordenação
LEONOR CORDOVI

Secretário-Executivo do IBRAC
JOSÉ CARLOS BUSTO

CONSELHO EDITORIAL NACIONAL

Barbara Rosenberg (São Paulo)
Bernardo Gouthier Macedo (São Paulo)
Gabriel Dias (São Paulo)
Eduardo Molan Gaban (São Paulo)
Eduardo Reale Ferrari (São Paulo)
Isabel Vaz (Belo Horizonte)
João Bosco Leopoldino da Fonseca (Belo Horizonte)
João Paulo Garcia Leal (São Paulo)
Juliana Oliveira Domingues (São Paulo)
Leopoldo Pagotto (São Paulo)
Lucia A. L. de Magalhães Dias (São Paulo)
Marcelo Procopio Calliari (São Paulo)
Marcos Bitelli (São Paulo)
Mariana Villela (Rio de Janeiro)
Mauro Grinberg (São Paulo)
Paolo Mazucatto (Belo Horizonte)
Pedro Dutra (São Paulo)
Rabih Nasser (São Paulo)
Ricardo Inglez de Souza (São Paulo)
Vicente Bagnoli (São Paulo)
Viviane Araujo Lima (São Paulo)

CONSELHO EDITORIAL INTERNACIONAL

Germán Coloma (Buenos Aires, Argentina)
Richard Wish (Londres, Inglaterra)
Luca Radicati di Brozolo (Milão, Itália)
James Rill (Washington, EUA)
Jacques Buhart (Paris, França)

IBRAC

Desde 1992
Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

www.ibrac.org.br
Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
Tel/Fax: 55 11 3872-2609 / 3673-6748
CEP 05013-001 - São Paulo, SP, Brasil

REVISTA DO IBRAC

Direito da Concorrência, Consumo
e Comércio Internacional

Ano 20 • vol. 23 • jan.-jun. / 2013

Coordenação

LEONOR CORDOVIL

Nesta edição:

Artigos ganhadores do Prêmio IBRAC TIM 2012 – Categoria: Graduação

IBRAC

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Instituto Brasileiro de Estudos de
Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

ISSN 1517-1957

REVISTA DO IBRAC

Direito da Concorrência, Consumo
e Comércio Internacional

Ano 20 • vol. 23 • jan.-jun. / 2013

Presidência do IBRAC

TITO AMARAL DE ANDRADE

Coordenação

LEONOR CORDOVI

• edição e distribuição da

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

A responsabilidade pela revisão e formatação dos textos é da Editora.

Diretora responsável

GISELLE TAPAI

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo
São Paulo – Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução
total ou parcial, por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8h às 17h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor
sac@rt.com.br

e-mail para submissão de originais
aval.artigo@thomsonreuters.com

Visite nosso site
www.rt.com.br

Impresso no Brasil: [06-2013]
Profissional
Fechamento desta edição: [22.05.2013]



REVISTA DO IBRAC

Direito da Concorrência, Consumo
e Comércio Internacional

Ano 20 • vol. 23 • jan.-jun. / 2013

Diretora Responsável

GISELLE TAPAI

Diretora de Operações Editoriais Brasil

JULIANA MAYUMI ONO

Equipe de Conteúdo Editorial: Bruna Schlindwein Zeni, Ítalo Façanha Costa e Rodrigo Salgado

Coordenação Editorial

JULIANA DE CICCO BIANCO

Analistas Documentais: Emine Kizahy Barakat, Luara Coentro dos Santos, Marcia Harumi Minata, Rafael Dellova, Roberta Grigoletto Corrêa de Araújo, Sue Ellen dos Santos Gelli e Tniago César Gonçalves de Souza

Equipe de Jurisprudência

Coordenação Editorial

LUÍZ CARLOS DE SOUZA AURICCHIO

Analistas Documentais: Caroline Neves da Silva, Diego Garcia Mendonça, Fernando Cavazani Damico, Juliana Cornacini Ferreira, Juliana Teles Fontes e Patricia Melhado Navarra

Assistente Editorial: Bruno Augusto Santos Capassi

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Coordenação Administrativa

RENATA COSTA PALMA E ROSANGELA MARIA DOS SANTOS

Assistentes: Cibele Souza Mendes e Tatiana Leite

Editoração Eletrônica

Coordenação

ROSELI CAMPOS DE CARVALHO

Equipe de Editoração: Adriana Medeiros Chaves Martins, Ana Paula Lopes Corrêa, Carolina do Prado Fatel, Gabriel Bratti Costa, Ladislau Francisco de Lima Neto, Luciana Pereira dos Santos, Luiz Fernando Romeu, Marcelo de Oliveira Silva e Vera Lúcia Cirino

Produção Gráfica

Coordenação

CAIO HENRIQUE ANDRADE

Auxiliar: Rafael da Costa Brito

DIRETORIA E CONSELHO DO IBRAC 2012 – 2013

Diretoria

Presidente TITO AMARAL DE ANDRADE	Diretor Regional de Brasília FRANCISCO TODOROV
Vice-Presidente CRISTIANNE SACCAB ZARZUR	Diretor de Estudos Econômicos BERNARDO GOUTHIER MACEDO
Secretário-Executivo JOSÉ CARLOS BUSTO	Diretora Editorial LEONOR CORDOVI
Diretor de Assuntos Internacionais AMADEU CARVALHAES RIBEIRO	Diretora de Relações de Consumo LUCIA A. L. DE MAGALHÃES DIAS
Diretora de Concorrência BARBARA ROSENBERG	Diretor Regional do Rio de Janeiro PEDRO PAULO SALLES CRISTOFARO
Diretor de Estudos de Regulação MÁRCIO DE CARVALHO SILVEIRA BUENO	Diretora de Comércio Internacional VERA KANAS GRYTZ

Conselho Deliberativo

Presidente Mauro Grinberg	Vice-Presidente Ricardo Inglez de Souza
-------------------------------------	---

Conselheiros

Ana Paula Martinez	José Carlos da Matta Berardo
Aurélio Marchini Santos	Lauro Celidonio dos Reis Neto
Bruno de Luca Drago	Maria Eugênia Novis
Caio Mario da Silva Pereira Neto	Mariana Villela
Carlos Francisco de Magalhães	Mario Girasole
Eduardo Caminati Anders	Pedro Dutra
Eduardo Molan Gaban	Priscila Brolio Gonçalves
Gabriel Dias	Reinaldo Silveira
Gianni Nunes de Araujo	Renê G. S. Medrado
Guilherme Favaro Corvo Ribas	Sérgio Varella Bruna
Gustavo Madi Rezende	Sonia Marques Döbler
João de Aquino Rotta	Vicente Bagnoli
João Paulo Garcia Leal	Cons. Acadêmica Amanda Flávio de Oliveira
Jorge Fagundes	Cons. Acadêmico Diogo R. Coutinho

SUMÁRIO

CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

1. Gestor, grupo econômico e fundos de investimento: reflexões sobre a Resolução Cade 2/2012
BRUNO DROGHETTI MAGALHÃES SANTOS 11
2. Impacto da análise prévia dos atos de concentração nas operações societárias
CAMILLA SCHRAPPE RIBEIRO..... 37

DOCTRINA INTERNACIONAL

1. Competition policy in regional trade agreements? What is missing? A comparative analysis of Caricom, Andean Community and Mercosur
MARCO BOTTA..... 61

INFRAÇÕES À ORDEM ECONÔMICA

1. Troca de informações entre concorrentes: limites e possibilidades da configuração de prática anticoncorrencial autônoma
ALBERTO AFONSO MONTEIRO..... 97
2. A nova dinâmica dos acordos de cessação de prática anticoncorrenciais no Brasil
PIERPAOLO BOTTINI, RICARDO INGLEZ DE SOUZA E ANA FERNANDA AYRES DELLOSSO 117
3. A defesa da concorrência no setor farmacêutico: litígios e acordos anticoncorrenciais
RICARDO ANDRÉ GALENDI JÚNIOR 141

POLÍTICA CONCORRENCIAL

1. O SuperCade e os Campeões Nacionais – Política industrial e defesa da concorrência no Brasil
MATHEUS DE MELLO DE ASSUNÇÃO..... 165
2. Defesa da concorrência e o esporte profissional
MAURO GRINBERG E BEATRIZ MALERBA CRAVO..... 181

3. O novo desenho institucional do antitruste brasileiro: uma análise crítica a partir da estrutura organizacional preconizada pela Lei 12.529/2011	
FERNANDO AMORIM SOARES DE MELLO.....	197
4. Direito de concorrência e direito do consumidor: em busca de maior proteção dos direitos dos consumidores	
DANIELA VASCONCELLOS GOMES.....	221
5. Propriedade intelectual no Cade: a evolução para a afirmação de uma competência	
CARLA FRADE DE PAULA CASTRO.....	241
6. A nova realidade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)	
RICARDO BRUNING BELLON.....	261

REGULAÇÃO

1. Expansão da malha de distribuição de gás natural canalizado a partir do fornecimento de GNC e/ou GNL: formação de mercados em áreas desprovidas de gasodutos	
KARINA MARTINS ARAUJO SANTOS.....	279

RELAÇÕES DE CONSUMO

1. A importância das mídias sociais para empresas	
MARIANA VIEIRA RIBEIRO DA SILVA ROMEIRO.....	307
2. A obsolescência programada: desafios contemporâneos da proteção ao consumidor	
JULIO GONZAGA ANDRADE NEVES.....	321

JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

1. Decisão

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA – Fixação de preços de revenda – Possibilidade de colusão tácita entre as empresas do mesmo segmento – Prática anticoncorrencial em cadeia verticalmente integrada que pode representar danos à sociedade, mesmo sem a imposição de sanções aos desviantes da precificação imposta

Resenha por MAURO GRINBERG E CAROLINA SAITO	343
---	-----

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORA INÉDITA.....	459
--	-----

Concentração Econômica

GESTOR, GRUPO ECONÔMICO E FUNDOS DE INVESTIMENTO: REFLEXÕES SOBRE A RESOLUÇÃO CADE 2/2012

1

BRUNO DROGHETTI MAGALHÃES SANTOS

Pós-graduando em Direito Econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (GVLaw). Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Econômico; Comercial

RESUMO: O enfoque do presente trabalho será comentar as principais mudanças estabelecidas pela Lei 12.529/2011 e pela Res. Cade 2/2012, bem como os impactos trazidos por tais mudanças, especificamente no que diz respeito à análise de Atos de Concentração dispostos no art. 90, II, da Lei 12.529/2011 e definição de grupo econômico. Será demonstrado que, ao definir o conceito de "grupo econômico de fundos de investimento", para fins de cálculo de faturamento para notificação obrigatória de Atos de Concentração, a Res. Cade 2/2012 não estabeleceu o modo como tal cálculo deve ser efetuado, gerando dúvidas quanto à aplicação da lei aos casos concretos. Além disso, será analisado o papel do gestor de um fundo de investimento e verificado em quais situações tal figura deve ser considerada integrante do mesmo grupo econômico dos fundos de investimento, para que, assim, o escopo inicial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em despendar mais tempo e recurso para analisar operações manifestamente relevantes seja alcançado.

ABSTRACT: The focus of this work will be to comment on the main changes established by Law 12.529/2011 and Cade Resolution 2/2012, as well as the impacts brought by such changes, specifically as regards the analysis of Acts of Concentration consisted in the article 90, II, by Law 12.529/2011, and definition of economic group. More specifically, it will be demonstrated that the Resolution did not establish how the turnover should be calculated, when defining the "economic group of investment funds" for the purposes of calculation of the turnover for compulsory merger notifications, which generates doubts about the application of the law to the concrete cases. In addition, the role of a fund manager will be analyzed and it will be verified in which situations this figure should be considered as a member of the same economic group of investment funds, in order for the Administrative Council for Economic Defense (Cade) initial scope of spending more time and resources to analyze transactions raising competitive concerns be reached.

PALAVRAS-CHAVE: Concorrência – Fundos de investimento – Grupo econômico – Gestor de fundo de investimento – Ato de Concentração.

KEYWORDS: Competition – Investment funds – Economic group – Asset management – Merger filing.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O novo sistema de defesa da concorrência: mudanças relevantes aos atos de concentração estabelecidas pelo art. 90, II, da Lei 12.529/2011 e pela Res. Cade 2/2012: 2.1 Problemas quanto à definição de grupo econômico de fundos de investimento – 3. A figura do gestor e sua inclusão como integrante do grupo econômico de fundos de investimento: 3.1 Considerações sobre o gestor; 3.2 O gestor como integrante de grupo econômico – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as mudanças estabelecidas pela Lei 12.529/2011¹ (“Lei de Defesa da Concorrência – LDC”) e pela Res. Cade 2/2012 e os seus impactos na análise de operações definidas no art. 90, II, da LDC.² Dentre as diversas alterações, os critérios de faturamento dispostos na Lei 12.529/2011, referentes à submissão de Atos de Concentração foram modificados sob a justificativa de que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) focaria a sua análise em operações manifestamente relevantes e condutas anticompetitivas. Além disso, de forma a regulamentar a LDC, a elaboração da Res. Cade 2/2012 estabeleceu novos critérios de incidência para submissão de Atos de Concentração, especificamente: (a) definição de grupo econômico de empresas e fundos de investimento, para fins de cálculo de faturamento constantes do art. 88 da Lei 12.529/2011; e (b) hipóteses de

1. A Lei 12.529/2011 revogou a Lei 8.884/1994 (à exceção dos arts. 86 e 87), trazendo diversas mudanças para o SBDC. Desde então, o SBDC, antes composto pelo Cade, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), passou a ser formado pelo Cade (constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos) e pela Seae.

2. Lei 12.529/2011:

“Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

(...)

II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas. (...).”

notificação obrigatória de aquisições de controle ou partes de uma ou outra empresas de que trata o art. 90, II, Lei 12.529/2011.

Nesse sentido, a Res. Cade 2/2012 instituiu de forma objetiva critérios mínimos de notificação, dispondo sobre hipóteses de operações que, em tese, são capazes de trazer impactos concorrenciais. O estabelecimento de tais critérios gerou mudanças na análise de conhecimento de operações submetidas ao SBDC, momento em que as autoridades de defesa da concorrência passaram a verificar tão somente aspectos estritamente formais de subsunção da norma ao fato, i.e., constatar se na operação submetida ao SBDC estão presentes os critérios mínimos para a incidência da lei.

Na vigência da Lei 8.884/1994, ao analisar o conhecimento de operações, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) avaliava a presença de “influência relevante” para fins de alcance do conceito de grupo econômico e incidência da lei para Atos de Concentração envolvendo aquisições de participações minoritárias por fundos de investimento, por exemplo. No novo sistema, a avaliação de “influência relevante” passou a ser realizada quando da análise de mérito, já que não é mais necessário avaliá-la na etapa de exame de admissibilidade, visto ter a legislação, nas hipóteses de notificação obrigatória, instituído de forma objetiva critérios mínimos de notificação, conforme acima mencionado.

No que se refere à definição de grupo econômico de fundos de investimento, a Res. Cade 2/2012, ao estabelecer uma maneira objetiva de aplicar a incidência da lei aos casos concretos, gerou dúvidas sobre o modo como se deve efetuar o seu cálculo de faturamento. Além disso, da maneira como o grupo econômico foi conceituado pela Resolução, operações concorrencialmente irrelevantes envolvendo fundos de investimento ainda estão passíveis de serem notificadas ao Cade, o que foge do escopo inicial da lei e da política do Cade em despender mais tempo e recurso para analisar operações manifestamente relevantes sob o escopo concorrencial. Tal motivo está, de certa forma, relacionado à inclusão da figura do gestor no grupo econômico, pois possibilita pelo critério de faturamento a submissão de operações ao SBDC.

Dessa forma, o presente trabalho está dividido em dois itens, sendo que o primeiro tratará do novo sistema de defesa da concorrência, especificamente no que se refere às mudanças de análise no controle de estruturas. Ainda, o primeiro item abordará eventuais dúvidas ocasionadas pela omissão de diretrizes da Resolução para cálculo de faturamento de grupo econômico de fundos de investimento e os seus possíveis efeitos. No segundo item serão analisados o papel do gestor de um fundo de investimento e em quais situações tal figura

deve ser considerada integrante do mesmo grupo econômico de fundos de investimento. Posteriormente, será apresentada a conclusão do trabalho.

2. O NOVO SISTEMA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: MUDANÇAS RELEVANTES AOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO ESTABELECIDAS PELO ART. 90, II, DA LEI 12.529/2011 E PELA RES. CADE 2/2012

Como é de conhecimento, em 29.05.2012, entrou em vigor a Lei 12.529/2012 (LDC), que reestruturou o SBDC. Dentre as diversas mudanças trazidas pela LDC, pode-se afirmar que a principal delas refere-se à análise prévia dos Atos de Concentração submetidos ao SBDC.

No regime da Lei 8.884/1994, o controle de estruturas era realizado pelas autoridades de defesa da concorrência a *posteriori* (controle *ex-post*), ocasião em que a avaliação e discussão dos efeitos de uma operação eram realizadas após a assinatura do 1.º documento vinculativo entre as partes. Já no regime da LDC, a avaliação e discussão dos efeitos de uma operação são realizadas antes da consumação do negócio, conforme disposto no seu art. 88, § 3.º.³ Assim, diferentemente do que dispunha o antigo regime, o controle de estruturas passou a ser prévio, o que, em termos práticos, modificou a cultura e estratégias de negócios, seja no tempo para se ter acesso a informações concorrencialmente relevantes ou até mesmo na remuneração dos executivos envolvidos na transação. Importante ressaltar, que a eficácia do negócio jurídico está condicionada à decisão final de aprovação pelo Cade.⁴ Dessa forma, como a consumação e a

3. "§ 3.º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei."

4. Embora essa condição já fosse disposta na Lei 8.884/1994 havia-se a dificuldade de assegurar a plena reversibilidade da operação, já que a sua consumação não dependia do aval do Cade. Nesse sentido, em operações consideradas complexas, o Cade celebrava com as partes envolvidas na operação um "Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação" (Apro), instrumento pelo qual eram estabelecidas medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil alteração, até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento, de acordo com o art. 139 e ss. do antigo Regimento Interno do Cade".

eficácia da operação dependem do aval do Cade, quanto mais as partes envolvidas em uma operação forem diligentes no processo, maior as suas chances de obterem uma decisão final no menor espaço de tempo.

A LDC instituiu também mudanças no que diz respeito aos critérios de incidência para submissão de operações ao SBDC. Sob a égide da Lei 8.884/1994, as operações deveriam ser submetidas quando qualquer dos participantes tivesse registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente ou superior a R\$ 400 milhões e/ou possuisse ao menos 20% do mercado objeto da operação. No novo sistema, as operações devem ser submetidas quando um dos grupos de empresas envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões; e o outro grupo tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, equivalente ou superior a R\$ 75 milhões. Conforme se observa, além da mudança no valor dos faturamentos, a participação de 20% no mercado relevante objeto da operação não é mais critério para submissão de uma operação ao SBDC.

Ressalta-se, que os valores de R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões, referentes aos faturamentos dos grupos econômicos envolvidos na operação, foram definidos pela Portaria Interministerial 994/2012, editada pelos Ministros da Justiça e da Fazenda, que após indicação do Plenário do Cade, adequou os valores dispostos na LDC (originalmente R\$ 400 milhões e R\$ 30 milhões, respectivamente).⁵ Tal indicação se daria por algumas razões, tais como a discussão de que os valores iniciais estariam defasados pela inflação; de que a maioria dos casos julgados pelo Conselho não traziam preocupações concorrenciais⁶ e que o Conselho deveria atribuir mais tempo e recurso para focar em casos complexos e na análise de condutas anticompetitivas.⁷

5. De acordo com o § 1.º do art. 88 da Lei 12.529/2011:

“Os valores mencionados nos incisos I e II do *caput* deste artigo [R\$ 400 milhões e R\$ 30 milhões] poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.”

6. De acordo com informações disponíveis no site do Cade, operações sob o rito sumário representam cerca de 75,5% do total de operações submetidas ao SBDC.

7. Tanto os valores de faturamento definidos pela LDC quanto a sua posterior alteração pela aludida Portaria geraram algumas críticas entre os operadores do direito antitruste. Em síntese, as críticas trazem reflexões sobre aspectos relevantes que não foram levados em consideração pelo Cade ao realizar tais alterações. Dentre elas, há aquela que diz respeito à provável exclusão de setores relevantes da econo-

Na mesma data em que a LDC entrou em vigor, três resoluções foram editadas pelo Cade,⁸ regulamentando grande parte das disposições da LDC. Dentre as novas resoluções, o Cade editou a Res. Cade 2/2012, que regulamentou os critérios de notificação estabelecidos pela LDC e estabeleceu o conceito de grupo econômico (tanto para empresas quanto para fundos de investimento), para fins de cálculo dos faturamentos mencionados acima.

Com efeito, a regulamentação estabelecida pela Res. Cade 2/2012 originou pelo menos duas mudanças relevantes na avaliação dos critérios de incidência da Lei 12.529/2011. A primeira delas diz respeito à análise de “grupo econômico” das empresas envolvidas em um Ato de Concentração, para fins de cálculo dos seus faturamentos. No antigo regime, tal análise era realizada caso a caso, a fim de verificar a ocorrência de “influência relevante” entre as empresas envolvidas na operação e, assim, determinar o alcance do grupo econômico para incidência da lei.

Entende-se como influência relevante “a possibilidade de um agente econômico fazer uso de uma participação societária minoritária, ou mesmo de uma simples relação contratual, para intervir no processo de decisão da sociedade alvo dos investimentos, afetando, por conseguinte, as ações e estratégias empresariais desta”.⁹ Dessa forma, uma vez sendo possível o agente influenciar

mia da análise antitruste, nos quais as empresas envolvidas não atingem o faturamento necessário para incidir na LDC. Nesse sentido, presume-se que a intenção do legislador constituinte/ordinário teria sido a de preservar a concorrência apenas em grandes mercados (de maior faturamento), trazendo a indagação se seria desejável haver isenção antitruste para médios e pequenos mercados (de alcance municipal/local). Todavia, a Constituição Federal de 1988 não faz esta distinção, de modo que, antes de excluir (criar isenções), a autoridade antitruste deveria ampliar o monitoramento dos mercados, seja pelo controle de estruturas, seja pelo controle de condutas. Outra crítica diz respeito aos objetivos da própria Lei 12.529/2011. Em síntese, o Direito da Concorrência visa garantir a máxima rivalidade possível, para, assim, preservar maiores ofertas, permitir os menores preços e garantir o máximo de bem-estar social. Em outras palavras, visa proteger a concorrência e, em última análise, o consumidor. Dessa forma, não se sabe ao certo até que ponto o enfoque a casos envolvendo empresas com grandes faturamentos sacrificaria o bem-estar social, haja vista que apenas operações de maior faturamento estariam passíveis de análise pelo Cade.

8. Res. 2, de 29.05.2012, que disciplina a notificação de atos de concentração; Res. 3, de 29.05.2012, que expede a Lista de Ramos de Atividades Empresariais; e Res. 4, de 29.05.2012, que estabelece recomendações para pareceres técnicos.
9. Voto do Conselheiro-relator, Sr. Olavo Zago Chinaglia. Ato de Concentração 08012.009529/2010-41. Requerentes: Huntington Centro de Medicina Reprodutiva

nas decisões mercadologicamente relevantes (tais como fixação de preços e estratégias econômicas), este era considerado como integrante do mesmo grupo econômico da empresa alvo da influência.

Com a Res. Cade 2/2012, tal análise passou a ser objetiva, dado que a própria resolução determinou o alcance do grupo econômico.¹⁰ Assim, como o próprio mandamento normativo estabelece o que é grupo econômico, a análise a ser realizada será verificar se os faturamentos das entidades entendidas como integrantes do mesmo grupo econômico alcançam o patamar mínimo para incidência da lei.

Entretanto, no que diz respeito à definição de grupo econômico para fundos de investimento, a Res. Cade 2/2012 foi omissa quanto à utilização dos critérios estabelecidos, gerando dúvidas sobre como aplicá-los aos casos concretos. Como consequência, o enfoque almejado pelo Cade em estabelecer critérios claros e objetivos para incidência da lei não foi totalmente alcançado, devendo a autoridade sinalizar a interpretação a ser dada para sua aplicação, seja por meio de decisões, seja por meio de nova regulamentação. Esta questão será abordada na próxima seção do presente trabalho.

A segunda mudança refere-se às hipóteses de notificação obrigatória dos Atos de Concentração de que trata o art. 90, II, Lei 12.529/2011.¹¹ Tais hipóteses (arts. 9.º a 11.º da Res. Cade 2/2012) constituem mandamentos objetivos mínimos para a incidência da lei, garantindo maior eficiência na análise de operações que possam resultar maiores preocupações concorrenciais.¹² Demonstra-se abaixo, quadro com descritivo resumido das hipóteses prescritas nos arts. 9.º a 11.º da Res. Cade 2/2012:

Lida. e Capital Tech Inovação e Investimentos – Fundo Mútuo de Investimento em Empresas Emergentes e Inovadoras, j. 24.11.2010, p. 5.

10. Apesar de a Res. Cade 2/2012 ter estabelecido a definição de grupo econômico, a ProCade, no Parecer 343/2012/ProCade/PGF/AGU (Ato de Concentração 08700.007119/2012-70, p. 18), ressaltou que a análise de influência relevante pode ser utilizada para determinar a abrangência de grupo econômico, mas em etapa posterior ao exame de conhecimento de uma operação.
11. “Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:
(...)
II – 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas (...).”
12. Parecer 343/2012/ProCade. Ato de Concentração 08700.007119/2012-70, p. 14.

Quadro 1

Hipóteses de Atos de Concentração (aquisições de participação societária) que são de notificação obrigatória ao Cade¹³

- ✓ Aquisições de controle;
- ✓ Aquisições de parte de empresa ou empresas que não acarretam aquisição de controle, mas que confirmam ao adquirente o *status* de maior investidor individual, ou (regras de "minimis"):
- ✓ No caso de empresas *não* concorrentes ou verticalmente relacionadas:
 - ✓ Aquisição resulte em 20% ou mais do capital social ou votante da investida;
 - ✓ Aquisição feita por titular de 20% ou mais de capital social ou votante, desde que a participação direta ou indiretamente adquirida de pelo menos um vendedor considerado individualmente seja *igual ou superior a 20%* do capital social ou votante;
- ✓ No caso de *empresas concorrentes ou verticalmente relacionadas*:
 - ✓ A aquisição resulte em 5% ou mais do capital social ou votante da investida;
 - ✓ Aquisição feita por titular de 5% ou mais de capital social ou votante, desde que a participação direta ou indiretamente adquirida de pelo menos um vendedor considerado individualmente seja *igual ou superior a 5%* do capital social ou votante.
- ✓ Consolidação de controle: aquisição de participação acionária pelo controlador quando a parcela direta ou indiretamente adquirida de pelo menos um vendedor considerado individualmente seja igual ou superior a 20% do capital social ou votante.

Fonte: elaboração própria, baseada nos arts. 9.º a 11.º da Res. Cade 2/2012.

O estabelecimento de hipóteses de notificação obrigatória modificou, assim, o exame de conhecimento de Atos de Concentração. A mudança estabelecida pela Res. Cade 2/2012 está evidenciada nos primeiros casos julgados pelo Cade sob a vigência da LDC, como por exemplo, o Ato de Concentração 08700.007119/2012-70 (Requerentes: BNDES Participações S. A./Prática Participações S.A.).¹⁴ Durante a análise da operação, a Procuradoria-Geral do Cade ("ProCade") emitiu parecer, oportunidade em que, ao avaliar se a operação se enquadraria aos critérios de incidência da LDC e da Res. Cade 2/2012, verificou que o faturamento dos "grupos econômicos" envolvidos na operação superou os limites mínimos fixados pela lei. Ainda em sede de exame de ad-

13. Ressalta-se, que para que tais hipóteses sejam submetidas ao SBDC, os critérios de faturamento de R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões também devem estar presentes.

14. Ato de Concentração 08700.007119/2012-70. Requerentes: BNDES Participações S.A./Prática Participações S.A. Operação: Trata-se do ingresso do BNDES no capital social da Prática Participações (Praticapar), por meio da subscrição de novas ações preferenciais, emitidas pela Praticapar, com direito a voto e conversíveis em ações ordinárias. Aprovada em 01.10.2012 pela Superintendência-Geral do Cade.

missibilidade, a Procuradoria verificou, contudo, que a presente operação não gerou: (a) aquisição de controle; (b) a incidência das regras de “*minimis*”, na medida em que a aquisição não conferiu a titularidade direta ou indireta de pelo menos 20% do capital social ou votante da empresa investida (Praticapar); e (c) a consolidação de controle acionário. Dessa forma, a ProCade concluiu que a operação não se subsumiu aos critérios de notificação obrigatória estabelecidos pela Res. Cade 2/2012, não devendo, portanto, ser conhecida.

Entretanto, uma vez que a operação teria sido submetida ao SBDC ad *cautelam*, dado que, apesar de não ter havido aquisição de controle, a BNDESPAR passaria a ter direitos geradores de “*influência determinante sobre matérias mercadologicamente relevantes*”, a Procuradoria avaliou a implicação de eventual caracterização de “*influência relevante*”. Quanto a esse ponto, a ProCade esclareceu que “*influência relevante não deve ser confundida com conceito de controle de que trata o art. 9, inciso I da Resolução Cade n. 2/2012,¹⁵ na medida em que os critérios de análise da submissão obrigatória ou não dos atos de*

-
15. “Art. 9.º As aquisições de participação societária de que trata o artigo 90, II, da Lei 12.529/2011 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 88 da mesma lei, quando:

I – Acarretem aquisição de controle; (...)”

De acordo com a ProCade, o conceito de controle deve ser interpretado no “sentido técnico da expressão”, prescrito nos arts. 116 e 243, § 2.º, da Lei 6.404/1976, a saber: “Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

“Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

(...)

§ 2.º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.”

concentração devem atender aos parâmetros objetivamente fixados no aludido ato infracional”.¹⁶

A ProCade ressaltou, contudo, que uma vez presentes os parâmetros mínimos fixados de forma objetiva na Res. Cade 2/2012, o conceito de influência relevante permanece de especial importância, tanto para a “análise da abrangência de um grupo econômico quanto na aferição da existência de sobreposição horizontal ou de integração vertical entre os grupos econômicos envolvidos em determinada operação”.¹⁷

Após a emissão do Parecer pela ProCade, o Superintendente-Geral do Cade, Sr. Carlos Ragazzo, proferiu Despacho, o qual acolheu o parecer emitido pela Procuradoria e decidiu pelo não conhecimento da operação.

Do entendimento da ProCade e da Superintendência-Geral do Cade (SG) quanto aos critérios para conceituação de “controle” e “influência relevante”, pode-se concluir que, no que concerne às hipóteses obrigatórias de submissão de Atos de Concentração estipuladas pela Resolução (i.e., exame de admissibilidade), a interpretação a ser utilizada deve ser àquela prescrita nos arts. 116 e 243, § 2.º, da Lei 6.404/1976 (Lei das S.A). Já quanto ao mérito, a interpretação a ser utilizada deve levar em consideração os conceitos de controle e influência relevante regularmente utilizados no âmbito do direito concorrencial.

Não obstante a Res. Cade 2/2012 ter estabelecido critérios objetivos para conhecimento de Atos de Concentração, observa-se que as hipóteses de notificação obrigatória também refletem a preocupação do Cade em analisar operações capazes de gerar efeitos anticoncorrenciais. Isto porque, as hipóteses de notificação obrigatória suscitam a reflexão de que as empresas adquirentes, após a operação, serão capazes de controlar ou influenciar as empresas adquiridas, dado o volume de participação adquirido e implicitamente o caráter duradouro do investimento.

Parece ter a Res. Cade 2/2012 sinalizado como distinguir, entre os Atos de Concentração descritos no art. 90, II, aqueles que constituem meros investimentos financeiros daqueles que geram controle ou influência relevante – e, por isso, a obrigatoriedade de notificação ao SBDC. No que concerne às operações envolvendo fundos de investimento, da mesma forma, parece ter a resolução sinalizado, a princípio, a distinção entre operações de mero veículo para investimento em portfólio daquelas que são meios para exercício de controle ou influência.

16. Parecer 343/2012/ProCade, p. 18 e 19.

17. Idem, p. 18.

A Lei 8.884/1994 não dispunha especificamente sobre hipóteses obrigatórias de notificação de Atos de Concentração. Assim, a submissão de operações que não levantavam preocupações mínimas concorrenciais (tais como operações de mero investimento financeiro) eram frequentemente analisadas e julgadas pelo Cade.

2.1 Problemas quanto à definição de grupo econômico de fundos de investimento

A Res. Cade 2/2012 estabeleceu em seu art. 4.º o conceito de grupo econômico para empresas e fundos de investimento, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/2011 e do preenchimento dos Anexos I e II da própria Resolução. A definição de grupo econômico tem como objetivo suprir a inexistência do significado de “grupo” disposto nos incs. I e II do art. 88 da Lei 12.529/2011,¹⁸ bem como estabelecer critérios mais objetivos para definição dos faturamentos a serem considerados para notificação de operações ao SBDC. Encontra-se abaixo a definição de grupo econômico descrita na Res. Cade 2/2012:

“Art. 4.º Entende-se como partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos.

§ 1.º Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11 e do preenchimento dos Anexos I e II dessa Resolução, cumulativamente:

- I – as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e
- II – as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

18. “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I – pelo menos um dos *grupos* envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II – pelo menos um outro *grupo* envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais)” (grifo do autor).

§ 2.º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente:

I – os fundos que estejam sob a mesma gestão;

II – o gestor;

III – os cotistas que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do inciso I; e

IV – as empresas integrantes do *portfólio* dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.”

Da leitura do art. 4.º acima, extrai-se que a definição de grupo econômico, à primeira vista, foi descrita de forma objetiva pela Resolução. Parece-nos crer que o Cade, ao definir grupo econômico na Resolução, baseou-se novamente na Lei das S. A. ao considerar a participação de 20% como participação “padrão” para presumir influência nas entidades elencadas nos incs. II (§ 1.º), III e IV (§ 2.º) acima. Nesse caso, parece ter o Cade considerado o conceito de empresas coligadas descrito no art. 243 da Lei das S.A.,¹⁹ que presume a existência de “influência significativa” quando a investidora for titular de 20% ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.²⁰

No entanto, no que diz respeito à definição de grupo econômico de fundos de investimento (art. 4.º, § 2.º), a Resolução deixou de considerar algumas questões primordiais que geraram dúvidas²¹ quanto à aplicação de tal definição aos casos concretos.

19. “Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício.

§ 1.º São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. (...)

§ 4.º Considera-se que há influência significativa quando a investidora detém ou exerce o poder de participar nas decisões das políticas financeira ou operacional da investida, sem controlá-la.

§ 5.º É presumida influência significativa quando a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital votante da investida, sem controlá-la.”

20. Nesse sentido, ver apresentação do Superintendente-Geral do Cade, Sr. Carlos Ragazzo, em evento realizado pelo Ibrac, disponível em: [www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/5SeminarioBH/PALESTRAS/Carlos%20Ragazzo.pdf]. Acesso em: 27.01.2013.

21. Ressalta-se que, grande parte das dúvidas descritas no presente trabalho é objeto do questionamento inicial sobre os termos da Res. Cade 2/2012 elaborado conjuntamente pelo Ibrac e Cccore e encaminhado ao Cade em 16.07.2012.

A primeira delas diz respeito ao faturamento do gestor do fundo. A Resolução não definiu como deve ser feito o cálculo de seu faturamento, ou seja, se apenas considerando o seu faturamento ou do grupo econômico ao qual pertence. Ainda, caso fosse considerar o faturamento advindo da prestação de serviços de gestão de um fundo, este seria constituído pela cobrança de taxas, tais como taxas de administração (fixa) e taxa de performance (variável). Essas taxas são geralmente definidas no regulamento de cada fundo e em termos práticos, informações referentes ao faturamento de um gestor não se encontram disponíveis a qualquer momento, o que dificulta a sua mensuração e utilização.

É preciso ressaltar que o faturamento de um gestor e até mesmo o seu patrimônio não devem ser confundidos com o faturamento e o patrimônio de um fundo de investimento. Isto porque, a instituição administradora é uma entidade autônoma com relação aos fundos. De acordo com Gazzini (2001, p. 49 e 50):²²

“[O] patrimônio do fundo não se confunde com o patrimônio da instituição administradora. Este é autônomo em relação àquele, de forma que tal patrimônio não poderá ser pretendido em nenhuma hipótese por eventuais credores da administração na busca da satisfação de seus créditos, bem como as obrigações do fundo deverão ser satisfeitas unicamente pelo patrimônio deste.”

De toda forma, basear-se nas taxas cobradas pelo gestor para cálculo de seu faturamento não parece ser a intenção do Cade, que indica estar preocupado com a sua dimensão e possibilidade de ter acesso a informações concorrencialmente relevantes em empresas (horizontal ou verticalmente relacionadas) que também possa gerir. Tal preocupação parece estar evidenciada no art. 4.º, § 2.º, I, da Res. Cade 2/2012, ao considerar que “os fundos que estejam sob a mesma gestão” são integrantes do mesmo grupo econômico.

Quanto a esse ponto, necessário, contudo, avaliar o papel do gestor nos fundos de investimento e verificar em quais situações ele possui acesso às informações mercadologicamente relevantes, de forma a ter influência nas empresas investidas, pois a Resolução nada dispõe sobre essa questão. Posto de outra forma, é necessário verificar quando a relação do gestor com a empresa investida é uma mera relação de capital (i.e., não há influência nas decisões da empresa) ou quando ele participa, de fato, das decisões operacionais da empresa-alvo do investimento. Tais considerações servirão para verificar em

22. GAZZINI, Fernando Schwarz. *Fundos de investimento no direito brasileiro*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001. p. 49 e 50.

quais hipóteses seria pertinente considerar o gestor como integrante do grupo econômico de fundos de investimento. Essa questão será tratada no próximo capítulo do presente trabalho.

Não obstante, dependendo do critério a ser utilizado para cálculo de faturamento do gestor de um fundo, tal figura pode ser geradora de notificação de grande parte das operações envolvendo fundos de investimento. Isto porque, o faturamento do gestor de um fundo (geralmente instituições financeiras com faturamento maior do que R\$ 750 milhões)²³ pode ensejar a notificação de uma operação somente pelo fato de possuir faturamento suficientemente alto para a incidência da lei, considerando a hipótese em que a outra parte possua um faturamento maior do que R\$ 75 milhões (ou vice-versa). Tal situação, além de gerar tempo e custos desnecessários à administração pública e aos seus administrados, possui efeito oposto aos objetivos pretendidos pelo novo sistema, qual seja, ensejar a análise somente de operações manifestamente relevantes.

Outro questionamento refere-se ao cálculo de faturamento dos próprios fundos de investimento. Não se sabe ao certo qual seria o conceito de faturamento de um fundo a ser aplicado pelo Cade. Como se sabe, o faturamento de um fundo de investimento é constituído pela valorização (rendimento) de suas quotas e, na vigência da Lei 8.884/1994, o cálculo de faturamento realizado pelo Conselho não era aplicado diretamente aos fundos de investimento, mas baseado tanto no faturamento dos quotistas do fundo quanto das empresas nas quais detinha participações relevantes.²⁴

Mais especificamente, com a construção jurisprudencial do Cade ao longo do tempo, chegou-se ao entendimento que, para preenchimento do critério de faturamento em operações envolvendo fundos de investimento, este seria calculado da seguinte maneira: (a) faturamento, individual de cada quotista e respectivo grupo econômico, que exercia influência relevante sobre a administração do fundo; e/ou (b) faturamento das empresas-alvo e respectivos grupos (em conjunto, ou seja, somando-se) nas quais os fundos detivessem participações, ainda que não diretamente envolvidos no negócio notificado.²⁵

23. Nesse caso, considerando a receita total do conjunto de suas atividades.

24. Ato de Concentração 08012.000900/2009-76. Requerentes: Visum Sistemas Eletrônicos S.A. e Governança e Gestão Participações S.A., j. 27.05.2009. Voto do Conselheiro-relator, Sr. Olavo Chinaglia, p. 2. Nesse sentido, ver Atos de Concentração 08012.014090/2007-73 e 08012.006082/2006-72, j. 13.02.2008 e 13.09.2006, respectivamente, pelo Plenário do Cade.

25. ANDERS, Eduardo Caminati. Cade e os fundos de investimento: balanço e perspectivas. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli

Como a Resolução não definiu como o cálculo de faturamento deve ser realizado, tem-se, desde então, procurado soluções para essa dúvida. Nesse sentido, houve a sugestão de utilização do “patrimônio líquido” como critério para cálculo de faturamento. Contudo, esse critério pode não corresponder exatamente ao faturamento (no caso de fundos, rendimento), uma vez que, em termos contábeis, patrimônio líquido é constituído pelos recursos (capital) aplicados e os seus rendimentos (lucros acumulados).²⁶

Outro ponto omitido pela Resolução diz respeito “aos cotistas que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do inciso I; e as empresas integrantes do portfólio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% do capital social ou votante” (art. 4.º, § 2.º, III e IV, da Resolução, respectivamente). Não se sabe se o Cade considerará apenas os seus faturamentos ou de todo os seus respectivos grupos econômicos.

Além disso, não se sabe também se o Cade somará ou não todos os valores de faturamento relacionados aos quatro incisos do § 2.º do art. 4.º da Resolução.

Espera-se que tais dúvidas sejam sanadas pelo Cade, sinalizando a interpretação a ser dada para tais questões, seja por meio de decisões (ou até súmulas), seja por meio de nova regulamentação.

3. A FIGURA DO GESTOR E SUA INCLUSÃO COMO INTEGRANTE DO GRUPO ECONÔMICO DE FUNDOS DE INVESTIMENTO

3.1 *Considerações sobre o gestor*

Fundos de investimento podem ser definidos como a “concentração de recursos administrados por uma empresa de financiamento que os aplica em carteira de títulos ou em valores mobiliários, distribuindo proporcionalmente entre os cotistas os resultados de tais aplicações”.²⁷ O ordenamento jurídico brasileiro dispõe sobre inúmeras modalidades de fundos de investimento, as quais, por sua vez, possuem características, finalidades, tempo e riscos distintos, o que possibilita aos investidores inúmeras opções de investimento.

(orgs.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração*. São Paulo: Singular, 2011. p. 160.

26. MARION, José Carlos. *Contabilidade empresarial*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 46.

27. HOUAISS, A.; VILAR, M. S. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. In: FREITAS, Ricardo dos Santos. *Natureza jurídica dos fundos de investimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 59.

Dentre as diversas modalidades de fundos de investimento, podemos citar os fundos de investimento (e.g. fundos multimercado, fundos de ações, fundos de renda fixa etc.), fundos de investimentos em participações, fundos de investimento imobiliário, fundos de investimento em cotas de fundos de investimento em participações, fundos mútuos de privatização – FGTS, fundos de investimentos em empresas emergentes, fundos multimercados, fundos de ações, dentre outros.²⁸

Apesar de cada espécie apresentar características próprias de organização e funcionamento, pode-se identificar sujeitos comuns que interagem dentro do conjunto das relações por eles constituídas. Os sujeitos comuns são assim denominados:²⁹

(a) cotista: é o titular das cotas emitidas pelo fundo de investimento;

(b) administrador: é a figura responsável por todos os atos necessários à administração do fundo e pelo exercício dos direitos inerentes dos ativos que o integram;

(c) custodiante: é a instituição responsável pelas movimentações e informações dos ativos, i.e., prestação de serviços de custódia, liquidação financeira e fiscalização dos serviços do administrador;³⁰ e

(d) distribuidor: é a instituição responsável pela venda das cotas do fundo.³¹

Ressalta-se, que dentre as atribuições do administrador, este pode delegar a gestão da carteira dos fundos de investimento a instituições autorizadas pela CVM para exercer a função de gestor do fundo. De acordo com o art. 7.º da Instrução CVM 306/1999, a autorização para o exercício da atividade de administração de carteira de valores mobiliários somente é concedida à pessoa jurídica³² domiciliada no País que:

28. Nesse sentido, ver Instrução CVM 409/2004, que regula, dentre outras coisas, sobre as hipóteses de “enquadramento” da maioria dos fundos de investimentos.

29. FREITAS, Ricardo dos Santos, *op. cit.*, p. 95.

30. A função do custodiante pode ser exercida pelo administrador, caso ele esteja legalmente habilitado para tanto.

31. Da mesma forma que o custodiante, a função de distribuidor pode ser exercida pelo administrador, desde que este seja membro do sistema de distribuição de valores mobiliários.

32. A pessoa física também pode exercer a atividade de administração de carteira de valores mobiliários, uma vez cumpridos os requisitos descritos no art. 6.º da Instrução CVM 306/1999.

(a) tenha como objeto social o exercício da administração de carteira de valores mobiliários e esteja regularmente constituída e registrada no CNPJ;

(b) atribua a responsabilidade pela administração de carteira de valores mobiliários a um diretor ou sócio-gerente autorizado a exercer a atividade pela CVM; e

(c) constitua e mantenha departamento técnico especializado em análise e estudos de investimentos que fundamentem as decisões a serem tomadas, mantendo os registros apropriados com as justificativas das recomendações feitas.³³

O gestor possui o papel de tomador das decisões do investimento, estando, contudo, limitado ao Regulamento do Fundo que, dentre outras atribuições, estabelece as políticas de investimento, bem como o tipo de influência (i.e., o papel “ativo” ou “passivo”) que o gestor terá nos ativos investidos. Vale ressaltar, que “a atividade de administração de carteiras é uma profissão na qual se estabelece um vínculo forte de confiança entre o gestor e o investidor, uma vez que este confia àquele a administração de sua poupança”.³⁴ Dessa forma, a relação entre os cotistas e os administradores (bem como os gestores) é baseada na fidúcia, tendo em vista que recursos investidos pelo primeiro possuem a intenção de que os administradores os empreguem de acordo com o regulamento estabelecido pelo fundo e pelas disposições legais vigentes.³⁵

Em virtude disso e tendo em vista o tamanho da indústria, no que se refere ao patrimônio total, o gestor é fiscalizado pela CVM,³⁶ bem como por associações de classe, tal como a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiros e de Capitais (Anbima), de modo a cumprir as exigências legais e as políticas de investimento fixadas pelo fundo. De acordo com Tatiana Nogueira da Rocha (2003, p. 101), o gestor da carteira dos fundos de investimento:

“(...) é o profissional responsável pela escolha dos ativos financeiros que serão incluídos na carteira dos fundos de investimento. Acompanha o mercado e procura definir os melhores momentos de compra e venda dos títulos e

33. ROCHA, Tatiana Nogueira da. *Fundos de investimento e o papel do administrador*. São Paulo: Textonovo, 2003. p. 102.

34. Portal do Investidor. Disponível em: [www.portaldoinvestidor.gov.br/menu/Menu_Investidor/prestadores_de_servicos/administradores_carteiras.html]. Acesso em: 25.01.2013.

35. ROCHA, Tatiana Nogueira da, op. cit., p. 180.

36. Ver Instrução CVM 306/1999. Disponível em: [www.cvm.gov.br/asp/cvmwww/atos/exiatio.asp?File=%5Cinst%5Cinst306.htm]. Acesso em: 25.01.2013.

valores mobiliários constantes da carteira. Para tanto, o gestor da carteira deve levar em consideração as disposições legais e também a política de investimentos de cada fundo de investimento estabelecida no regulamento, ou seja, os limites máximos e mínimos de alocação de cada modalidade de investimento que compõe a carteira, tendo em vista, entre outros fatores, os riscos, a taxa de juros, a inflação e o crescimento econômico.”

As políticas de investimento, por sua vez, são descritas de maneira detalhada no Regulamento e nos prospectos, ocasião em que são estabelecidos os objetivos, as estratégias de investimento, os tipos de títulos e valores mobiliários permitidos a investir, as políticas de seleção e alocação de ativos, políticas de concentração, dentre outras diretrizes. Tal descrição visa manter a transparência e confiança entre os investidores e os administradores/gestores, bem como evitar desvios de conduta por parte destes. De acordo com o Código Anbima de Regulação e Melhores Práticas de Fundos de Investimento:³⁷

“Art. 15. O Prospecto deve conter as principais características do Fundo de Investimento, dentre as quais as informações relevantes ao investidor sobre políticas de investimento, riscos envolvidos, bem como direitos e responsabilidades dos cotistas, devendo conter, no mínimo, os elementos obrigatórios, conforme descrito a seguir:

(...)

III. política de investimento: descrever, obrigatoriamente, como o Fundo de Investimento pretende atingir o seu objetivo de investimento, identificando as principais estratégias técnicas ou práticas de investimento a serem utilizadas, os tipos de títulos e valores mobiliários nos quais o Fundo de Investimento pode investir (incluindo derivativos e suas finalidades), políticas de seleção e alocação de ativos, e quando for o caso, políticas de concentração. Também deverão ser definidas as faixas de alocação de ativos e os limites de concentração e alavancagem, quando for o caso.”

Geralmente, as instituições autorizadas para exercer o papel de gestoras de um fundo de investimento são instituições financeiras com grande volume de capital e possuem profissionais qualificados, especializados em gerir os fundos de investimento. Assim, é comum que tais instituições gerem diversos

37. Código Anbima de Regulação e Melhores Práticas de Fundos de Investimento. Disponível em: [<http://portal.anbima.com.br/fundos-de-investimento/regulacao/codigo-de-fundos-de-investimento/Documents/Codigo%20de%20Fundos%20de%20Investimento.pdf>]. Acesso em: 26.01.2013.

fundos ao mesmo tempo. Em virtude disso, os gestores têm a sua disposição informações relevantes, que podem influenciar as suas tomadas de decisão na gerência das carteiras de diferentes fundos. Conforme demonstrado acima, a definição de políticas de investimento limita a atuação do gestor, de forma a mitigar eventuais desvios de conduta, bem como manter os níveis de confiança e transparência.

Além disso, a atuação do gestor pode estar limitada à Assembleia Geral de Cotistas (instância máxima de decisão de um fundo de investimento), na qual os cotistas podem exercer poderes políticos, tais como decidir ou alterar a política de investimentos, eleger e substituir o administrador/gestor, deliberar sobre alterações na taxa de remuneração do administrador, inclusive no que diz respeito à participação nos resultados do fundo, dentre outros.³⁸

Quanto ao desvio de conduta, o art. 14 da Instrução CVM 306/1999 dispõe que as pessoas (jurídica ou física) responsáveis pela administração da carteira devem observar as seguintes regras de conduta:

“Art. 14. A pessoa natural ou jurídica responsável pela administração da carteira de valores mobiliários deve observar as seguintes regras de conduta:

I – desempenhar suas atribuições de modo a atender aos objetivos de investimento do(s) titular(es) da carteira;

(...)

III – cumprir fielmente o contrato firmado com o cliente, prévia e obrigatoriamente por escrito, o qual deve conter as características básicas dos serviços a serem prestados, dentre as quais se incluem:

a. A política de investimentos a ser adotada, que deve estar de acordo com o perfil do investidor, a sua situação financeira e com os seus objetivos;

(...)

f. O conteúdo e periodicidade das informações a serem prestadas pelo administrador ao cliente.

IV – Evitar práticas que possam ferir a relação fiduciária mantida com seus clientes;

V – Manter atualizada, em perfeita ordem e à disposição do cliente, toda a documentação relativa às operações com valores mobiliários integrantes das carteiras sob sua gestão;

(...)

38. FREITAS, Ricardo dos Santos, op. cit., p. 222.

VIII – Prestar as informações que lhe forem solicitadas pelo titular da carteira, pertinentes aos valores mobiliários integrantes da carteira administrada. (...).”

Além disso, de acordo com o art. 17 da mesma Instrução CVM, o gestor, no exercício da atividade de administração de carteira de valores mobiliários, é diretamente responsável, civil e administrativamente, pelos prejuízos resultantes de seus atos dolosos ou culposos e pelos que infringirem normas legais, regulamentares ou estatutárias, sem prejuízo de eventual responsabilidade penal e da responsabilidade subsidiária da pessoa jurídica de direito privado que a contratou ou a supervisionou de modo inadequado.

3.2 O gestor como integrante de grupo econômico

Voltemos à questão da definição do grupo econômico. Conforme demonstrado no capítulo anterior, a Res. Cade 2/2012 incluiu como integrantes do Grupo Econômico de Fundos de Investimento:

“Art. 4.º (...).

§ 2.º (...):

I – os fundos que estejam sob a mesma gestão;

II – o gestor;

III – os cotistas que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do inciso I; e

IV – as empresas integrantes do portfólio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.”

Primeiramente, deve-se indagar se o gestor deve ser incluído como integrante do grupo econômico. A resposta deve ser positiva. Vislumbramos no item anterior que, dependendo do Regulamento de cada fundo, o gestor pode exercer um papel “ativo” nos seus investimentos. Além disso, tal figura pode gerir inúmeros fundos ao mesmo tempo e, assim, ter acesso a informações concorrencialmente relevantes de empresas que fazem parte de sua estratégia de investimento. Com efeito, a gestão comum em diversos fundos de investimentos pode alterar os incentivos concorrenciais das empresas objeto de investimento, na medida em que o gestor, por exemplo, pode coordenar as estratégias comerciais das investidas³⁹ e, com isso, gerar maior rentabilidade aos fundos geridos.

39. Sejam elas direta ou indiretamente concorrentes.

A possibilidade de controle ou influência relevante nas empresas investidas pelo gestor justifica de forma correta a sua inclusão como integrante do grupo econômico de fundos de investimento.

Entretanto, existem situações nas quais o gestor não terá controle ou influência nas decisões das empresas investidas. Isto porque, além do Regulamento do fundo poder estipular os limites de influência ou controle do gestor, não são todas as modalidades de fundos cujos investimentos possuem relevância concorrencial (tais como investimentos em títulos que acompanham o rendimento dos títulos do governo, títulos indexados CDI/Selic, contratos futuros, dentre outros).

Segundo, porque nas modalidades de fundos cujos investimentos podem suscitar preocupações concorrenciais (como é o caso de aquisição de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis), não é certo que o gestor terá algum tipo de controle ou influência relevante nos seus investimentos,⁴⁰ haja vista depender do quanto disposto pelo Regulamento de cada fundo e disposições legais aplicáveis.

Todavia, na tentativa de estabelecer critérios objetivos para definição dos faturamentos a serem considerados, a Res. Cade 2/2012 não distinguiu as hipóteses em que o papel do gestor pode ou não praticar atos ou adotar condutas que gerem efeitos concorrencialmente relevantes. Essa omissão pode ocasionar a incidência do critério de faturamento em casos em que, pela ausência de controle ou influência do gestor, não haveria necessidade de incluí-lo como integrante do mesmo grupo econômico dos fundos de investimento.

É o que ocorreu, por exemplo, no Ato de Concentração 08700.008570/2012-12 (Requerentes: International Finance Corporation/IFC Alac Brasil – Fundo de Investimento em Participações/Canopus Holding S. A.),⁴¹ operação na qual o gestor do Alac Fip (CRV DTVM – sociedade detida integralmente pelo San-

40. Salvo na modalidade dos fundos de investimentos em participações (FIPs), cujo art. 2.º da Instrução CVM 391/2003 dispõe que “[o] Fundo de Investimento em Participações (fundo), constituído sob a forma de condomínio fechado, é uma comunhão de recursos destinados à aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição, ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, *participando do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração*” (grifo do autor).

41. Ato de Concentração 08700.008570/2012-12. Requerentes: International Finance Corporation/IFC Alac Brasil – Fundo de Investimento em Participações/Canopus Holding S. A. Trata-se de aquisição de, aproximadamente, 6% a 9% do capital social

tander) não exercia influência alguma sobre qualquer aspecto das atividades negociais do Alac FIP,⁴² mas foi incluído como integrante do mesmo grupo econômico do Alac FIP.

Ocorre que, da mesma forma como foi interpretada a Res. Cade 2/2012 no caso BNDES/Praticapar, tanto a ProCade quanto a SG entenderam que a Resolução estabeleceu critérios objetivos relacionados ao conhecimento das operações pelo SBDC. Quanto à questão do grupo econômico de fundos de investimento, as autoridades entenderam que a “referida resolução também houve por bem adotar critérios objetivos relacionados à identificação dos integrantes de um determinado grupo econômico”.⁴³ Com efeito, de acordo com as autoridades, a inclusão do gestor como integrante do grupo econômico deve ocorrer “por força da direta incidência do disposto do inciso II do § 2.º do artigo 4.º da Resolução 2/2012 – Cade”,⁴⁴ independentemente de controle ou influência relevante detidos pelo gestor.

Entretanto, apesar de a Res. Cade 2/2012 ter adotado critérios objetivos para definição de grupo econômico de fundos de investimento, não há lógica um sujeito ser integrante de grupo econômico sem possuir qualquer vínculo, seja de controle ou influência relevante, com as entidades que integram o mesmo. Com efeito, a maneira como o gestor foi incluído no grupo econômico de fundos de investimento (i.e., sem haver qualquer tipo de especificação quanto à capacidade de controlar ou influenciar os seus investimentos) implica a necessidade de ajuste de tal ponto pelo Cade.

Assim, entende-se que o gestor deve ser incluído no grupo econômico de fundos de investimento apenas nas seguintes hipóteses, cumulativamente: (a) quando gerencia modalidades de fundos cujos investimentos possam suscitar efeitos concorrencialmente relevantes, e (b) quando sua gestão tenha o condão de controlar ou influenciar de forma relevante os ativos investidos. Em termos práticos, sabe-se da dificuldade em estabelecer um critério objetivo na legislação que englobe tais hipóteses. Entretanto, caberá ao Cade utilizar de sua *expertise* para solucionar tal questão, seja por meio de súmula, seja pela revisão da Resolução.

da Canopus pelo IFC e Alac FIP, respectivamente. Aprovada em 21.12.2012 pela Superintendência-Geral do Cade.

42. Tais como decisões de investimento e instruções de voto nas empresas investidas.

43. Parecer ProCade 407/2012, p. 10.

44. Despacho 481/2012, p. 4. Disponível em: [\[www.cade.gov.br/temp/D_D000000717831089.pdf\]](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000717831089.pdf). Acesso em: 30.01.2013.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho comentou as principais mudanças estabelecidas pela Lei 12.529/2011, quais sejam, análise prévia de Atos de Concentração e os novos critérios de faturamento para submissão de operações ao SBDC. Quanto à Res. Cade 2/2012, o trabalho vislumbrou que ela originou pelo menos duas mudanças relevantes na avaliação dos critérios de incidência da Lei 12.529/2011.

A primeira delas diz respeito à análise de conhecimento de Atos de Concentração, já que, ao estabelecer hipóteses obrigatórias para submissão, atribuiu caráter objetivo para incidência da lei. O estabelecimento de tais hipóteses, por outro lado, sinalizou como distinguir, dentre os Atos de Concentração descritos no art. 90, II, aqueles que constituem meros investimentos financeiros daqueles que geram controle ou influência relevante. O mesmo vale para operações envolvendo fundos de investimento, que, a princípio, a Resolução teria “filtrado” operações de mero veículo para investimento em portfólio daquelas que são meios para exercício de controle ou influência.

A segunda mudança está relacionada com a definição objetiva de grupo econômico (tanto para empresas quanto para fundos de investimento), para fins de cálculo de faturamento. Ao definir “grupo econômico de fundos de investimento”, a Resolução gerou dúvidas sobre o modo como se deve efetuar o seu cálculo de faturamento.

Já no segundo capítulo, foi demonstrado que o gestor possui o papel de tomador das decisões do investimento e o seu exercício está limitado ao Regulamento de cada fundo, bem como às atribuições legais vigentes. Além disso, o presente trabalho demonstrou que tal figura pode gerir inúmeros fundos ao mesmo tempo e ter acesso a informações concorrencialmente relevantes de empresas que fazem parte de sua estratégia de investimento. Entretanto, foi evidenciado que existem situações nas quais o gestor não possui controle ou influência nas decisões das empresas investidas, uma vez que, além do Regulamento do fundo poder estipular os limites de seu exercício, não são todas as modalidades de fundos cujos investimentos possuem relevância concorrencial.

Ao final, foi demonstrado que, apesar de a Res. Cade 2/2012 ter adotado critérios objetivos para definição de grupo econômico de fundos de investimento, ela não distinguiu as hipóteses em que o papel do gestor pode ou não gerar efeitos concorrenciais (i.e., exercer ou não controle ou influência). Tal omissão possibilita a incidência do critério de faturamento em casos em que não haveria necessidade de incluí-lo como integrante de grupo econômico dos fundos de investimento. Em virtude disso, tal ponto necessita de ajuste por parte do Cade.

Com efeito, entende-se que o gestor deve ser incluído no grupo econômico de fundos de investimento apenas nas seguintes hipóteses, cumulativamente: (a) quando gerencia modalidades de fundos cujos investimentos possam suscitar efeitos concorrencialmente relevantes, e (b) quando sua gestão tenha o condão de controlar ou influenciar de forma relevante os ativos investidos.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDERS, Eduardo Caminati. Cade e os fundos de investimento: balanço e perspectivas. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (orgs.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro: teoria e prática dos atos de concentração*. São Paulo: Singular, 2011.
- _____.; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente (coords.). *Comentários à nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012.
- BRASIL. Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Despacho 198/2012. Ato de Concentração 08700.007119/2012-70. Aprovado em: 01.10.2012 pela Superintendência-Geral do Cade. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000702411065.pdf]. Acesso em: 30.01.2013.
- _____. Despacho 481/2012. Ato de Concentração 08700.008570/2012-12. Aprovado em: 21.12.2012 pela Superintendência-Geral do Cade. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000717831089.pdf]. Acesso em: 30.01.2013.
- _____. Parecer 343/2012/ProCade/PGF/AGU. Ato de Concentração 08700.007119/2012-70. Aprovado em: 01.10.2012 pela Superintendência-Geral do Cade.
- _____. Parecer 407/2012/ProCADE/PGF/AGU. Ato de Concentração 08700.008570/2012-12. Aprovado em: 21.12.2012 pela Superintendência-Geral do Cade.
- _____. Resolução 2, de 29.05.2012. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%202012%20-%20An%C3%A1lise%20Atos%20Concentra%C3%A7%C3%A3o.pdf]. Acesso em: 12.12.2012.
- _____. Voto disponibilizado pelo Conselheiro-relator, Sr. Olavo Zago Chinaglia. Ato de Concentração 08012.009529/2010-41. j. 24.11.2010. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000570901838.pdf]. Acesso em: 12.12.2012.
- _____. Voto disponibilizado pelo Conselheiro-Relator, Sr. Olavo Chinaglia. Ato de Concentração 08012.000900/2009-76. j. 27.05.2009. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000434551222.pdf]. Acesso em: 12.12.2012.
- _____. Comissão de Valores Mobiliários. Instrução CVM 306, de 05.05.1999. Disponível em: [www.cvm.gov.br/asp/cvmwww/atos/exiatio.asp?File=%5Cinst%5Cinst306.htm]. Acesso em: 12.12.2012.
- _____. Lei 12.529, de 30.11.2011. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm]. Acesso em: 12.12.2012.

- _____. Lei 8.884, de 11.06.1994. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm]. Acesso em: 12.12.2012.
- _____. Lei 6.404, de 15.12.1976. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404consol.htm]. Acesso em: 12.12.2012.
- Código Ambima de Regulação e Melhores Práticas de Fundos de Investimento. Disponível em: [portal.anbima.com.br/fundos-de-investimento/regulacao/codigo-de-fundos-de-investimento/Documents/Codigo%20de%20Fundos%20de%20Investimento.pdf]. Acesso em: 26.01.2013.
- FREITAS, Ricardo dos Santos. *Natureza jurídica dos fundos de investimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GAZZINI, Fernando Schwarz. *Fundos de investimento no direito brasileiro*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2001.
- HOUAISS, A.; VILAR, M. S. *Dicionário Houaiss da língua portuguesa*. In: _____. *Natureza jurídica dos fundos de investimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MARION, José Carlos. *Contabilidade empresarial*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012. Portal do Investidor. Disponível em: [www.portaldoinvestidor.gov.br/menu/Menu_Investidor/prestadores_de_servicos/administradores_carteiras.html]. Acesso em: 25.01.2013.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Fundos de investimento na nova Lei de Defesa da Concorrência*. [S.L.: s.n.]. Disponível em: [www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/5SeminarioBH/PALESTRAS/Carlos%20Ragazzo.pdf]. Acesso em: 31.01.2013.
- ROCHA, Tatiana Nogueira da. *Fundos de investimento e o papel do administrador*. São Paulo: Textonovo, 2003.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – As estruturas*. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A análise dos atos de concentração no sistema financeiro nacional, de Walter Stuber – *RDB* 57/2012;
- A nova legislação brasileira de defesa da concorrência: perspectivas e desafios – Comentários à Lei 12.529/2011, de José Antonio Batista de Moura Ziebarth – *RIBRAC* 20/471;

- A nova lei de defesa da concorrência – Lei 12.529/2011, Leopoldo Pagotto, Bruno Oliveira Maggi e Gabriel Noronha Grecco – *RBDB* 55/15;
- As recomendações da OCDE para o desenvolvimento do direito concorrencial no Brasil e a Lei 12.529/2011, de Gustavo Flausino Coelho e Ricardo Mafra – *RIBRAC* 22/307;
- Bomba-relógio ou marca-passo? O prazo de análise de concentrações na nova Lei de Concorrência, de Luiz Eduardo Salles – *RIBRAC* 21/111;
- Integração vertical de empresas e direito da concorrência, de Fabiano del Masso – *RT* 928/1135; e
- Termo de compromisso de desempenho em atos de concentração no Brasil uma comparação com a experiência estrangeira, de Cristiane Landerdahl de Albuquerque – *RIBRAC* 21/161.

IMPACTO DA ANÁLISE PRÉVIA DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS

2

CAMILLA SCHRAPPE RIBEIRO

Bacharel em Direito pela PUC-SP. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico; Comercial/Empresarial

RESUMO: Sabe-se que com o advento da Lei 12.529, de 30.11.2011 ("Nova Lei Antitruste"), que substituiu a Lei 8.884 de 11.06.1994 ("Antiga Lei Antitruste"), uma das novidades de maior impacto consiste na análise prévia dos atos de concentração. Neste sentido, os atos de concentração somente terão validade depois de aprovados pela autoridade administrativa, visando aumentar a eficiência administrativa, reduzir o custo do administrado e tornar mais efetiva a defesa da concorrência. Destarte, o trabalho monográfico tratará, principalmente, sobre as operações societárias e os impactos gerados pela aprovação prévia dos atos de concentração, incluindo uma análise comparativa dos procedimentos adotados pela Antiga Lei Antitruste e os novos procedimentos trazidos pela Nova Lei Antitruste.

PALAVRAS-CHAVE: Operações – Aprovação – Prévia – Posterior – Ato de concentração – Concorrência.

ABSTRACT: It is known that Law No. 12529 of November 30, 2011 ("New Antitrust Law"), which replaced Law No. 8.884 of June 11, 1994 ("Prior Antitrust Law"), resulted mainly in a prior analysis of the corporate transactions. In this sense, the acts of concentration only will be valid upon the prior approval of the administrative authority, in order to increase the administrative efficiency, as well as to reduce the cost of the entity responsible for the transaction and to assure the antitrust defense. Therefore, this work will refer, mainly, to the corporate transactions and the consequences resulting from the prior approval of the acts of concentration, including a comparative analysis of the procedures adopted by the Prior Antitrust Law and the new procedures adopted by the New Antitrust Law.

KEYWORDS: Transaction – Approval – Prior – Posterior – Concentration act – Antitrust.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Aprovação das operações societárias: 2.1 Breve histórico sobre o direito antitruste; 2.2 Atuação do Cade; 2.3 Aprovação posterior pelo Cade: 2.3.1 Estrutura do Cade; 2.3.2 Aprovação dos atos de concentração; 2.3.3 Procedimento para submissão

dos atos de concentração ao Cade; 2.4 Análise prévia do Cade: 2.4.1 Estrutura do Cade; 2.4.2 Aprovação dos atos de concentração; 2.4.3 Procedimento para submissão dos atos de concentração ao Cade – 3. O impacto da Nova Lei Antitruste – 4. Considerações finais – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em primeiro lugar, para compreender melhor o cenário concorrencial, cabe ressaltar a importância das operações societárias, tais como a fusão, incorporação, cisão, transformação e aquisição do controle acionário. Para que tais operações sejam realizadas, é necessário que determinados procedimentos sejam seguidos. Dentre os procedimentos necessários à consumação de uma operação societária, destacam-se a realização de uma *due diligence*, a elaboração dos atos societários, contratos e acordos relacionados, bem como a aprovação da operação pela Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), pelo Banco Central do Brasil (“Bacen”), e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”).

O presente trabalho terá como foco a aprovação das operações societárias pelo Cade, tendo em vista as alterações trazidas pela Nova Lei Antitruste. Anteriormente, pela Antiga Lei Antitruste, a referida aprovação ocorria após a consumação da operação. Porém, com o advento Nova Lei Antitruste, a análise das operações societárias passou a ser realizada anteriormente a sua concretização.

Tendo em vista a mudança acima descrita, as operações societárias deverão ser submetidas à apreciação do Cade antes do fechamento do negócio, tornando mais fácil a imposição de medidas restritivas pelas autoridades, uma vez que o negócio somente poderá ser consumado com a aprovação do Cade.

Esses, portanto, serão os principais tópicos a serem abordados, além de outros assuntos correntes na mídia e recentes decisões que irão possibilitar um maior entendimento acerca do núcleo temático.

2. APROVAÇÃO DAS OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS

2.1 Breve histórico sobre o direito antitruste

A história do direito antitruste no Brasil pode ser dividida em quatro momentos históricos.

No primeiro momento, que teve início na era Vargas, não havia um sistema de defesa da concorrência propriamente dito, mas sim a ideia central de proteção à economia popular. Tal momento se caracterizou pela intervenção do Estado no domínio econômico, apenas regulando genericamente as condutas

anticompetitivas, de modo a tipificar crimes e contravenções penais contra a economia popular.

Com o advento da Lei 4.137 de 10.09.1962, iniciou-se o segundo momento, que foi marcado pelo início à estruturação de um efetivo sistema de defesa da concorrência no Brasil. Nesse período, ainda havia a intervenção do Estado na economia, mas passou a se construir uma base industrial e uma maior estabilidade dos preços.

Em virtude da promulgação da Constituição Federal de 1988, o intervencionismo do Estado foi aos poucos desaparecendo e foi estabelecida uma economia mais livre e competitiva, caracterizando, portanto, o terceiro momento histórico.

A partir do terceiro momento, o direito antitruste passou a se desenvolver com maior liberdade e, finalmente, em 11.06.1994, foi promulgada a Antiga Lei Antitruste, a qual definitivamente estruturou o sistema de defesa da concorrência no Brasil, transformando o Cade em autarquia federal, conferindo, portanto, poderes suficientes para combater abusos de poder econômico e a efetiva proteção do consumidor.

Neste contexto, as empresas brasileiras passaram a ter maior liberdade para conduzir seus negócios, vez que a intervenção direta do Estado não era mais utilizada como mecanismo para regular o direito antitruste. Tais instrumentos de intervenção direta foram substituídos pela introdução do controle dos atos de concentração.

Diante disto, resta evidente que a Antiga Lei Antitruste teve um papel demasiadamente relevante no direito antitruste, vez que revolucionou a defesa da concorrência no país. Porém, tendo em vista que o direito deve caminhar de acordo com as necessidades da sociedade, acompanhando suas transformações históricas, verificou-se a necessidade de reformar e modernizar a Antiga Lei Antitruste, o que foi realizado a partir da promulgação da Nova Lei Antitruste. As principais alterações trazidas pela Nova Lei Antitruste foram a modernização dos mecanismos e estruturas preexistentes, com a intenção de tornar os órgãos e a regulação antitruste em geral mais eficazes e eficientes.¹

2.2 Atuação do Cade

O Cade é entidade autárquica com jurisdição em todo o território nacional, que está vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Fede-

1. BARRIONUEVO, Arthur. *A Lei 12.529/11 e o controle de concentrações sob a ótica da análise econômica. A Nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 25-26.

ral, e competências previstas atualmente pela Nova Lei Antitruste, que veio substituir a Antiga Lei Antitruste.²

A atuação do Cade consiste na repressão administrativa às infrações de ordem econômica, consistindo em uma das formas de controle das operações de fusão, cisão, incorporação e aquisição de sociedades.

Portanto, o Cade deve empenhar esforços na preservação do princípio da livre concorrência, que consiste na ideia de que a concorrência não pode ser restringida ou subvertida por agentes econômicos com poder de mercado. Nesse sentido, é dever do Estado zelar para que as organizações com poder de mercado não abusem deste poder de forma a prejudicar a livre concorrência.

Assim dispõe o art. 170 da CF/1988, que traz um dos fundamentos basilares e determina a repressão ao abuso do poder econômico.³

O fundamento básico para a intervenção do Estado e criação do direito concorrencial é que se os mercados fossem perfeitamente competitivos (total eficiência econômica), não haveria necessidade de antitruste e regulação.

Para o cumprimento destas regras constitucionais, é necessária a existência de uma estrutura institucional capaz de fiscalizar a ordem econômica e impedir as práticas anticoncorrenciais ou abusivas e para isso existe atualmente a Nova Lei Antitruste.⁴

Com o objetivo de assegurar a regulação da concorrência, tanto a Antiga Lei Antitruste, quanto a Nova Lei Antitruste, que substituiu a primeira, adotaram os seguintes mecanismos de defesa da concorrência: (a) controle preventivo: consiste no controle dos atos de concentração bem como dos acordos e contratos. O objetivo do controle preventivo é controlar a concentração de poder econômico nos mercados, para evitar a existência de condições favoráveis ao exercício abusivo de posição dominante; e (b) controle repressivo: consiste na repressão ao abuso de poder econômico por meio de procedimentos administrativos, averiguações preliminares e processos administrativos; e (c) controle educativo: O papel pedagógico do Cade corresponde à difusão da cultura da livre concorrência.

Iremos adentrar em uma análise mais profunda do controle preventivo, que nos interessa neste estudo. O papel preventivo do Cade corresponde basicamente à análise das alterações estruturais do mercado, apresentadas sob a forma dos atos de concentração ou qualquer outra forma que possa afetar negativamente

2. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Disponível em: [http://www.cade.gov.br]. Acesso em: 01.10.2012.

3. Idem.

4. Idem.

a concorrência, ou seja, à análise das fusões, incorporações, associações entre sociedades, dentre outras. Importa salientar que nem todas as operações societárias devem ser submetidas ao Cade, mas somente aquelas que constituam atos de concentração passíveis de notificação de acordo com os critérios vigente, que atualmente correspondem àqueles dispostos na Nova Lei Antitruste.

Neste contexto, em se tratando de operações societárias passíveis de notificação, o Cade deve trabalhar para definir o mercado relevante em questão e decidir pela aprovação ou reprovação da operação societária.

Cabe esclarecer que o mercado relevante é um “ser vivo”, ou seja, não consiste em algo imutável e sua definição varia no tempo, no espaço, dependendo inclusive dos hábitos dos consumidores e do avanço tecnológico. Neste contexto, para viabilizar a definição do mercado relevante, são analisados os limites a ele impostos, quais sejam: (a) concorrentes diretos; (b) concorrentes substitutos; e (c) potenciais entrantes. Em regra, as estatísticas se baseiam no limite imposto pelos concorrentes diretos, porém, caso seja necessário, serão analisados também os outros limites.

O controle repressivo, por sua vez, consiste nos mecanismos adotados pelo Cade para reprimir o abuso de poder econômico. Vale a ressalva de que somente será configurada a infração à ordem econômica se houver exercício do poder econômico dominante, isto é, a dominação de determinado mercado relevante, demonstrando que existe a capacidade de impactar o mercado relevante. Isso significa que é necessário que seja identificada a prática das condutas elencadas no art. 36, § 3.º, da Nova Lei Antitruste (art. 21 da Antiga Lei Antitruste). Porém, tendo em vista que o rol do art. 36, § 3.º, da Nova Lei Antitruste (art. 21 da Antiga Lei Antitruste) é exemplificativo, a prática de tais condutas não é suficiente para que reste comprovada a infração, devendo necessariamente tal conduta estar enquadrada em alguma das hipóteses do art. 36, I a IV, da Nova Lei Antitruste⁵ (art. 20, I a IV, da Antiga Lei Antitruste).⁶

5. “Art. 36 da Lei 12.529/2012: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”

6. PRADO, Luiz Carlos Delorme. *Infrações da Ordem Econômica e legislação de defesa da concorrência no Brasil: uma perspectiva histórica*. In: FARINA, L. (org.). *A Nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 112-113.

No que se refere à função educativa do Cade, é possível afirmar que a difusão da cultura da livre concorrência é importante para implementar de modo concreto as regras de direito concorrencial, com o intuito de evitar a futuros prejuízos ao mercado.

2.3 *Aprovação posterior pelo Cade*

2.3.1 *Estrutura do Cade*

Primeiramente, é importante ressaltar que, nos termos da Antiga Lei Antitruste, os processos passavam pela Secretaria de Acompanhamento Econômico ("Seae") do Ministério da Fazenda, pela Secretaria de Direito Econômico ("SDE") do Ministério da Justiça, e, por último, pelo próprio Cade, que tinha o poder decisório.⁷

2.3.2 *Aprovação dos atos de concentração*

Segundo definição da Nova Lei Antitruste, realiza-se um ato de concentração que deve ser supervisionado pelo controle preventivo quando, sob qualquer forma manifestados, possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.⁸

Os atos de concentração podem ser verticais, que são aqueles em que os participantes não concorrem entre si, mas tem uma relação fornecedor-produtor-cliente em uma mesma cadeia produtiva; ou horizontais, que são aqueles em que os participantes concorrem no mercado.⁹ Vale ressaltar que, a infração será configurada independentemente de culpa e do efetivo alcance de seus efeitos, bastando que os atos manifestados possam gerar tais efeitos.

Neste sentido, e nos termos da Antiga Lei Antitruste, os critérios para apresentação de um ato de concentração ao Cade eram os seguintes: (a) Par-

7. *Idem*, p. 115.

8. Art. 54 da Lei 8.884/1994: "Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade:

§ 4.º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao Cade e outra à SPE."

9. OLIVEIRA, Gersner. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004. p. 77.

ticipação no mercado relevante igual ou superior a 20% (vinte por cento);¹⁰ ou (b) Pelo menos um dos grupos com faturamento bruto anual igual ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) no último exercício (no Brasil).

Ainda segundo a Antiga Lei Antitruste, o controle dos atos de concentração deveria ocorrer no prazo de 15 (quinze) dias úteis após a assinatura do primeiro documento vinculativo entre as partes, sendo, portanto, uma análise posterior. Neste sentido, resta claro que as partes podiam consumir a operação antes da aprovação pelo Cade.

Diante disto, vale a ressalva de que comente serão submetidas à análise posterior do Cade aquelas operações societárias que possam ser classificadas como ato de concentração passível de notificação, de acordo com os critérios impostos pela Antiga Lei Antitruste.

2.3.3 *Procedimento para submissão dos atos de concentração ao Cade*

De acordo com a Antiga Lei Antitruste, o início ao processo administrativo se dava com a submissão ao Cade do pedido de aprovação da operação, que deveria ser precedido do pagamento da taxa processual no valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) e do preenchimento pelas partes do formulário do Cade descrito na Res. Cade 2/2012.

O Formulário Cade tinha que ser preenchido com as seguintes informações: (a) Informações sobre as atividades das partes envolvidas na operação; (b) Descrição do ato ou contrato notificado; (c) Documentação relativa à operação; (d) Mercados relevantes envolvidos (produto/geográfico); e (e) Características gerais de tais mercados (barreiras à entrada de novos concorrentes, tendências do setor etc.).

Feito isto, a Seae tinha o prazo de 30 dias para realizar a análise econômica da operação, sendo que tal análise abrangia três esferas: (a) a promoção e defesa da concorrência; (b) a regulação econômica; e (c) o acompanhamento de mercados. E em ato subsequente, a SDE deveria dar continuidade ao processo por meio da realização da revisão legal no prazo de 30 dias, o que incluía a formulação, implementação e supervisão das políticas de proteção e defesa da ordem econômica, no âmbito da livre concorrência e da defesa dos direitos do

10. DEL CHIARO, JOSÉ; PEREIRA JR., Ademir Antonio. *O desenvolvimento da defesa da concorrência: do controle posterior ao controle prévio de atos de concentração*. In: FARINA, L. (org.). *A Nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 73.

consumidor.¹¹ Após receber os pareceres não vinculativos das duas secretarias (Seae e SDE), o Cade tinha a tarefa de julgar os processos no prazo de 60 dias, sob pena de aprovação automática da operação.

O Cade podia proferir uma das seguintes decisões: (a) Aprovação integral: a operação era aprovada na forma em que foi proposta; (b) Aprovação parcial: desconstituição parcial do ato realizado, bem como a imposição de condições para a aprovação; e (c) Reprovação: desconstituição total do ato realizado.

2.4 *Análise prévia do Cade*

2.4.1 *Estrutura do Cade*

Com o advento da Nova Lei Antitruste, a estrutura do Cade passou por uma reforma, por meio da qual a Secretaria de Acompanhamento Econômico (“Seae”) do Ministério da Fazenda passou a ser responsável pela análise das condições da concorrência nos setores específicos e propor medidas para corrigir eventuais distorções,¹² enquanto Secretaria de Direito Econômico (“SDE”) do Ministério da Justiça foi incorporada pelo Cade e funcionará como uma secretaria submetida ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica.

Assim, o Cade passou a ser constituído pelos seguintes órgãos: (a) Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; (b) Superintendência Geral; e (c) Departamento de Estudos Econômicos.¹³ O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica é composto por um presidente e seis conselheiros, com mandato de quatro anos, não renováveis, e tem como principais atribuições a tomada da decisão final em relação à aprovação dos atos de concentração e casos de conduta, a celebração de acordos, e a adoção de medidas preventivas para evitar infrações à ordem econômica.¹⁴ A Superintendência Geral, por sua vez, tem

11. Art. 54, § 6.º, da Lei 8.884/1994: “Após receber o parecer técnico da SPE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do Cade, que deliberará no prazo de trinta dias”.

12. ARAÚJO JR., José Tavares de. O papel da Seae no novo sistema de defesa da concorrência. In: FARINA, L. (org.). *A nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 90.

13. Art. 5.º da Lei 12.529/2011: “O Cade é constituído pelos seguintes órgãos:
I – Tribunal Administrativo de Defesa Econômica;
II – Superintendência-Geral; e
III – Departamento de Estudos Econômicos”.

14. ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012. p. 35-42.

suas competências definidas nos 18 incisos do art. 13 da Nova Lei Antitruste, dentre as quais se destacam as seguintes atribuições: (a) negociação de acordos de leniência; (b) investigação de condutas anticompetitivas; (c) proposição de acordos e medidas preventivas; e (d) análise de atos de concentração, podendo aprovar (com ou sem restrições) ou reprovar a operação.¹⁵ Por fim, o Departamento de Estudos Econômicos tem como principais atribuições a elaboração de estudos de mercado e pareceres.¹⁶

2.4.2 Aprovação dos atos de concentração

Segundo definição da Nova Lei Antitruste, realiza-se um ato de concentração quando: (a) duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; (b) uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários convertíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; (c) uma ou mais empresas incorporam outras empresas; ou (d) duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*. O Cade regulamentará – via Resolução – atos com o propósito específico de participação em leilões, licitações e operações de aquisição de ações por meio de oferta pública.¹⁷

Porém, de acordo com a definição da Nova Lei, não serão considerados atos de concentração aqueles destinados às licitações promovidas pela administração pública direta ou indireta e aos contratos delas decorrentes.¹⁸

No que se refere aos valores mínimos de faturamento para fins de notificação, a Portaria Interministerial 994/2012 estabeleceu que uma parte da operação deve ter registrado faturamento bruto no Brasil de pelo menos R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões) no último ano fiscal, enquanto a outra deverá ter faturamento mínimo de R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões) no mesmo período.

15. Idem, p. 49-56.

16. Idem, p. 69-71.

17. CUEVA, Ricardo Villas Boas. O conceito de ato de concentração na nova Lei da Concorrência. In: FARINA, L. (org.). *A nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 174.

18. Art. 90, parágrafo único, da Lei 12.529/2011: “Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes”.

Diante do acima exposto, verifica-se que o controle dos atos de concentração passou a ser prévio, isto é, a submissão ao Cade deve ser realizada antes do fechamento da operação societária, sob pena de multa no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) e nulidade do negócio e processo administrativo.¹⁹

Neste sentido, a Nova Lei Antitruste estabeleceu um prazo máximo para a análise do Cade, pois, por mais que seja admitida a prorrogação deste prazo, tal determinação permite a elevação do sentimento de previsibilidade pelo agente econômico. O controle dos atos de concentração deve ser realizado em, no máximo, 240 dias, contados da data em que a notificação for aceita pelo Cade. É admitida a prorrogação do prazo, exclusivamente, por 60 dias, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou por 90 dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, contados do pedido de aprovação do ato de concentração. Assim, entende-se que o Cade tem o prazo máximo de 330 dias para decidir sobre o ato de concentração. De acordo com os termos da Res. Cade 1/2012, caso o Cade não decida dentro desses prazos legais, a operação será considerada aprovada tacitamente e as partes poderão implementá-la.

Neste contexto, vale frisar que somente serão submetidas à análise prévia do Cade aquelas operações societárias que possam ser classificadas como ato de concentração passíveis de notificação, de acordo com os critérios impostos pela Portaria Interministerial 994/2012.

2.4.3 Procedimento para a submissão dos atos de concentração ao Cade

O início do processo administrativo se dá com a submissão ao Cade do pedido de aprovação da operação, que deve ser precedido do pagamento da taxa processual no valor de R\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) e do preenchimento pelas partes do formulário do Cade descrito na Res. Cade 2/2012.

O referido pedido deverá ser analisado pela Superintendência Geral, de modo a verificar se o pedido de aprovação está ou não completo. Em caso negativo, a Superintendência Geral deverá oficiar o requerente para que apresen-

19. Art. 88, § 3.º, da Lei 12.529/2011: "Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei".

te uma emenda ao pedido de aprovação. Na hipótese de o pedido de aprovação continuar incompleto, o referido pedido será rejeitado e arquivado, tornando necessário que o requerente realize um novo pedido de aprovação, além de ter que efetuar o pagamento da taxa processual novamente.²⁰

Porém, caso o pedido seja recebido na primeira análise ou após a realização de uma emenda, será realizada a publicação do edital, nos termos do art. 53, § 2.º, da Nova Lei Antitruste.²¹

A publicação do edital poderá ou não precisar de instrução complementar. Caso haja a necessidade de instrução complementar, a Superintendência Geral determinará as diligências a serem produzidas.²²

Diante da apresentação da instrução complementar, a Superintendência Geral deverá apresentar manifestação sobre a instrução, podendo aceitar a instru-

20. Art. 53 da Lei 12.529/2011: "O pedido de aprovação dos atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 desta Lei deverá ser endereçado ao Cade e instruído com as informações e documentos indispensáveis à instauração do processo administrativo, definidos em resolução do Cade, além do comprovante de recolhimento da taxa respectiva.

§ 1.º Ao verificar que a petição não preenche os requisitos exigidos no caput deste artigo ou apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, a Superintendência-Geral determinará, uma única vez, que os requerentes a emendem, sob pena de arquivamento".

"Art. 53. O pedido de aprovação dos atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 desta Lei deverá ser endereçado ao Cade e instruído com as informações e documentos indispensáveis à instauração do processo administrativo, definidos em resolução do Cade, além do comprovante de recolhimento da taxa respectiva.

§ 2.º Após o protocolo da apresentação do ato de concentração, ou de sua emenda, a Superintendência-Geral fará publicar edital, indicando o nome dos requerentes, a natureza da operação e os setores econômicos envolvidos."

21. Art. 53 da Lei 12.529/2011: "O pedido de aprovação dos atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 desta Lei deverá ser endereçado ao Cade e instruído com as informações e documentos indispensáveis à instauração do processo administrativo, definidos em resolução do Cade, além do comprovante de recolhimento da taxa respectiva. (...)

§ 2.º Após o protocolo da apresentação do ato de concentração, ou de sua emenda, a Superintendência-Geral fará publicar edital, indicando o nome dos requerentes, a natureza da operação e os setores econômicos envolvidos".

22. Art. 54 da Lei 12.529/2011: "Após cumpridas as providências indicadas no art. 53, a Superintendência-Geral: (...)

II – determinará a realização da instrução complementar, especificando as diligências a serem produzidas".

ção, se julgar que está completa, ou determinar nova instrução, se julgar que existem documentos ou informações pendentes.²³

Em se tratando de uma operação complexa, a Superintendência Geral poderá requerer que seja realizada nova instrução, caso entenda que os documentos disponibilizados até esta etapa não são suficientes para que profira sua decisão quanto à aprovação do pedido de submissão ao Cade.

Feito isso, a Superintendência Geral deverá analisar as instruções complementares e proferir sua decisão, que poderá consistir ou na aprovação do pedido de submissão ou no oferecimento de impugnação perante o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, caso entenda que o ato deva ser rejeitado, aprovado com restrições ou que não existam elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado.²⁴

Na hipótese de oferecimento de impugnação perante o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, o requerente poderá se opor à impugnação no prazo de 30 dias.

De outro modo, caso não sejam necessárias quaisquer instruções complementares depois de publicado o edital, a Superintendência Geral deverá proferir decisão terminativa a respeito do pedido de aprovação.²⁵

Neste caso, proferida a decisão terminativa pela Superintendência Geral, abre-se o prazo de 15 dias para que terceiros interessados ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora, ingressem com recurso contra tal decisão terminativa perante o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Ainda nesta fase, é possível também que o Tribunal Administra-

23. Art. 55 da Lei 12.529/2011: "Concluída a instrução complementar determinada na forma do inciso II do caput do art. 54 desta Lei, a Superintendência-Geral deverá manifestar-se sobre seu satisfatório cumprimento, recebendo-a como adequada ao exame de mérito ou determinando que seja refeita, por estar incompleta".

24. Art. 57 da Lei 12.529/2011: "Concluídas as instruções complementares de que tratam o inciso II do art. 54 e o art. 56 desta Lei, a Superintendência-Geral:
I – proferirá decisão aprovando o ato sem restrições;
II – oferecerá impugnação perante o Tribunal, caso entenda que o ato deva ser rejeitado, aprovado com restrições ou que não existam elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado".

25. Art. 54 da Lei 12.529/2011: "Após cumpridas as providências indicadas no art. 53, a Superintendência-Geral:
I – conhecerá diretamente do pedido, proferindo decisão terminativa, quando o processo dispensar novas diligências ou nos casos de menor potencial ofensivo à concorrência, assim definidos em resolução do Cade;"

tivo de Defesa Econômica, por meio de um de seus conselheiros ou de seu presidente, avoque o processo para julgamento.²⁶

Diante da apresentação de eventual recurso contra a decisão terminativa proferida pela Superintendência Geral, o requerente pode se manifestar sobre o recurso no prazo de cinco dias úteis, contado do conhecimento do recurso.²⁷

Diante disto, resta claro que, após a publicação do edital, dois cenários podem surgir – a necessidade de requisição de instrução complementar, ou a proferimento de decisão terminativa. Após a ocorrência de uma das alternativas acima descritas, o processo administrativo será distribuído ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, que poderá proferir, por meio de seu Conselheiro Relator, uma das seguintes decisões previstas no art. 59 da Nova Lei Antitruste: (a) determinar a inclusão do processo em pauta para julgamento, caso entenda que se encontre suficientemente instruído; (b) determinar a realização de instrução complementar, se necessário, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência Geral a realize, declarando os pontos controversos e especificando as diligências a serem produzidas; ou (c) autorizar, conforme o caso, precária e liminarmente, a realização do ato de concentração econômica, impondo as condições que visem à preservação da reversibilidade da operação, quando assim recomendarem as condições do caso concreto.

Caso a decisão proferida pelo Conselheiro Relator seja a determinação da inclusão do processo em pauta para julgamento, deverá ser realizado o julgamento nos termos do art. 61 da Nova Lei Antitruste.²⁸

26. Art. 65 da Lei 12.529/2011: “No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei: I – caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora;

II – o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação”.

27. Art. 65 da Lei 12.529/2011: “No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei: (...) § 2.º As requerentes poderão manifestar-se acerca do recurso interposto, em até 5 (cinco) dias úteis do conhecimento do recurso no Tribunal ou da data do recebimento do relatório com a conclusão da instrução complementar elaborada pela Superintendência-Geral, o que ocorrer por último”.

28. Art. 61 da Lei 12.529/2011: “No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou apro-

Passado o julgamento, o Conselheiro Relator que poderá tomar uma das seguintes decisões: (a) aprovar a operação sem restrições; (b) aprovar a operação com restrições; ou (c) reprová-la.

Importa mencionar que durante um período de até um ano após a consumação da operação, o Cade poderá requerer que terceiros interessados notifiquem o ato de concentração, mesmo que não tenham atingido o critério para notificações obrigatórias.

3. O IMPACTO DA NOVA LEI ANTITRUSTE

Num primeiro momento, quando a Nova Lei Antitruste estava na iminência de ser aprovada, a primeira reação dos agentes econômicos foi a antecipação do fechamento das operações societárias antes que a Nova Lei Antitruste entrasse em vigor. Isso porque o novo cenário gerou insegurança quanto ao futuro das operações em andamento.

O advento da Nova Lei Antitruste revela um importante passo evolutivo na história do direito concorrencial no Brasil, tendo como objetivo primordial a sofisticação da regulação das operações societárias e a consequente celeridade no julgamento.

A Nova Lei Antitruste trouxe diversas alterações para o sistema de defesa da concorrência no Brasil, destacando-se a reforma da estrutura do Cade, a revisão das multas a serem impostas às empresas infratoras, a substituição do critério subjetivo de submissão das operações societárias, a definição de um prazo máximo de 240 dias para o controle dos atos de concentração, e a introdução do controle prévio dos atos de concentração pelo Cade.

vá-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

§ 1.º O Tribunal determinará as restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados.

§ 2.º As restrições mencionadas no § 1º deste artigo incluem:

I – a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial;

II – a cisão de sociedade;

III – a alienação de controle societário;

IV – a separação contábil ou jurídica de atividades;

V – o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e

VI – qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

§ 3.º Julgado o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo”.

Não há dúvidas que a mudança que trouxe maior impacto para o mercado foi a alteração dos critérios de notificação dos atos de concentração, pois as empresas terão que se adequar aos novos procedimentos, o que trará consequências não só nos procedimentos formais de submissão da operação ao Cade, mas também na realidade do mercado, já que poderá influenciar na tomada de decisões por investidores e empresários no que diz respeito à possibilidade de ingressar ou não com investimentos no país.

Ao introduzir a análise prévia dos atos de concentração, além de garantir a eficiência da regulação antitruste, também contribuiu para o alinhamento do nosso mecanismo antitruste com aquele adotado pela maioria dos países no mundo, com exceção apenas do Egito e do Paquistão. Á título ilustrativo, vale frisar que os Estados Unidos,²⁹ a União Europeia³⁰ e a China³¹ adotam o mecanismo de controle prévio dos atos de concentração.

Assim, as novas regras trazidas pela Nova Lei Antitruste, apesar de serem mais complexas, pretendem sofisticar o procedimento de análise, mas sem atrasar ou reprovar injustificadamente as operações.

Nesse sentido, para assegurar que a Nova Lei Antitruste possa ser inserida na realidade brasileira sem causar quaisquer efeitos nocivos ao mercado, foram criados mecanismos que almejam a celeridade e a eficiência das novas regras.

Dentre os mecanismos supramencionados, a Nova Lei Antitruste tratou de alterar o critério subjetivo disposto na Antiga Lei Antitruste, determinando que apenas as transações com maior potencial ofensivo à livre concorrência serão alvo de análise pelo Cade, visando diminuir o número de operações a serem submetidas ao Cade, permitindo que o órgão tenha maior liberdade para analisar casos mais complexos.

Além disto, ao determinar um prazo máximo de 240 dias para a análise dos atos de concentração pelo Cade, a Nova Lei Antitruste contribuiu para o sen-

29. FEDERAL TRADE COMMISSION, (FTC). *Hart-Scott-Rodino Premerger Notification Program*. Estados Unidos da América, 2009. Disponível em: [<http://www.ftc.gov/bc/hsr/introguides/guide1.pdf>]. Acesso em: 25.09.2012.

30. EUROPEAN COMMISSION (EC). *EU competition law rules applicable to merger control: situation as at 1 April 2010*. União Europeia: 2010. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf]. p. 3.

31. CHANCE, Clifford. *A practical guide to chines merger control*. Estados Unidos da América, 2012. Disponível em: [www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2012/04/a_practical_guidet_ochinesemergercontrol.html]. Acesso em: 28.09.2012. p. 5.

timento de previsibilidade³² das empresas brasileiras, conferindo maior segurança jurídica aos processos de submissão de operações societárias. A determinação de um prazo máximo demonstra um alinhamento do nosso mecanismo com o de outros países, assim como os Estados Unidos³³ e a União Europeia.³⁴

A referida medida trazida pela Nova Lei Antitruste pretende conferir as decisões mais qualidade técnica, além de evitar o desgaste do risco de desconstituição de operações empresariais, assim como ocorreu nos casos da Nestlé³⁵ – Garoto (Ato de Concentração n. 08012.001697/2002-89)³⁶ e da Sadia-Perdigão (Ato de Concentração n. 08012.004423/2009-18)³⁷ abaixo mencionados.

32. ANDRADE, Maria Cecília. Atos de concentração – Análise prévia. In: BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues; ZANOTTA, Pedro. *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 66.

33. Federal Trade Commission (FTC). Op. cit., p. 9.

34. EUROPEAN COMMISSION (EC). Op. cit., p. 3.

35. ANDRADE, Maria Cecília. Op. cit., p. 76-77.

36. “Ato de concentração n. 08012.001697/2002-89 (*)

Requerentes: Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A.

Advogados: Carlos Francisco de Magalhães, Tércio Sampaio

Ferraz Júnior, Eduardo Caio da Silva, Fábio Nusdeo, Maria da Graça Britto Garcia e outros.

Relator: Conselheiro Thompson Almeida Andrade.

Ementa: Ato de concentração. Aquisição da totalidade do capital social da chocolates Garoto S.A. pela Nestlé Brasil Ltda. Hipótese prevista no art. 54, § 3.º, da Lei 8.884/1994. Concentração horizontal. Apresentação tempestiva. Acordo de preservação de reversibilidade de operação – Apro. Denúncias de descumprimento do Apro. Ausência de comprovação de descumprimento do Apro. Aprovação dos relatórios definidos no Apro pela CAD/Cade. Produtos relevantes: balas e confeitos sem chocolate, achocolatados, cobertura de chocolate e chocolates sob todas as formas. Dimensão geográfica dos mercados relevantes: território nacional. Grau de concentração resultante: mercado de balas e confeitos sem chocolates: 2,7%; mercado de achocolatados: 61,2%; cobertura de chocolate: 88,5%; e chocolates sob todas as formas: 58,4%. Reduzidos danos à concorrência nos mercados de balas e confeitos e de achocolatados. Eliminação de um dos três grandes players dos mercados de coberturas de chocolates e chocolates ob todas as formas. Estudos quantitativos e simulações mostram que operação reduz rivalidade no mercado de chocolates sob todas as formas. Adequação do modelo price standard às condições definidas no § 1.º do art. 54 da Lei 8.884/1994. Eficiências (reduções reais de custo) em torno de 12% dos custos variáveis de produção e de necessárias para compensar dano e impedir aumentos de preço. Eficiências insuficientes para compensar dano à concorrência e garantir a não redução do bem estar do consumidor. Não aprovação da operação. solução estrutural. Desconstituição do ato.”

37. “Ato de concentração n. 08012.004423/2009-18

Requerentes: Perdigão S.A. e Sadia S.A.

Ante o exposto acima e com base nos dados recentes disponibilizados pela *Mergermarket*³⁸ em 13 de agosto de 2012, que demonstrou que o Cade aprovou 10 das 16 operações submetidas para sua análise desde a aprovação da Nova Lei Antitruste, restou comprovado que a Nova Lei Antitruste tem condições de se adaptar à realidade brasileira de modo eficiente e positivo ao mercado.

Por outro lado, a Nova Lei Antitruste trouxe também aspectos negativos, dentre eles, a complexidade dos novos procedimentos e a imprevisibilidade da consumação da operação,³⁹ o que pode desencorajar os empresários e investidores a ingressarem com novos negócios no Brasil, mesmo porque a aprovação *a posteriori* consistia em um atrativo para investimentos no país, já que era um dos únicos países que ainda adotava este procedimento.

Advogados: Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, Barbara Rosenberg e outros.

Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

Ementa: Ato de concentração. Procedimento ordinário. Incorporação de ações da Sadia S.A. pela Perdigão S.A. BRF Brasil Foods S.A. subsunção ao art. 54, § 3.º, da Lei 8.884/1994 em função da participação de mercado resultante e faturamento das requerentes. Tempestividade. Apro. Parecer Scae pela aprovação com restrições. Parecer Procade pela aprovação com restrições ou reprovação. Indústria de alimentos refrigerados. Sobreposições horizontais. Aquisição e abate de frangos, perus, suínos e bovinos. Fornecimento de carnes in natura e processados (kit festas, lasanhas e pratos prontos, pizzas congeladas, hambúrgueres, kibes e almôndegas, empanados, mortadela, salsicha, salame, frios especiais, frios saudáveis, presunto, apresuntado e afiambrado, linguiça frescal, linguiça defumada e paio, bacon, patês cárneos e margarinas). Poder de compra. monopsônio na aquisição de frangos e suínos. Concentração elevada na oferta de carne in natura de perus. Duopólio. Entrada não efetiva. Ausência capacidade ociosa. Rivalidade não efetiva. Probabilidade de exercício de poder de mercado na oferta de carne in natura de perus. concentrações elevadas na oferta de processados. Escala mínima viável. Oportunidades de vendas. Lucratividade da entrada. Histórico de entradas. Entrada não efetiva. Rivalidade não efetiva. Necessidade de integração da cadeia produtiva. Economias de escala, escopo e custos irre recuperáveis. Dificuldades de acesso aos canais de distribuição e de venda. Supermercados e marcas próprias. Ausência de poder compensatório. Poder de portfólio. Produtos diferenciados. Marcas. Preponderância das marcas requerentes. Rivalidade direta entre marcas sadia e perdigão. Análise de preços e quantidades endidas. Análises econométricas. Elasticidades. UPP. Simulação. Demanda residual. Probabilidade de exercício de poder de mercado na oferta de processados. Efeitos anticompetitivos graves. Eficiências insuficientes. Failing firm não aplicável. Análise de remédios. Proposta TCD insuficiente. Reprovação da operação."

38. Disponível em: *Mergermarket* [<http://www.mergermarket.com>].

39. PASSOS, Fernando. Atos de concentração – Análise prévia – Parecer contrário. In: BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues; ZANOTTA, Pedro. *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 96-97.

Além disto, caso a estrutura do Cade não seja suficiente para lidar de modo célere com a complexidade dos novos procedimentos, a demora na análise prévia inviabilizará a consolidação de negócios, que no momento em que foram submetidos ao Cade, seriam importantes para o setor empresarial, para economia e para sociedade,⁴⁰ sendo evidentes os prejuízos gerados ao mercado até que o Cade profira sua decisão sobre a aprovação ou não da operação societária.

Na hipótese de não consumação do negócio em decorrência da demora na análise pelo Cade, o agente privado incorrerá em custos elevados em virtude da necessidade de desfazer um conjunto crescente de operações derivadas da transação original.⁴¹

Não obstante, as partes terão que ter um cuidado redobrado na disponibilização de documentos nos processos de *due diligence*, pois apesar de terem celebrado um contrato de confidencialidade, as partes devem permanecer como concorrentes até que a operação se consume. Desta forma, por mais que as partes tenham se comprometido a não divulgar as informações da outra parte e nem se utilizar dela para obter quaisquer vantagens, a simples disponibilização de determinadas informações para a outra parte já caracteriza um ponto sensível. Isso porque as partes terão conhecimento profundo da outra parte, incluindo seu *modus operandi* e os fatores que justificam o seu crescimento.

Vale frisar que, os dados estatísticos do Cade comprovam um aspecto negativo da aprovação da Nova Lei Antitruste, vez que demonstram que nos anos de 2004 a 2008, quando estava em vigor a Antiga Lei Antitruste, apenas 0,05% das operações foram culminaram em reprovação.⁴²

Neste contexto, se o Cade não for hábil para prevenir tais efeitos negativos e a Nova Lei Antitruste não de adequar à realidade brasileira, o mercado terá uma reação negativa ao novo cenário e o Brasil deixará de ser o polo atrativo para investimentos internos e externos.

Diante de todo o exposto, é possível afirmar que a aprovação da Nova Lei Antitruste em 30.05.2012 concedeu ao Cade, ao mesmo tempo, mais poder e autonomia, e uma carga de responsabilidade mais pesada, uma vez que o Cade terá uma tarefa difícil na adaptação do mercado à nova realidade. Isso porque terá que justificar na prática que a Nova Lei Antitruste é benéfica à realidade do Brasil, o que de fato só será viável se trouxer maior agilidade à aprovação das

40. Idem, p. 90.

41. Idem, p. 95-96.

42. Idem, p. 93.

operações e evitar que a referida Lei possa trazer prejuízos ao mercado. O objetivo do Cade é aprovar as operações entre 30 e 60 dias, contados da submissão do pedido de aprovação. Apesar disto, sabe-se que a Nova Lei Antitruste prevê um prazo máximo de 330 dias para a conclusão da análise e proferimento da decisão pelo Cade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste estudo foi possível abordar os conceitos básicos das operações societárias, bem como as principais providências que devem ser tomadas para que se consumem, desde a elaboração dos documentos societários até as aprovações regulatórias.

Dentre as aprovações regulatórias para a consumação das operações societárias, estudamos principalmente a aprovação da operação pelo Cade e o impacto da Nova Lei Antitruste.

Conforme abordado no capítulo 3 acima, existem aspectos negativos e positivos da entrada em vigor da Nova Lei Antitruste.

Se por um lado temos um procedimento mais complexo e uma maior incerteza quanto ao futuro das operações societárias, temos também um procedimento mais sofisticado e em pé de igualdade com os outros países, o que evita diversas diligências judiciais.

Diante disto, é possível concluir que a Nova Lei Antitruste pode ser benéfica ao Brasil, desde que o Cade atue com agilidade, precisão, transparência, e independência, com o intuito de afastar o ambiente de incerteza e encorajar a permanência e o ingresso de investimentos no Brasil. Para tanto, é imprescindível que o Cade invista na sua estrutura, pois com mais recursos humanos e financeiros terá meios mais palpáveis de atuar de modo célere. Caso contrário, de nada adianta importar conceitos estrangeiros, vez que não terá real aplicabilidade na realidade brasileira.⁴³

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Método, 2012.
- ANDRADE, Maria Cecília. Atos de concentração – Análise prévia. In: BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues; ZANOTTA, Pedro. *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010.

43. ANDRADE, Maria Cecília. Op. cit., p. 77.

- ARAÚJO JR., José Tavares de. O papel da Seae no novo sistema de defesa da concorrência. In: FARINA, L. (org.). *A Nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.
- BARRIONUEVO, Arthur. *A Lei 12.529/11 e o controle de concentrações sob a ótica da análise econômica*. A Nova Lei do Cade. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.
- BERTOLDI, Marcelo M. *Curso avançado de direito comercial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2003. vol. 1.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 10. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues; ZANOTTA, Pedro. *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010.
- _____. *Direito da concorrência e propriedade intelectual*. São Paulo: Singular, 2010.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 1997. vol. 1.
- CHANCE, Clifford. *A practical guide to chinese merger control*. Estados Unidos da América, 2012. Disponível em: [www.cliffordchance.com/publicationviews/publications/2012/04/a_practical_guide_to_chinese_merger_control.html]. Acesso em: 28.09.2012.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. vol. 2.
- FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). *Hart-Scott-Rodino Premerger Notification Program*. Estados Unidos da América, 2009. Disponível em: [www.ftc.gov/bc/hsr/introguides/guide1.pdf]. Acesso em: 25.09.2012.
- EUROPEAN COMMISSION (EC). *EU competition law rules applicable to merger control: situation as at 1 April 2010*. União Europeia, 2010. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/merger_compilation.pdf]. Acesso em: 24.09.2012.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 01.10.2012.
- CUEVA, Ricardo Villas Boas. O conceito de ato de concentração na Nova Lei da Concorrência. In: FARINA, L. (org.). *A Nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.
- DEL CHIARO, José; PEREIRA JR., Ademir Antonio. O desenvolvimento da defesa da concorrência: do controle posterior ao controle prévio de atos de concentração. In: FARINA, L. (org.). *A Nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.
- DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Concorrência e defesa comercial*. In: BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues; ZANOTTA, Pedro. *Desafios atuais da Regulação Econômica e Concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010.
- EIZIRIK, Nelson. *Temas de direito societário*. São Paulo: Renovar, 2005.

- FARINA, Elizabeth M. M. Q.; TITO, Fabiana. Análise prévia dos atos de concentração e eficácia do controle de fusões: perspectivas a partir de uma análise prévia da Lei 12.529/11. In: FARINA, L. (org.). *A Nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.
- FIGUEIREDO JR., Geraldo; GUATIERRA, Ricardo A. Limite ao processo investigatório. In: BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues; ZANOTTA, Pedro. *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010.
- FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis (coord.). *Direito societário: sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- GILBERTO, André Marques. Processo antitruste sancionador: a aplicabilidade dos princípios de direito. In: BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues; ZANOTTA, Pedro. *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. São Paulo: Renovar, 1999.
- NASCIMENTO, Rui Coutinho de. Quatro momentos do antitruste no Brasil. In: FARINA, L. (org.). *A Nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.
- OLIVEIRA, Gersner. *Direito e economia da concorrência*. São Paulo: Renovar, 2004.
- PASSOS, Fernando. Atos de concentração – Análise prévia – Parecer contrário. In: BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues; ZANOTTA, Pedro. *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010.
- PASTORE, Ricardo Ferreira. Advocacia da concorrência no Brasil. In: BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues; ZANOTTA, Pedro. *Desafios atuais da regulação econômica e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2010.
- PÉCORÁ, José Flávio; MAGALHÃES, Rafael de Almeida; SETUBAL, Olavo Egydio; COSTIS, Pierre Dimitri; RENTROP, Friedhelm; COMPARATO, Fábio Konder; BOUZAN, Ary; ROCCA, Carlos Antonio. *Fusões e incorporações*. São Paulo: Mestre Jou, 1972.
- PRADO, Luiz Carlos Delorme. Infrações da ordem econômica e legislação de defesa da concorrência no Brasil: uma perspectiva histórica. In: FARINA, L. (org.). *A Nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: contratos em espécie*. São Paulo: Atlas, 2005.
- WARDE JR., Walfrido Jorge. *Fusão, cisão, incorporação e temas correlatos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O controle das concentrações de empresas, de Werter R. Faria – *RIBRAC* 7/5; e
- O estudo da *failing firm defense*, a partir da Lei de Falências, nos atos de concentração submetidos ao Cade a aplicação do princípio da preservação da empresa no controle de estruturas, de Fernando Antônio Alves de Oliveira Júnior – *RIBRAC* 19/137.

Doutrina Internacional

COMPETITION POLICY IN REGIONAL TRADE AGREEMENTS? WHAT IS MISSING?

1

A comparative analysis of Caricom,
Andean Community and Mercosur

MARCO BOTTA

Mestre em Direito da Concorrência e União Europeia, Institute for European Integration
Research, University of Vienna (Austria).

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial; Internacional

RESUMO: As últimas duas décadas testemunharam a rápida proliferação das necessárias legislações de concorrência em diversos acordos regionais de comércio. Apesar do consenso acadêmico e dos benefícios de uma política regional de concorrência para os acordos regionais de comércio, incluindo aqueles aos países emergentes/desenvolvimento, nenhum sistema de política regional de concorrência comprovou sua eficácia além daquelas da UE/EEA. Por meio de uma análise comparativa da política regional de concorrência introduzida no Mercosul, na Comunidade Andina e no Caricom, este artigo busca detectar as razões do fracasso. Em particular, devido aos diferentes níveis de desenvolvimento das leis nacionais de concorrência, um

ABSTRACT: The last two decades witnessed the rapid proliferation of competition law provisions in several Regional Trade Agreements (RTAs). In spite of an academic consensus as to the benefits of a regional competition policy for the RTAs, including those entered into by emerging economies/developing countries, so far no regional competition policy system other than that of the EU/EEA has arguably proved to be successful in terms of enforcement. Through a comparative analysis of the regional competition policy introduced in Mercosur, the Andean Community, and Caricom, the paper aims at detecting the reasons of this failure. In particular, due to the different levels of development of national competition law, a regional system

sistema regional de cooperação é incompatível. Por outro lado, as autoridades regionais de concorrência podem ser exitosas apenas quando suas decisões têm efeito direto no sistema legal nacional, quando existe um amplo entendimento acerca das condições do comércio intrarregional e quando atividades anticoncorrenciais de Estados-membros são também monitoradas.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste – Acordos regionais de comércio.

of cooperation is unsuitable. On the other hand, regional competition authorities can be successful only when its decisions have a direct effect on the national legal systems, when there is a broad interpretation of the intra-regional trade condition, and when anti-competitive Member States activities are also monitored.

KEYWORDS: Antitrust – Regional trade agreements.

TABLE OF CONTENTS: I. Introduction; I.1 Competition policy in Regional Trade Agreements; I.2 Objective of the paper – II. Case Studies; II.1 Mercosur: the failed inter-governmental approach; II.1.a From Fortaleza Protocol to the Decision 43/10; II.1.b Lack of cooperation among the Mercosur NCAs; II.2 CAN: closer to the EU, but only in theory; II.2.a From regional anti-dumping to competition rules; II.2.b Lack of enforcement of the Decisions 285/1991 and 608/2005; II.3 Caricom: the "fatigue" of establishing a regional competition authority; II.3.a Peculiarities of Caricom integration process; II.3.b The long waited Caricom Competition Commission; III. Conclusions; IV. Bibliography.

I. INTRODUCTION

I.1 Competition policy in Regional Trade Agreements

During¹ the last two decades, several developing countries/emerging economies have introduced a competition policy in the framework of the reforms undertaken to liberalize their economies.² A number of academics have argued in favour of the benefits that the enforcement of competition policy can bring to these countries. Jenny, for instance, has shown that developing countries are often affected by international cartels: by artificially increasing prices, cartels affect the consumption ability of consumers in developing

-
1. A previous version of the paper was presented in October 2011 at the IX meeting of the Euro-Latin Study Network on Integration and Trade (ELSNIT) in Saint Gallen (Switzerland). The author would like to thank Profa. Tania Zúñiga Fernández for her useful comments on the paper. Any remaining mistake stays on the author.
 2. For instance, in 2007 Hilton and Deng counted 107 competition law jurisdictions in the world. HYLTON, Keith. DENG, Fei. Antitrust Around the World: An Empirical Analysis of the Scope of Competition Laws and Their Effects. *Antitrust Law Journal*, 74, 276, 326 (2007).

countries, by thus hampering their economic development.³ Even though it is extremely difficult to quantify the effects of the enforcement of competition policy on the GDP growth of one country,⁴ the existence of a positive causation between the enforcement of a competition policy and the economic growth of one country has generally been recognized.⁵

In parallel to the adoption of a competition policy at the national level, a number of Regional Trade Agreements (RTAs) including emerging economies/developing countries as Member States (MS) have introduced regional competition rules.⁶ A number of authors have pointed out the benefits of

-
3. JENNY, Frédérique. Cartels and Collusion in Developing Countries: Lessons from Empirical Evidence. *World Competition* 29 (1), 109-137 (2006).
 4. Some National Competition Authorities (NCAs) have tried to estimate the positive effect of their enforcement activities vis a vis the consumers welfare. For instance, in 2005 the UK National Audit Office published a report assessing the benefits generated by the enforcement action of the UK Office for Fair Trading in comparison to the costs for taxpayers caused by this institution. However, this type of analysis has been carried out only in few countries, due to its complexity. In particular, while the annual costs of the Competition Authority are well-known, the impact on the consumers welfare of the enforcement action by the Competition Authority can be hardly estimated, due to the indirect effect of competition policy enforcement on consumers welfare. In particular, competition policy sanctions anti-competitive practices which hamper the degree of free competition in the market, by thus causing a reduction of the consumers welfare (i.e. limitation of innovation; reduction of output; artificially raising costs). Secondly, the assessment is based exclusively on the anti-competitive practices sanctioned by Competition Authority. However, it is unclear what is the percentage of anti-competitive practices sanctioned by the NCA in comparison to the total number of anti-competitive practices which take place in the market. UK National Audit Office. *The Office of Fair Trading: Enforcing Competition in Markets*. Published on 17.11.2005. The text of the report is available at: [www.nao.org.uk/publications/0506/the_office_of_fair_trading_en.aspx]. Last access on: 15.03.2013.
 5. See, in particular: SCHERER, Frederique. Competition Policy Convergence: Where Next? *Empirica* 24, 5-19 (1997).
Nevertheless, in a recent study, Tay Cheng Ma has challenged this common assumption, by arguing that competition policy fosters economic growth only in the developing countries which can guarantee a sufficient institutional framework to enforce this legislation. On the other hand, the impact of competition policy on the economic growth of least developing countries is negligible. TAY-CHENG, Ma. The Effect on Competition Law Enforcement on Economic Growth. *Journal of Competition Law and Economics* 7 (2), 301-334 (2011).
 6. CERNAT, Lucian. Eager to Ink, but Ready to Act? RTA Proliferation and International Cooperation on Competition Policy. In: _____; BRUSICK, Philippe; ALVAREZ, Ana

this choice. First of all, the creation of a regional competition authority may solve the problem with lack of human resources and lack of independence, which usually affect the national competition authority (NCA) of an emerging economy.⁷ In particular, a newly established NCA usually lacks the “minimum level” of human resources and expertise required to conduct complex investigations;⁸ meanwhile the lack of credibility of this institution leads the government to influence its strategic choices when the enforcement of competition policy clashes with national interests of industrial policy.⁹ According to Gal, by pulling together resources from different MS, a regional competition authority would be better equipped than a NCA to enforce competition law.¹⁰ Furthermore, being a “regional” rather than a “national” institution, a regional competition authority could preserve its autonomy, by thus more easily enforcing the competition policy in comparison to a NCA vis à vis the anti-competitive practices carried out by national champions. Furthermore, according to Fox, a regional competition authority may be more effective in imposing remedies in comparison to a NCA.¹¹ In fact, a regional

Maria (eds.). *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains*. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development, 2005. At 1-34.

7. BOTTA, Marco. Fostering Competition Culture in the Emerging Economies, the Brazilian Experience. *World Competition* 32 (4), 609-625 (2009).
8. A study conducted in 2003 by the World Bank on 48 NCAs concluded that the number of human resources in NCAs of developing countries varies from country to country. In particular, the study found out that NCAs in East Asian countries had four times the staff of NCAs established in Latin American countries. On the other hand, Asian NCAs included a large number of administrative staff, which was not directly involved in the investigations carried out by the agency. The staff number varies with the tasks assigned to the NCA and the size of the economy. However, the study recognized that most of the NCAs analyzed were under-staffed in comparison to their tasks, and their staff needed further training. SEREBRISKY, Tomas. What Do We Know about Competition Agencies in Emerging and Transition Countries? Evidence on Workload, Personnel, Priority Sectors and Training Needs. *World Competition* 27(4): 651-674, 2004.
9. DABBAH, Maher. Competition Law and Policy in Developing Countries: A Critical Assessment of the Challenges to Establishing an Effective Competition Law Regime. *World Competition* 33(3), 457-475 (2010).
10. GAL, Michal. Regional Competition Law Agreements: An Important Step for Antitrust Enforcement. *University of Toronto Law Journal* 60(2), 239-261 (2010).
11. Fox, Eleanor. In Search of a Competition Law. Fit for Developing Countries. *Law and Economics Research Paper Series*. n. 11-04 (2011). New York: New York Law School.

competition authority can effectively sanction cross-border anti-competitive practices, while a NCA can sanction only the local subsidiary of a corporation operating throughout the regional block.

The most successful example of enforcement of a regional competition policy is without a doubt the European Union (EU). The latter has been enforcing a competition policy since the entry into force of the Treaty of Rome of 1957. The EU competition policy was characterized by deep changes in the fifty years of its existence. In particular, Western Germany and United Kingdom (UK) were the only countries in Western Europe with a national competition law in force when the Treaty of Rome was signed.¹² The system of enforcement was "centralized" at regional level, and carried out exclusively by the European Commission and by the European Court of Justice (ECJ). Secondly, the chapter of the Treaty of Rome on competition policy remained under enforced for a long period of time. In a context where the economies of the EU MS were characterized by public State-owned monopolies in a number of industries, little space was left for free competition in the market.¹³ Only

Available in: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1761619#]. Last access on: 15.03.2013. This statement is true if we take in consideration the scope of the fines and the structural/behavioural remedies that a regional competition authority can impose in comparison to a NCA. On the other hand, a regional competition authority would be unlikely to have the power to adopt any criminal custodial sanction to sanction a cartel violation. The latter represent the most effective form of cartel deterrence, even though only few competition law jurisdictions in the world (i.e. USA and UK) provide for this type of sanction against cartels.

12. GERBER, David. *Law and Competition in Twenty Century Europe: Protecting Prometheus*. Oxford: Oxford University Press, 2001. The German *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Act against Restraints of Competition, GWB) was enacted on 27.07.1957, and like the Treaty of Rome entered into force on 01.01.1958. Available in: [www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gwb/gesamt.pdf]. Last access on: 15.03.2013. The protection of competition policy in UK has its origins in the common law jurisprudence, which sanctioned conducts which restricted trade (*Dyer case* in 1414). After World War II, a competition law was adopted in UK by 1948. The latter was replaced in 1998 by the Competition Act which is currently in force in the country. For an historical analysis of the evolution of the enforcement of competition policy in UK, see: SCOTT, Andrew. *The Evolution of Competition Law and Policy in United Kingdom*. LSE Working Papers 9/2009. Available in: [www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2009-09_Scott.pdf]. Last access on: 15.03.2013.
13. CINI, Michel; MCGOWAN, Lee. *Competition Policy in the European Union*. New York: Palgrave Macmillan, 2008. In particular, under art. 106(2) of the Treaty of the Functioning of the European Union (TFEU), the competition rules included in the

in the 1980s, in the context of the liberalization and privatization programs initiated in the majority of the EU MS and in the light of internal market goal, competition policy was revitalized.¹⁴ Finally, following the entry into force of the Regulation 1/2003, the previous centralized system of enforcement was abandoned; the Treaty provisions on competition law are currently enforced in parallel by the European Commission and by the judiciary and NCAs of the EU MS.¹⁵

1.2 Objective of the paper

In spite of the benefits mentioned above, none of the regional competition regimes established during the last years has been as successful as the EU in terms of enforcement outcomes.¹⁶ According to Cernat, developing countries have been “eager to ink” competition chapters in RTAs, but not particularly willing to enforce these provisions.¹⁷

The existing literature usually explains the lack of success of regional competition policy outside the EU due to the lack of political will of national governments.¹⁸ The main obstacle to the establishment of a regional competition policy is thus the reluctance of national governments to transfer sovereignty to regional institutions in charge of implementing the RTA and

Treaty of Rome had a limited application to public monopolies and undertakings “entrusted with the operation of services of general economic interest”.

14. See, for instance, the substantial increase in the amount of fines imposed by the European Commission on sanctioned cartel agreements during the last decade in comparison to the previous decades of enforcement of the EU competition rules. Available in: [<http://ec.europa.eu/competition/cartels/statistics/statistics.pdf>]. Last access on: 15.03.2013.
15. Council Regulation n. 1/2003 of 16.12.2002 on the Implementation of the Rules on Competition laid down in arts. 81-82 of the Treaty. OJ L 1, 04.01.2003, p. 1-25. Available in: [<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32003R0001:EN:NOT>]. 04.10.2012.
16. SOLANO, Oliver; SENNEKAMP, Andreas. Competition Provisions in Regional Trade Agreements. *OECD Trade Policy Working Paper*, n. 31, OECD Joint Group on Trade and Competition (2006). Available in: [<http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?doclanguage=en&cote=com/daf/td%282005%293/final>]. Last access on: 15.03.2013.
17. CERNAT (2005).
18. PAGOTTO UBIRATAN CARREIRO, Leopoldo. Regulation of Competition in Regional Trade Agreements; How This Can Be Best Achieved for the Benefits of an Expanded Market. *Revista Derecho Competencia* 4(4), 25-39 (2008).

enforcing the regional competition rules.¹⁹ In particular, national governments may fear that certain anti-competitive practices may have diverging effects within the regional block, damaging the consumers of some countries while favouring the industrial economic development of others. Secondly, other authors have pointed out that even the EU competition policy was initially weakly enforced. In the same vein, a long period time is needed before other RTAs may start to effectively enforce a regional competition policy.²⁰ These arguments are certainly correct, but they are insufficient to explain the current lack of enforcement outside the EU. Although political support is initially essential in order to include regional competition rules within the RTA, once established the regional competition policy has to be enforced by independent institutions. It is important to stress that the EU competition policy was also enforced by the European Commission in a number of sensitive cases, in spite of the opposition of national governments of the EU MS.²¹ A successful institutional design, therefore, should establish regional institutions capable

19. GAL (2010).

20. JENNY, Frédérique; HORNA, Pierre. Modernization of the European System of Competition Law Enforcement: Lessons for Other Regional Groupings. Competition Provisions. In: BRUSICK, Philippe; ALVAREZ, Ana Maria; CERNAT, Lucien. *Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains*. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development, 2005. At 282-323.

21. CINI; MCGOWAN (2008). A good example from this point of view is the conflict between the EU Commission and the Spanish Government in relation to the EON/Endesa merger case. In 2006, the German energy operator EON tried to acquire the control of the Spanish energy operator Endesa. The transaction was cleared by the EU Commission under the EU Merger Regulation 139/2004. In order to avoid that the main energy operator in the country was overtaken by a foreign company, the Spanish Government adopted the Decree 4/2006. The latter subjected to prior approval by the competent regulatory authority any acquisition of more than 10% of the share capital of any company active in a regulated sector. The Spanish energy regulator (CNE) subject the transaction to additional condition in comparison to the unconditional approval previously granted by the EU Commission. The conflict between the Spanish Government and the EU Commission ended up in March 2008, when the judgement of the EU Court of Justice C-196/07 considered the measures adopted by Spain as incompatible with the exclusive jurisdiction granted to the EU Commission in the field of merger control by Reg. 139/2004. For further information concerning the EON-Endesa merger case see: EU Commission's press release, *Commission welcomes Court judgment on Spain's failure to withdraw illegal conditions imposed on E.ON/Endesa merger*. Memo 08/147, adopted on 06.03.2008. The text of the press release is available at: Available in: [http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-08-147_en.htm?locale=en]. Last access on: 15.03.2013.

to resist the “swings” of the national politics. Furthermore, the time horizon argument is a relative one, since unlike the first decades of the EU, nowadays free market institutions, such as competition law, are generally accepted worldwide. Consequently, the period of transition required to start enforcing a regional competition policy should be shorter in comparison to the one experienced by the EU.

The objective of the paper is to investigate the reasons why RTAs that have introduced a regional competition policy during the last two decades have not been as “successful” as the EU in enforcing this policy. The expression “successful” should be understood in terms of enforcement outcomes of the regional competition policy (i.e., number of anti-competitive practices sanctioned by the institutions in charge of enforcing the regional competition rules). As mentioned in the previous pages, it is quite difficult to estimate the impact of the enforcement of competition policy on the economic growth of one country; the enforcement outcomes, therefore, should be considered as “proxy” of how successful in a competition policy regime. The paper, therefore, analyses which features may improve the institutional design of a regional competition regime, by thus maximizing its enforcement outcome. Finally, the paper focuses exclusively on functioning of the competition regimes included in the RTAs which include emerging economies/developing countries. On the other hand, the reasons of the lack of cooperation among the NCAs of developing countries from a purely bilateral point of view have already been analysed by other authors, and thus will not be touched upon in this paper.²² In addition, the paper will not discuss the harmonization of national competition law through the adoption of measures at the international or regional level;²³

22. SOKOL, Daniel. Order without (Enforceable) Law: Why Countries Enter into Non-Enforceable Competition Policy Chapters in Free Trade. *Chicago-Kent Law Review* 83, 231-292 (2008).

23. A number of RTAs have opted for the harmonization of national competition rules, rather than establishing regional mechanisms of competition policy enforcement. For instance, the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) adopted in 2010 regional guidelines in competition policy. The aim of the non-binding guidelines is to foster the convergence towards the same model of competition policy in ASEAN MS. Similarly, Chapter 15 of the North Atlantic Free Trade Agreement (NAFTA) require its MS to introduce basic competition rules at the national level. However, neither ASEAN nor NAFTA provide for any institutional mechanism to directly enforce these rules against private undertakings.

Association of Southeast Asian Nations, *Regional Guidelines on Competition Policy*. Published in 2010 by ASEAN Secretariat. The text of the Guidelines is available at:

the paper will focus exclusively on the regional systems of competition policy enforcement established within RTAs.

From a methodological point of view, the *Mercado do Sur* (Mercosur),²⁴ the *Comunidad Andina* (Andean Community, CAN)²⁵ and the Caribbean Community (Caricom)²⁶ have been selected as cases study. These RTAs share a number of common features, and thus they are suitable for such analysis. In particular, they followed the same trends of development of competition policy: before the 1990s few countries in Latin America had introduced a competition policy. At the regional level, Caricom and CAN were established in 1973 and 1969 respectively, but they did not provide for any regional competition policy.²⁷ Under the influence of the so-called "Washington consensus"²⁸ and

[www.aseansec.org/publications/ASEANRegionalGuidelinesonCompetitionPolicy.pdf]. Last access on: 15.03.2013. North Atlantic Free Trade Agreement, concluded between USA, Canada and Mexico. The treaty entered into force on 01.01.1994. Chapter 15, Competition Policy, Monopolies and State Enterprises. Available in: [www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-15.asp]. 15.11.2012.

24. Mercosur was established by the Treaty of Asunción, signed on 26.03.1991 by Brazil, Argentina, Paraguay and Uruguay. Venezuela is a candidate country since 2006, when the country left the Andean Community. Available in: [www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/Acuernos/1991/cspa%C3%B1ol/1.Tratado%20de%20Asunci%C3%B3n.pdf]. Last access on: 15.03.2013.
25. The *Comunidad Andina* was established in 1969 by the Treaty of Cartagena. The Treaty was signed by Colombia, Peru, Ecuador, Bolivia and Venezuela. The original text of the Treaty was revised by the Protocol of Trujillo, signed in 1996. In 2006 Venezuela withdrew from CAN and it applied for membership in Mercosur. Available in: [www.comunidadandina.org/ingles/normativa/ande_trie1.htm]. Last access on: 15.03.2013.
26. Caricom was established by the Treaty of Chaguaramas, signed on 04.07.1973. Today Caricom counts 15 MS and 5 Associate MS. The Treaty of Chaguaramas was substantially revised in 2001. Available in: [www.caricom.org/jsp/community/revised_treaty-text.pdf]. Last access on: 15.03.2013.
27. CELANI, Marcelo; STANLEY, Leonardo. *Política de Competencia en América Latina. Desarrollo Productivo*, n. 142. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2003.
28. The expression "Washington consensus" was coined in the 1980s by John Williamson, and soon it was used to indicate the new economic paradigm promoted by World Bank and International Monetary Fund in developing countries during the 1980s-1990s. Washington consensus is based on a number of principles that the Governments of developing countries should implement in order to stimulate economic growth: (1) Introduction of fiscal discipline in the State's budget. (2) Reduction of public expenditures. (3) Increase of taxes. (4) Interest rates should

due to the liberalization of world trade, Mercosur was established in 1991, while CAN and Caricom reformed their founding treaties in the 1990's in order to open themselves to external trade. Finally, during the last decade, the "post-Washington consensus" phase led to a revamped role of the State in the region, and consequently, the importance of competition policy decreased in most of Latin American countries.²⁹

Besides the common trends in the development of competition policy, these RTAs share another common feature: they have introduced regional competition rules that mirror the EU rules from a substantive point of view.³⁰ During the last

be determined by the market rather than by State agencies. (5) The exchange rate should be determined by the market. (6) Liberalization of imports. (7) Elimination of the barriers to FDIs. (8) Privatization of inefficient State-owned companies. (9) Deregulation of markets. (10) Safeguard of property rights. WILLIAMSON, John. What Washington Consensus Means by Policy Reform. In: _____ (ed.). *Latin American Adjustment. How Much Has Happened?* Washington: Institute for the Internal Economics, 1990. Chapter 2. Available in: [www.petersoninstitute.org/publications/papers/print.cfm?doc=pub&ResearchID=486]. Last access on: 15.03.2013.

29. The expression "post-Washington consensus" indicates the revamped role of the State's intervention in the economy which has characterized a number of Latin American countries during the last decade. Some countries in Latin America have re-nationalized industries privatized during the phase of the Washington consensus, increased public expenditure and reduced fiscal discipline, and encouraged the establishment of national champions rather than promoting FDIs. For an assessment of the impact of the post-Washington consensus on the enforcement of competition law in Latin America see: PEÑA, Julian. Competition Policies in Latin America Post-Washington Consensus. In: MARSDEN, Philip. *Handbook of Research in Transatlantic Antitrust*. Cheltenham: Edward Elgar Publisher, 2006. Chapter 28.

30. The EU has been an important source of influence for the development of the regional competition policy in the three selected RTAs, in particular, the EU promoted the inclusion of a competition chapter in the free trade agreements negotiated or concluded between the EU and these RTAs during the last years (i.e. Mercosur, Caricom). Furthermore, the EU Commission has supported projects of technical assistance in the field of competition law (i.e. Andean Community).

In the case of Mercosur, the negotiations concerning the introduction of regional competition policy went in parallel with the negotiations for the conclusion of an Association Agreement between EU and Mercosur. Even though the Association Agreement has still not been concluded, the EU Commission has always emphasized that the Agreement would include a competition chapter. This external pressure has encouraged Mercosur MS to discuss the introduction of a regional competition framework.

In the case of Andean Community, the EU Commission supported in 2000 a project aiming at providing technical assistance to the staff of the Secretariat of

two decades, in fact, the EU has tried to export its model of competition policy to a number of emerging economies/developing countries in the context of the EU enlargement, as well as by including competition chapters in the bilateral and multilateral trade agreements concluded with a number of developing countries/emerging economies.³¹ The three cases study introduced substantive

Andean Community in the field of competition law. Secondly, the officers of the EU Commission were directly involved in drafting the Decision of the Andean Community 608/2005.

In the case of Caricom, the Economic Partnership Agreement (EPA) concluded in 2008 between the EU and Caricom included a competition chapter, which required Caricom MS to introduce a competition law at the internal level. In addition, EPA directly referred to the role of the Caricom Competition Authority. Information concerning the EU-Mercosur negotiations to conclude an Association Agreement is available at: [<http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/regions/mercosur/>]. Last access on: 15.03.2013.

Convenio de Financiación entre la Comunidad Europea y la Secretaría General de la Comunidad Andina de Naciones. Armonización de las Reglas de Competencia en la Región Andina. Project n. ASR/B7-3110/IB/98/0099. Available in: [<http://secgen.comunidadandina.org/cCanDocumento/Grupo0038/D735.PDF>]. Last access on: 15.03.2013.

Economic Partnership Agreement between the Cariforum States, of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part. Signed in Bridgetown (Barbados) on 15.10.2008, provisionally entered into force from 29.12.2008. Art. 125-130. Available in: [<http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?step=0&redirect=true&treatyId=7407>]. Last access on: 15.03.2013.

31. During the last two decade, the EU has actively exported its model of competition policy enforcement of developing countries and emerging economies. In particular, unlike US, the association/trade agreements concluded by EU with third countries usually include competition provisions. In particular, the competition chapter of the agreement usually requires the third country to establish a NCA and to introduce a competition law which includes basic competition law provisions mirroring the basic EU competition provisions (i.e. arts. 101-102 TFEU). Secondly, in the context of the EU enlargement, the EU Commission has requested countries of Central and Eastern Europe (CEEC) and of South-East Europe (SEE) to adopt a competition law, and it has closely monitored its degree of enforcement in these countries. Even in the lack of the EU membership perspective, the EU neighbouring countries have also adopted national competition law which closely resemble the EU competition model. Even though the EU Commission does not constantly monitor the implementation of the competition policy in these countries, other mechanisms (i.e. the programs of technical assistance provided by the NCAs of the EU Member States to the NCAs of the EU neighbouring countries) ensure that the latter progressively align their competition policy with the EU standards.

competition rules which mirror the EU competition model, even though they opted for different institutional models of enforcement of regional competition rules. Consequently, by comparing the regional competition policy enforced in the three RTAs, the paper aims at elaborating a number of lessons in terms of institutional design for other emerging economies/developing countries that are about to introduce regional competition rules.

A common issue in terms of research design is whether a selected case study well represents the broader category of subjects of the analysis. During the last two decades, several RTAs which include developing countries/emerging economies have introduced different regional mechanisms of competition policy enforcement. In particular, they either have adopted a regional system of cooperation among the NCAs of the RTA MS,³² or they have established

Although US antitrust rules pre-date the EU competition rules, US has been less successful than the EU in exporting its antitrust model to developing countries. This was due in particular to the judicial system of enforcement of the US antitrust system, which heavily relies on the enforcement of the antitrust law by private parties before State and federal courts. Due to the ineffectiveness of the judicial system in most of the emerging economies/developing countries, developing countries/emerging economies have usually found “easier” to enforce the EU administrative system of competition policy enforcement. The latter primarily relies on a public enforcement carried out by a NCA, which carries out investigations and adopts administrative decisions; at the same time, the role of courts is usually limited to cases of appeals against the decisions of the NCA. BORTA, Marco. EU and Global Competition Networks. In: FALKNER, Gerda; MÜLLER, Patrick (eds.). *EU Policies in a Global Perspective: Shaping or taking international regimes? Forthcoming in Routledge in 2013*.

A list of the competition chapters included by the European Commission in the bilateral trade agreements concluded with third countries is available at: [<http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/index.html>]. Last access on: 15.03.2013.

32. For instance, in 2009 the Southern African Development Community (SADC) adopted a Declaration on Regional Cooperation in Consumer and Competition Policy. The Declaration entrusts SADC Secretariat to establish a framework of regional cooperation among the NCAs of the SADC MS in the field of competition policy. Similarly, in 2008 the Asia-Pacific Economic Cooperation (APEC) established a Competition Policy and Law Working Group. The working group aims at fostering the cooperation among the NCAs of APEC MS and at providing forms of technical assistance to foster the capacity building of APEC NCAs.

The text of SADC's Declaration is available at: [www.sadc.int/files/8513/3111/7663/SADC_Declaration_on_Regional_Cooperation.pdf]. Last access on: 15.03.2013.

Further information concerning the activities of APEC Competition Policy and Law Working Group: Available in: [www.apec.org/Groups/Economic-Committee/Competition-Policy-and-Law-Group.aspx]. Last access on: 15.03.2013.

regional institutions in charge of enforcing competition policy.³³ The three selected RTAs represent three different models of enforcement of competition policy at the regional level. As it will be discussed in the following pages, while competition policy in Mercosur is limited to a system of cooperation/consultation among NCAs of Mercosur MS, Andean Community has granted to its Secretariat the task to enforce competition policy, while Caricom has opted for the establishment of a separate regional competition authority. Therefore, the mechanisms of competition policy enforcement established in three selected RTAs well represent the different forms of competition policy enforcement adopted by different RTAs. Consequently, the study allows the elaboration of broader conclusions applicable to a wider number of RTAs.

II. CASE STUDIES

II.1 Mercosur: the failed inter-governmental approach

II.1.a From Fortaleza Protocol to the Decision 43/10

The Treaty of Asunción signed in 1991 established a customs union, but it did not include any competition law chapter. Only in 1996 the Protocol for the Protection of Competition in the Mercosur was signed in Fortaleza.³⁴ The Protocol established a regional competition policy in Mercosur; applicable when the anticompetitive behaviour had an impact on the intra-regional trade.³⁵ However, each Member State had exclusive competence in applying its own competition law when the anticompetitive behaviour exclusively affected its own territory.³⁶ This system was quite similar to the relationship between

33. For instance, the Common Market for Eastern African Countries (Comesa) has established a regional competition authority in charge of sanctioning anti-competitive practices which affect intra-community trade. Similarly, in 2002 the European Community of Western African States (ECOWAS) adopted two regulations aiming at establishing regional competition rules. The latter require the establishment of ECOWAS Competition Authority.

For further information concerning the enforcement of competition policy in Comesa and ECOWAS. Available in: [www.comesacompetition.org/]. Last access on: 15.03.2013. [www.ecowas.int/publications/en/actes_add_commerce/1.Regional_Competition_Policy_Framework-final-P.pdf]. Last access on: 15.03.2013.

34. Signed in Fortaleza on 17.12.1996. Available in: [www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/cs/index.htm]. Last access on: 15.03.2013.

35. Fortaleza Protocol, art. 2.

36. Fortaleza Protocol, art. 3.

national and EU competition law. Nevertheless, the major difference with the EU model was that the Fortaleza Protocol was based on an inter-governmental framework of enforcement. The two institutions in charge of enforcing the Protocol rules were the *Comisión de Comercio del Mercosur* (Mercosur Trade Commission, CCM)³⁷ and the *Comité de Defensa de la Competencia* (Committee of Protection of Competition, CDC). The latter body included representatives of the NCAs or of the Ministries of the Economy.³⁸ The investigations concerning the infringement of the Protocol were carried out by the NCA of the country where the anticompetitive behaviour took place. The NCA would refer the result of its investigation to the CDC, which would deliver an opinion to the CCM.³⁹ The latter was the only institution in charge of imposing fines, which should be implemented by the MS where the company was established.⁴⁰ Within this complex mechanism, every decision was adopted by consensus. From a substantive point of view, the rules introduced by the Protocol were similar to EU provisions prohibiting anti-competitive agreements and forms of abuse of dominance.

Fortaleza Protocol was ratified only by Brazil and Paraguay.⁴¹ The fact that Paraguay is still in the process of adopting a national competition law,⁴² and that Argentina never ratified the Fortaleza Protocol, made the Protocol *de facto* un-enforced. Following the failure of Fortaleza, in 2001 Tavares de Araujo argued in favour of an *agenda minima* (minimum agenda) in this area, which included the conclusion of a cooperation agreement between Brazil and Argentina.⁴³

37. The *Comisión del Comercio del Mercosur* is the periodical meeting of the junior officials from the national Ministries of Trade.

38. Fortaleza Protocol, art. 8.

39. Fortaleza Protocol, art. 19.

40. Fortaleza Protocol, art. 20.

41. Available in: [www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/mercosurprincipal.htm]. Last access on: 15.03.2013.

42. A legislative project of a competition law for Paraguay has been drafted with the technical support of the UNCTAD Competition Policy and Consumers Protection Branch since November 2009. The draft bill is currently pending for approval in the Paraguay Congress. Available in: [www.unctad.org/templates/Page.asp?intItemID=4942&lang=1]. Last access on: 15.03.2013.

43. TAVARES DE ARAUJO, José. Política de concorrência no Mercosul: uma Agenda Mínima. In: CHUDNOUSKY, Daniel; FANELLI, José Maria. *El Desafío de Integrarse para Crecer. Balances y Perspectivas del Mercosur en su primera Década*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno de Argentina Editores, 2001. At 145-160.

The approach suggested by Tavares de Araujo was followed in 2003, when a bilateral cooperation agreement was signed between the two countries with the objective to exchange non-confidential information between the two NCAs.⁴⁴ The model contained in the 2003 agreement was later extended at the Mercosur level, through the Decisions 04/04⁴⁵ and 15/06,⁴⁶ which established a system of exchange of information and consultation among Mercosur NCAs.

The process of "revision" of the Fortaleza Protocol was completed in 2010, when the Decision 43/10 abrogated the Protocol.⁴⁷ Unlike its predecessor, the 2010 Decision did not need any ratification by the national Parliaments.⁴⁸ The new agreement simply strengthened the forms of cooperation among the NCAs of the Mercosur MS introduced by the Decisions 04/04 and 15/06. Besides the forms of notification, technical assistance and exchange of non-confidential information already included in the previous Decisions, the 2010 agreement included a framework of consultation, whereby a NCA could request from the authority of another Member State some information concerning an open investigation which affected its national interest.⁴⁹

The Decision 43/10 was designed to stimulate the cooperation among the Mercosur NCAs, rather than separate regional competition rules. Nevertheless, it is doubtful that this system will be successful, taking into consideration that so far there have been few examples of cooperation among the different Mercosur NCAs.

II.1.b Lack of cooperation among the Mercosur NCAs

So far there have been few examples of cooperation between the Mercosur NCAs. One of the few exceptions was the notification by the *Conselho*

44. Agreement signed on 16.10.2003 in Buenos Aires. Available in: [www.cade.gov.br/internacional/Acordo_Cooperacao_Brasil_Argentina.pdf]. Last access on: 15.03.2013.

45. Decision adopted in Puerto Iguazú on 07.07.2004. Available in: [<http://siteresources.worldbank.org/INTCOMPLEGALDB/Resources/Decision0404.pdf>]. Last access on: 15.03.2013.

46. Decision adopted in Córdoba on 20.07.2006. Available in: [www.mecon.gov.ar/cndc/control_concentraciones%20_esp.pdf]. Last access on: 15.03.2013.

47. Decision 43/10 of the Consejo del Mercado Común, adopted in Foz de Iguazú on 16.12.2010. Available in: [www.mercosur.int/show?contentid=2376]. Last access on: 15.03.2013.

48. Decision 43/10, art. 4.

49. Decision 43/10, chapter III.

Administrativo de Defesa Econômica (Cade, the Brazilian competition authority) of its decision in the case “Owens Corning-Saint Gobain”. In this case, Commissioner Furlan asked Cade to notify its decision prohibiting the concentration to the other Mercosur NCAs “(...) in the spirit of the Decision of the Council of the Common Market n. 15/2006”.⁵⁰ The reference to the Decision 15/06 is one of the few examples of reliance on the system of mutual notification provided by the Mercosur Decision.

The main factor that has affected the cooperation between the Mercosur NCAs is the lack of mutual trust among these national institutions, due to the different level of development of competition law enforcement in the different MS.⁵¹ In fact, while Brazil has achieved during the last decade important results in this area,⁵² in Argentina the enforcement of the competition law has been politicized since the financial crisis of 2001.⁵³ On the other hand, in Uruguay the NCA was only established in 2007,⁵⁴ while in Paraguay a draft competition law is pending for approval in the Parliament. Consequently, in the case of Paraguay, the national authority in charge of enforcing the Decision 43/10 is not a NCA, but rather the Ministry of Industry and Trade.⁵⁵ It is doubtful that any kind of cooperation may exist between the Brazilian NCA, the most advanced NCA in the region, and the Paraguay Ministry of Industry and Trade, institution in charge of coordinating industrial policies in the country.

The lack of mutual trust among the different NCAs is evident in the case of Brazil and Argentina. In Brasília, the general feeling expressed by the NCA's officials interviewed by the author was that the main obstacle to cooperation with Argentina was the lack of independence of the Argentinean NCA from the Government. According to Patricia Agra, former Cade officer, “each decision (of the Argentinean authorities) seems a governmental rather than

50. “(...) no espírito da Decisão do Conselho do Mercado Comum n. 15/2006.” Case 08012.001885/2007-11. *Voto Conselheiro-relator*, para. 261.

51. BOTTA, Marco. The Cooperation between the Competition Authorities of the Developing Countries: Why it does not Work? Case Study on Argentina and Brazil. *The Competition Law Review* 5(2), 153-178 (2009).

52. For instance, in 2011, the Global Antitrust Review elected Cade as the Antitrust Agency of the Year in the Americas. Available in: [www.globalcompetitionreview.com/surveys/survey/516/rating-enforcement-2011]. Last access on: 15.03.2013.

53. PEÑA (2006).

54. HARGAIN, Daniel. Nueva Ley de la Competencia en Uruguay. *Boletín Latinoamericano de Competencia* 23, 100-109 (2007).

55. Decision 43/10, art. 2(b)(iii).

an administrative decision”.⁵⁶ In particular, bilateral cooperation between competition authorities can work only when there is a certain degree of “mutual trust”, which at the moment is lacking between Brazil and Argentina.⁵⁷

As mentioned above, authors like Tavares de Araujo have emphasized that the Fortaleza Protocol did not work since its objectives were too ambitious, and thus an *agenda minima* was required (TAVARES DE ARAUJO, 2001). During the last decade, such *agenda minima* was implemented in the Mercosur through the Decisions 04/04, 15/06 and 43/10. Nevertheless, even this type of approach has proved not to be successful. A regional enforcement system based on a mechanism of cooperation among different NCAs can be successful only if the NCAs have achieved a comparable level of development in competition law enforcement. On the contrary, the lack of mutual trust among the different institutions may hamper the degree of cooperation. The problem of the “asymmetric” development of NCAs is evident in the RTAs that include emerging economies/developing countries as MS: since the protection of free competition is a new policy in these countries, the existence of regional asymmetries in this area is inevitable. The real reason behind the lack of success of Fortaleza was not related to its ambitious objectives, but rather the lack of supranational institutions which could overcome the diverging national interests in cross-border competition cases, as well as the consensus based approach that created a stalemate in the decision-making process.

II.2 CAN: closer to the EU, but only in theory

II.2.a From regional anti-dumping to competition rules

The Treaty of Cartagena dates back to 1969, though it was substantially modified in the 1990s.⁵⁸ In order to establish an effective Andean common market, new supranational institutions were introduced in the 1996 by the Protocol of Trujillo.⁵⁹ In particular, the Protocol strengthened the functions of the *Secretaria General* (Secretary General); functions that became similar to

56. Meeting of the author with Patricia Agra, former officer of Cade, in Brasília on 04.06.2008.

57. Meeting of the author with Ana Paula Martinez, head of the competition law division of the *Secretaria de Direito Econômico*, in Brasília on 02.06.2008.

58. FUENTES FERNÁNDEZ, Alfredo. Contexto Histórico y Avances de la Integración en la Comunidad Andina. *Revista Oasis* (13), 177-196 (2007).

59. Signed in Trujillo on 10.03.1996. Available in: [www.comunidadandina.org/normativa/tratpro/trujillo.htm]. Last access on: 15.03.2013.

the tasks carried out by the European Commission.⁶⁰ In addition, a *Tribunal de Justicia* (Tribunal of Justice) was established with tasks similar to those carried out by the European Court of Justice (ECJ).⁶¹ Following the example of the ECJ, CAN Tribunal of Justice recognized through its case law the supremacy of CAN legislation over the legal systems of the CAN MS.⁶²

The original Treaty of Cartagena did not provide for any regional system of competition policy. Only in 1991 Decision 285 was adopted to sanction concerted practices and anti-competitive agreements, as well as forms of abuse of dominance.⁶³ The Decision was applicable only when the anti-competitive practice had an impact on intra-regional trade.⁶⁴ One of the main weaknesses of Decision 285/1991 was its system of sanctions: the Resolutions adopted by the *Secretaria General* were not directly applicable vis a vis the companies which carried out anti-competitive practices. Every Resolution should be implemented by the affected MS, which could limit the import of goods from the MS where the anti-competitive practice originated.⁶⁵ Therefore, even though Decision 285/1991 targeted anti-competitive practices, the system of sanctions followed the model of the anti-dumping duties.

After a long process of negotiations, Decision 285/1991 was replaced in 2005 by Decision 608.⁶⁶ The main innovation brought by this legislation concerned the system of sanctions. Unlike its predecessor, the new Decision introduced a fine that CAN Secretary General could directly impose on the

60. Protocol of Trujillo, section D.

61. The Treaty establishing the CAN Tribunal of Justice was concluded in 1979 and later modified by the Protocol of Cochabamba, signed on 28.05.1996. Available in: [www.tribunalandino.org.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=52%3Atrato-de-creacion-del-tribunal-de-justicia-de-la-comunidad-andina&catid=37%3Anormativa&Itemid=77&showall=1]. Last access on: 15.03.2013.

62. The concept of supremacy of CAN law was recognized by CAN Tribunal of Justice in the judgement 491/1987, *Sociedad Aktiebolaget Volvo v. Superintendencia de Industria y Comercio* (0001-IP-1987). Available in: [www.tribunalandino.org.ec/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=65]. Last access on: 15.03.2013.

63. Adopted in Lima on 21.03.1991. Available in: [www.intranet.comunidadandina.org/Documentos/decisiones/DE285.doc]. Last access on: 15.03.2013.

64. Decision 285/1991, art. 2.

65. Decision 285/1991, art. 16.

66. Adopted in Lima on 28.3.2005. Available in: [www.intranet.comunidadandina.org/Documentos/decisiones/DE608.doc]. Last access on: 15.03.2013.

company carrying out the anti-competitive practice. The influence of the EU competition model was visible in the system of enforcement provided by the new Decision. In fact, Decision 608/2005 established a *Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia* (Andean Committee for the Protection of Free Competition), which included the representatives of the NCAs of the CAN MS.⁶⁷ The Committee would review the draft Resolutions of the Secretary General. However, the opinions of the Committee were not binding, and the Secretary General had exclusive competence in adopting the final Resolution.⁶⁸ Finally, another interesting aspect of Decision 608/2005 concerned its scope of application. Similar to its predecessor, the Decision was applicable only when an anti-competitive practice had an impact on intra-regional trade;⁶⁹ therefore local anti-competitive practices should be sanctioned by the national competition law. Nevertheless, to compensate for the fact that Ecuador and Bolivia did not have a national competition law in place, these countries were allowed to directly apply Decision 608/2005 at the internal level up to the moment they would adopt a national competition law.⁷⁰ From a substantive point of view, Decision 608/2005 covered every anti-competitive practice carried out by any economic actor.⁷¹ However, the MS could unanimously agree to exclude from the scope of application of the Decision certain economic activities due to reasons of national interest.⁷²

Decision 608/2005 introduced an effective regional competition policy in CAN. The latter was strongly influenced by the EU competition law model, not only from the point of view of the substantive rules, but also from the point of view of the enforcement system. Similar to the European Commission, Decision 608/2005 was enforced by the Secretary General. In addition, the *Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia* was designed keeping in mind the system of coordination between the European Commission and the

67. Decision 608/2005, art. 38.

68. Decision 608/2005, art. 22.

69. Decision 608/2005, art. 5.

70. Under art. 50 of the Decision 608/2005 Bolivia should designate the national authority in charge of enforcing the Decision at the internal level. Such obligation was extended to Ecuador by the Decision 616/2005.

Decision 616 adopted in Lima on 15.07.2005. Available in: [www.intranet.comunidadandina.org/Documentos/decisiones/DE616.doc]. Last access on: 15.03.2013.

71. Decision 608/2005, art. 4.

72. Decision 608/2005, art. 6.

EU NCAs within the ECN. Finally, similarly to Regulation 1/2003,⁷³ Bolivia and Ecuador could directly enforce the Decision 608/2005 in the lack of a national competition law.

II.2.b Lack of enforcement of the Decisions 285/1991 and 608/2005

In spite of the progressive improvement of its institutional framework, so far the degree of enforcement of CAN regional competition policy has been disappointing. In particular, only three Resolutions were adopted by the Secretary General in relation to Decision 285/1991, while no Resolution has so far been adopted in relation to Decision 608/2005.

Among the three cases analysed under the framework of Decision 285/1991, two were rejected by the Secretary General since the alleged anti-competitive practices either did not fall in scope of application of Decision 285/1991 (i.e. unfair advertisement), or the appellant did not provide sufficient evidence to support the infringement. The only case that ended up in the imposition of a sanction concerned a price cartel established among the palm oil producers in Colombia.⁷⁴ The procedure started through a complaint submitted by a Peruvian association of oil producers. Since the oil was later exported to the other CAN MS, Decision 285/1991 was applicable. After having completed the investigations, the Secretary General recognized the existence of an infringement and it authorized Perú to limit for one year the import of palm oil from Colombia.⁷⁵

The sanction imposed by the Secretary General in the case mentioned above clearly illustrates the limits of the enforcement mechanism introduced by Decision 285/1991. Regional competition policy aims at sanctioning the anti-competitive practices that restrict intra-regional trade. By authorizing a temporary blockage of the imports of oil palm from Colombia, the Resolution of the Secretary General had the effect of limiting intra-regional trade. In addition, there was no guarantee that the Colombian producers would stop concerting the oil prices due to the Resolution of the Secretary General, since they were not directly sanctioned due to their market behaviour. The imperfect system of sanctions provided by Decision 285/1991 may explain why CAN

73. Reg. 1/2003.

74. Through the Resolution 892 adopted on 14.1.2005 CAN Secretary General opened the investigations on the case. Afterwards, through the Resolution 984 adopted on 15.12.2005 it the sanction the anti-competitive practice.

75. Resolution 984/2005, art. 1.

Secretary General was particularly cautious in enforcing this mechanism, and it did not start any investigation *ex-officio*. In fact, a supranational authority in charge of supervising the market integration within the *Comunidad Andina* would certainly be reluctant to authorize the limitation of imports from one MS. The possibility to directly impose fine introduced by the Decision 608/2005 was intended to solve this problem.

Even though Decision 608/2005 established a regional competition policy closely in line with the EU model, in the last six years this Decision has never been enforced. Therefore, unlike the previous Decision 285/1991, the lack of enforcement was not caused by "defects" in the text of the Decision. Certainly, the current political climate in some MS of the *Comunidad Andina* does not support the enforcement of a regional competition policy. In particular, a revamped role of State intervention in the economy pursued during the last years by the Governments of Venezuela, Bolivia and Ecuador does not support the enforcement of a regional competition policy.⁷⁶

One of the limits of the Decision 608/2005 was the list of exceptions that CAN MS could agree in relation to certain economic sectors.⁷⁷ In fact, even though CAN Secretary General is a supranational institution, the possibility to introduce exceptions discouraged the Secretary General from starting any investigation under Decision 608/2005, since the investigations could hurt the interest of CAN MS, which could react by exempting the economic sector under investigation from the scope of application of Decision 608/2005.

Besides the list of exceptions, another limit of Decision 608/2005 concerned its direct applicability in Ecuador and Bolivia. Decision 608/2005 was, in fact, designed for a regional system of enforcement of a competition policy. Even though Bolivia and Ecuador could apply at the internal level the provisions of the Decision sanctioning anti-competitive agreements and abuse of dominance, the lack of a NCA made the enforcement of these rules ineffective.⁷⁸

76. PEÑA (2006).

77. Decision 608/2005, art. 6.

78. MARCOS, Francisco. Downloading Competition Law from a Regional Trade Agreement (RTA). A Strategy to Introduce Competition Law in Bolivia and Ecuador. *World Competition* 31(1), 127-143 (2008).

In 2009, the President of Ecuador adopted the Decree 1.614 to empower the newly established Secretariat for Competition to enforce the Decision 608/2005. However, the latter is not an independent NCA, but rather a body part of the Ministry of Industry and Productivity. On the other hand, in Bolivia the body currently in charge of enforcing the Decision 608/2005 is the *Sistema de Regulación Sectorial* (Sirese).

Furthermore, the fact that representatives of the Ministries of Industry of these countries sit in the *Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia* together with the representatives of the NCAs of the other MS creates an asymmetry likely to block the functioning of this institution.⁷⁹

Finally, a possible additional reason behind the lack of enforcement of Decision 608/2005 concerns the legal effects of a Resolution of the Secretary General sanctioning a private undertaking based in one CAN MS. As mentioned in the previous section, CAN Tribunal of Justice recognized through its case law the supremacy of CAN law over national law. However, as argued by Karen Alter, this doctrine has never been fully accepted by the national judiciary and the administrative authorities, recalcitrant in accepting the primacy of CAN legal system.⁸⁰ In addition, under the Treaty of Cartagena, the Secretary General can only adopt Resolutions;⁸¹ it is questionable that these acts have direct effect on private individuals unlike the Decisions adopted by the European Commission. Under art. 35 of Decision 608/2005, in fact, CAN MS have the responsibility to ensure the correct implementation of Secretary General Resolutions. Therefore, even if the Secretary General wished to undertake an active enforcement policy of Decision 608/2005, his action would face an obstacle by the need to look for cooperation from CAN MS. In the current political climate that characterizes the *Comunidad Andina* such cooperation would be unlikely.

Sirese is a government body which supervises the sector regulatory authorities operating in network industries, and thus it is not a NCA.

Decree of the Ecuador President n. 1.614, *Normas para la Aplicación de la Decisión 608 de la CAN*, adopted on 14.03.2009. Available in: [<http://lawprofessors.typepad.com/files/decreto-ejecutivo-1614-aplicaci%C3%B3n-decisi%C3%B3n-608-competencia.pdf>]. Last access on: 15.03.2013.

Ley 1.600 del Sistema de Regulación Sectorial (Sirese). Published on the Official Journal of Bolivia on 28.10.1994. Available in: [www.vicepresidencia.gob.bo/Inicio/tabid/36/ctl/wsqverbusqueda/mid/435/Default.aspx?id_base=2&id_busca=1600]. Last access on: 15.03.2013.

79. LOZANO, Maria Clara. La Decisión 608 de la CAN y Sus Implicaciones en Bolivia. *Boletín Latinoamericano de Competencia* 21(1), 43-50 (2006). ZÚÑIGA FERNÁNDEZ, Tania. *Fusionskontrolle in einer 'small market economy'. Wettbewerbspolitische Untersuchung am Beispiel Peru*. Baden-Baden: Nomos, 2009.
80. ALTER, Katrin. Jurist Advocacy Movements in Europe: the Role of Euro-Law Associations in European Integration. In: _____ (ed.). *The European Court's Political Power. Selected Essays*. Oxford: Oxford University Press, 2009. At 62-91.
81. Cartagena Treaty, art. 29.

In conclusion, in view of the reasons mentioned above, Decision 608/2005 remains today a well-drafted piece of legislation that is still unenforced six years from the moment of its adoption.

11.3 Caricom: the "fatigue" of establishing a regional competition authority

11.3.a Peculiarities of Caricom integration process

The origins of the process of regional integration among the Caribbean islands date back to the 1950s, when a group of Caribbean islands established a Caribbean Free Trade Zone (CARIFTA).⁸² This initiative, however, was not successful, and in 1973 it was replaced by the Caribbean Community (Caricom). In the 1990s, negotiations started to revise the Treaty, with the objective of establishing an effective Caricom common market. The long process of revision ended in 2001 with the signature of the Revised Chaguaramas Treaty.⁸³

The rationale for establishing Caricom was connected to the peculiar features of its MS. The latter are small islands, characterized by a limited population and a low GDP per capita. As pointed out by Stewart, these peculiarities lead to market structures that are highly concentrated, where collusive practices among the few market operators that enjoy a dominant position in the market are common.⁸⁴ By establishing a regional market, the degree of market concentration would decrease; meanwhile, FDI's would increase as foreign investors would be attracted by the idea to invest in a regional, rather than in a small national market. Even though the benefits of regional integration for the Caribbean islands may be clear, "unfortunately Caricom has yet to live up its economic integration goals".⁸⁵ As argued by Mesquita Moreira and Mendoza, even a regional market including all Caribbean islands would still be equivalent to medium size Latin American countries like Ecuador and Chile, in terms of population and GDP.⁸⁶ In addition, Caricom MS are characterized by

82. MESQUITA MOREIRA, Mauricio; MENDOZA, Eduardo. Regional Integration. What Is in It for Caricom? *Report of the Inter-American Development Bank*. Available in: [www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2007/00212.pdf]. Last access on: 15.03.2013.

83. Revised Chaguaramas Treaty.

84. TAIMOON, Stewart. Is Flexibility Needed When Designing Competition Law for Small Open Economies? A View from the Caribbean. *Journal of World Trade* 38(4), 725-750 (2004).

85. BRAVO, Karen. Caricom, the myth of Sovereignty, and Aspirational Economic Integration. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 31(1), 145-205 (2005).

86. Mesquita Moreira, Mendoza (2006).

deep disparities in terms of economic development: while Jamaica, Barbados and Trinidad and Tobago have developed economies focussed on tourism and the provision of financial services, the majority of the other Caribbean islands are less developed economically, since they strongly depend on the export of a limited number of tropical agricultural goods, whose prices are subject to the oscillations of world prices of raw materials.⁸⁷

A second rationale behind the process of integration of Caricom concerns the need to establish regional administrative authorities, since Caricom MS lack administrative capacity due to their small size.⁸⁸ Consequently, a peculiarity of the Caricom integration process has been the proliferation of a number of regional agencies in charge of technical tasks.⁸⁹

A final peculiarity of Caricom integration process concerns the permanent tension between the need for further integration, due to the economic and administrative reasons mentioned above, and the “myth of sovereignty” that characterize Caricom MS. As argued by Bravo, even though Caricom is a “community” of Member States, the idea of a supranational regional integration has been only “aspirational” in the speeches of the Caribbean political leaders. However, such speeches were never followed by concrete initiatives to delegate sovereignty to supranational authorities (BRAVO, 2005). Caricom institutional framework is, in fact, characterized by the role played by the national governments, which decide by consensus in a number of different fora.⁹⁰ On the other hand, Caricom Secretariat only carries out administrative tasks, and it coordinates the regional technical agencies.⁹¹ In addition, the Caricom Court of Justice was introduced in 2001, but its jurisdiction is still challenged today by a number of MS.⁹²

87. STEWART (2004). Statistics comparing the level of economic development of the different Caricom MS are available on the web site of Caricom statistics office. Available in: [www.caricomstats.org/]. Last access on: 15.03.2013.

88. SMITH-HILLMAN, Vindelyn. First a Glimmer, Now a...? The Prospect of a Caribbean Competition Policy. *Journal of World Trade* 40(2), 405-422 (2006).

89. See the list provided in art. 21 and 22 of the Revised Chaguaramas Treaty.

90. The main organs of Caricom are the Councils of Heads of Governments and Foreign Ministers, followed by the Councils of the Ministers in charge of specific portfolios (i.e. Finance, Trade, Social Policy...). Revised Chaguaramas Treaty, art. 10 and following ones.

91. Revised Chaguaramas Treaty, art. 23.

92. MENNS, Katrin; DECOURSEY, Eversley. *The Appropriate Design of the Caricom Competition Commission. Paper presented at ACLE Conference.* Amsterdam/Netherlands, on

11.3.b The long waited Caricom Competition Commission

Chapter VIII of the Revised Chaguaramas Treaty introduced a regional competition policy. Similarly to the case of the Mercosur Fortaleza Protocol and the CAN Decision 608/2005, the Caricom rules mirrored the EU substantive provisions, by prohibiting anti-competitive practices⁹³ and forms of abuse of dominant position.⁹⁴ Chapter VIII also included a number of exceptions from the scope of applications of the competition rules (i.e. activities of professional associations).⁹⁵ Furthermore, additional exceptions could be introduced by the Council of Ministers for Trade and Economic Development (Coted).⁹⁶

Caricom competition rules were enforced by a multilevel system: chapter VIII required Caricom MS to establish NCAs;⁹⁷ at the same time, when an anti-competitive behaviour had an effect on intra-regional trade, the rules provided by Chapter VIII would be applicable and they would be enforced by a newly established Caricom Competition Commission (CCC).⁹⁸ Therefore, while CAN Decision 608/2005 delegated to the CAN Secretary General the enforcement of the Decision, in line with Caricom approach to establish regional technical bodies, the Revised Chaguaramas Treaty opted for the establishment of a separate regional competition authority.

In relation to the system of enforcement, the CCC could directly impose fines on private undertakings,⁹⁹ but only through a complex mechanism of cooperation with the NCAs. The latter, in fact, would first be required to ask the NCA "to undertake a preliminary examination".¹⁰⁰ In case of disagreement between the evaluation of the CCC and the NCA, the dispute would be referred to the Coted.¹⁰¹ The role of mediation played by the Coted in the Treaty was

20.05.2011. Available in: [<http://vi.unctad.org/files/studytour/stuwill/Presentations/Tuesday%2024/Eversley.Menns.Appropriate%20Design%20of%20the%20CCC.ACLE.pdf>]. Last access on: 15.03.2013.

93. Revised Chaguaramas Treaty, art. 177.

94. Revised Chaguaramas Treaty, art. 178, 179.

95. Revised Chaguaramas Treaty, art. 168.

96. Revised Chaguaramas Treaty, art. 183(2).

97. Revised Chaguaramas Treaty, art. 170(2).

98. Revised Chaguaramas Treaty, art. 171.

99. Revised Chaguaramas Treaty, art. 174(4)(j).

100. Revised Chaguaramas Treaty, art. 176(1).

101. Revised Chaguaramas Treaty, art. 176(5).

unclear, and it could certainly lead Coted to exercise political pressures on the CCC in cases involving MS national champions.

Even though the establishment of the CCC was provided by the Revised Chaguaramas Treaty, a decade after the date of signature of the Treaty there are still no cases of enforcement of Chapter VIII. This was mainly due to the fact that the CCC was established only in 2008,¹⁰² after long years of negotiations on the location of the headquarters of this new agency.¹⁰³ Therefore, it could be argued that the Caricom competition policy has yet to prove to be successful, due to the fact that the CCC has only recently been established. Certainly, the CCC is currently facing the problems that usually characterize newly established institutions in the emerging economies, like lack of human and financial resources and lack of expertise in enforcing Chapter VIII.¹⁰⁴ However, a number of factors may lead to the conclusion that the CCC will have to overcome a number of obstacles in the coming years in order to enforce the competition rules of the Treaty. First of all, Chapter VIII requires a compulsory cooperation with the NCAs. Even though every Caricom MS is bound to establish a NCA, so far only Jamaica and Barbados have complied with this duty.¹⁰⁵ Similarly to the case of Mercosur and the Andean Community, the asymmetries in the development of national competition law thus hamper the enforcement of a regional competition policy.

Secondly, even though CCC can directly impose fines, the legal value of its decisions is unclear. Within an intergovernmental RTA, where the concepts of direct effect and supremacy of regional law are unknown; every decision adopted by the CCC would require its implementation by the MS. The latter

102. Only on 13.02.2007 an Agreement was concluded between Caricom and the Government of Suriname, which accepted to host the headquarters of the CCC in Paramaribo. Available in: [www.caricom.org/jsp/secretariat/legal_instruments/competition_commission_seat.pdf]. Last access on: 15.03.2013.

103. TAIMOON, Stewart. Special Cooperation Provision on Competition Law and Policy: the Case of Small Economies. Competition Provisions. In: BRUSICK, Philip; ALVAREZ, Ana Maria; CERNAT Lucien. Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development, 2005. At 329-359.

104. MENNS, EVERSLEY (2011).

105. LEE, Barbara. Caricom Competition Commission: Enhancing Competition Enforcement in the Caribbean Community. Paper presented at ICN 8th Annual Conference. Zurich/Switzerland, 03-05.06.2009. Available in: [www.docstoc.com/docs/83536553/12458757281Pre-ICN_presentation_-_Barbara_Lee]. Last access on: 15.03.2013.

would thus have the opportunity to obstacle the implementation of the CCC decisions which target their national champions.

Finally, the fact that the economies of the Caricom MS are not fully integrated may undermine the enforcement the regional competition policy, since the number of anti-competitive practices that satisfy the condition of the effect on intra-regional trade is likely to remain limited in the near future. According to a study carried out in 2010 by Caricom Secretariat, in fact, while the integration of Caricom into world trade has been constantly increasing during the last years, the quote of intra-regional trade remains low.¹⁰⁶ This is due, in particular, to the lack of complementarity among the products/services exported by Caricom MS, which causes a prevalence of external trade with other developed economies.

III. CONCLUSIONS

The last two decades recorded the rapid proliferation of competition chapters in RTAs. A number of authors have pointed out the benefits of the introduction of a regional competition policy for the RTAs that include developing countries/emerging economies as MS. Most of the regional competition systems studied in this paper have mirrored the EU competition model, especially in relation to its substantive provisions. Nevertheless, no other regional competition law system has so far proved to be as successful as the EU in terms of enforcement outcome. The existing literature has not provided a satisfactory explanation of the reasons behind the gap between benefits and effective enforcement results of regional competition systems.

The case studies show how ineffective is a regional competition policy based exclusively on the coordination of the NCAs of the region. Competition law is a new legal concept in the majority of the emerging economies. Consequently, even if each MS of the RTA is bound to adopt a national competition law, asymmetries between the national competition law systems are inevitable. Such asymmetries were evident in the case of Mercosur (i.e. Paraguay still lacks a national competition law), CAN (i.e. Bolivia and Ecuador lack a national

106. The study points out that in 2008, the quote of intra-regional trade corresponded only to 16.3% of the total exports and 13.3% of the total imports carried out by Caricom MS. On the other hand, 67.3% of the exports and 63.5% of the imports of the EU derived from intra-regional trade. Caricom Secretariat, *Caribbean Trade and Investment Report 2010*. Page 2. Available in: [www.caricom.org/jsp/community_organs/ctir_2010_executive_summary.pdf]. Last access on: 15.03.2013.

competition law) and Caricom (i.e. Jamaica and Barbados were the only MS to have so far introduced a national competition law). These asymmetries undermine the cooperation among the NCAs of the region since there is lack of mutual trust among the authorities. In addition, such asymmetries have also a negative influence on the functioning of regional committees of the representatives of the NCAs (i.e. the *Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia* and the Mercosur *Comité de Defensa de la Competencia*).

Following the example of the EU, a supranational enforcement system seems thus more appropriate for the RTAs that include emerging economies. Before de-centralizing the enforcement of competition policy to its MS through the Reg. 1/2003, the EU followed a centralized enforcement approach for more than forty years. For the emerging economies part of a RTA, the establishment of a regional competition authority with exclusive competence to enforce the regional competition policy has the advantage of maximizing the scarce human resources available, and to overcome the problem of the asymmetric development of national competition law mentioned above. CAN and Caricom opted for a supranational enforcement system, enforced either by the existing Secretary General of the organization in the case of the *Comunidad Andina*, or by a newly established body (i.e. the Caricom Competition Commission). However, in spite of the similarities with the EU enforcement system, neither CAN nor Caricom have so far been successful in enforcing a regional competition policy. The lack of enforcement of the CAN Decision 608/2005 and the difficulties faced in establishing the Caricom Competition Commission are “symptoms” of such failure. Concerns by Caricom governments about the transfer of sovereignty to the CCC, the opposition by some governments of the *Comunidad Andina* against free market policies, and the short period of existence of these rules in both regions may partially explain such failure. As argued in the introduction to this paper, these explanations can certainly be shared, but they are not exhaustive. Through the analysis of the cases study of CAN and Caricom, three additional reasons of this enforcement failure were identified throughout the paper:

- *Lack of direct effect of the decisions of the regional competition authority:* one of the preconditions of the successful enforcement of the EU competition policy is the direct effect and supremacy of the EU law over national legal systems. Although the principle of direct effect of int. law within the national legal systems characterizes countries outside of the EU which follow a “monist” approach,¹⁰⁷ the principle of supremacy of EU law over national law

107. Countries are generally divided in two groups in relation to the role of int. law within their national legal system: while “monist” countries (i.e. Germany, UK) recognize

is generally not recognized in other RTAs. Within a regional mechanism of competition enforcement, the direct effect and supremacy of the decisions of the regional competition authority are essential prerequisites for the successful functioning of this institution. A regional competition policy is effective only if the regional competition authority can directly sanction the anti-competitive conduct of private undertakings and if its decisions have a primacy over a possible divergent national decision. The cases of CAN and Caricom showed that outside the EU the principles of direct effect and supremacy are often not applicable. This was evident in the case of Caricom, where the "Community" of Caribbean States is *de facto* an inter-governmental organization. In such context, the decision of the Caricom Competition Commission imposing a fine on an undertaking would not have any direct effect; it should be rather implemented by the MS authorities. Similarly, even though the concept of direct effect has been recognized by the Andean Tribunal of Justice, this doctrine has not become widely accepted in the *Comunidad Andina*. The lack of direct effect of the decisions of the regional competition authority nullifies the autonomy of this institution, since a MS might obstruct the implementation of the decisions which sanction its national champions.

- *Literal interpretation of the intra-regional trade condition*: the triggering factor for the application of the regional, rather than national competition law is usually the effect of the anti-competitive practice on the intra-regional trade. The rationale behind this condition is clear: a regional competition policy is needed in order to complement the trade liberalization policies within the RTA, in order to sanction the business practices that may obstruct market integration within the RTA. In the EU, this condition has been broadly interpreted by the ECJ, which has included in the scope of application of the EU competition rules every anti-competitive practice that "directly" or "indirectly", "actually" or "potentially" restrict intra-community trade.¹⁰⁸ This broad interpretation provided a certain degree of "leeway" to the European Commission, which can enforce the EU competition rules against practices which have a national dimension and only an indirect impact on

the direct effect of int. law within the national legal system, "dualist" countries require an international treaty to be implemented by a national legislation (i.e. Italy). In monist countries, a national judge can directly rely on an int. treaty ratified by his/her country as source of law, while in dualist countries a national judge can rely only on the national legislation which implements the int. treaty. CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

108. Case 56/65. *Société Technique Minière (L.T.M.) v. Maschinenbau Ulm GmbH* (M.B.U.) [1966] ECR 00235.

intra-Community trade.¹⁰⁹ As argued by a number of economists, RTAs among developing countries/emerging economies are generally characterized by a low level of intra-regional trade.¹¹⁰ Companies established in emerging economies are, in fact, often more interested to export their products to the markets of developed economies, rather than to the other MS of the RTA. This problem was evident in the case of Caricom, which includes economies that export agricultural and raw materials outside of the RTA.¹¹¹ In view of this economic structure, a literal interpretation of the intra-regional trade condition might lead to a reduction of the scope of application of the regional competition system.¹¹² Therefore, there is a positive correlation between the deficit in terms of cross-border trade within a RTA and the enforcement of regional competition policy: a limited intra-regional trade limits the number of cross-border anti-competitive practices, and thus the scope of application of the regional competition rules.

- *Lack of sanctions against the anti-competitive MS behaviours:* Besides sanctioning the anti-competitive behaviour by private undertakings, the EU competition rules monitor the subsidies granted by MS to their undertakings (art. 107-108 TFEU) and the market behaviour of public undertakings (art. 106.2 TFEU). No similar rules exist in other regional competition policy systems. On the contrary, the Revised Chaguaramas Treaty and the Decision 608/2005 provided a list of exceptions for the application of the regional competition rules in certain economic sectors (i.e. agriculture), and they grant to the MS the right to agree on further exceptions. If the introduction of a regional system of State aid control would probably be politically unfeasible in the early stages of enforcement of a regional competition policy, the RTA should at least limit the list of exceptions. In particular, the discretion granted to the

109. For instance, in *Erste Group Bank v Commission* the CJ recognized that the European Commission could sanction a cartel involving exclusively undertakings operating in one MS, since the cartel had "the effect of reinforcing the partitioning of market on a national basis", and thus the intra-Community trade condition was satisfied. Case C-125/07, *Erste Group Bank v. Commission* [2009] ECR I-8681. Para. 38.

110. SHAMS, Rasul. Regional Integration in Developing Countries: Some Lessons Based on Case Studies. Hamburgisches Welt-Wirtschafts-Archi (HWWA), discussion paper 251. Available in: [www.econstor.eu/bitstream/10419/19223/1/251.pdf]. Last access on: 15.03.2013.

111. Caricom Trade and Investment Report 2010.

112. CORTAZAR MORA, Javier. Decisión 608 de la Comunidad Andina: un Paso Adelante para el Sistema Antimopolios de la Región. *Revista de Derecho Competencia* 2(2), 123-152 (2006).

MS to adopt further exceptions risks nullifying the enforcement activities of the regional competition authority. The latter should play a functioning of advocacy function vis a vis the MS, indicating which national rules restrict competition in the regional market.

It might be argue that these conditions are not the exclusive factors which allow a regional competition regime to be effectively enforced. However, under a legal perspective, these three pre-conditions allow to explain why the EU competition model has been more successful in terms of enforcement outcomes in comparison to the competition rules introduced by other RTAs which have introduced similar substantive rules. Without its direct effect, a broad interpretation of intra-regional trade condition and rules sanctioning MS anti-competitive behaviours, the EU competition model would never become as successful as it is today.

IV. BIBLIOGRAPHY

- ALTER, Katrin. Jurist Advocacy Movements in Europe: the Role of Euro-Law Associations in European Integration. In: _____ (ed.). *The European Court's Political Power: Selected Essays*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- BOTTA, Marco. Fostering Competition Culture in the Emerging Economies, the Brazilian Experience. *World Competition* 32(4), 609-625 (2009).
- _____. The Cooperation between the Competition Authorities of the Developing Countries: why it does not Work? Case Study on Argentina and Brazil. *The Competition Law Review* 5(2), 153-178 (2009).
- _____. EU and Global Competition Networks. In: FALKNER, Gerda; MÜLLER, Patrick (eds.). *EU Policies in a Global Perspective: Shaping or taking international regimes? Forthcoming in Routledge in 2013*.
- BRAVO, Karen. Caricom, the myth of Sovereignty, and Aspirational Economic Integration. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 31(1), 145-205 (2005).
- CASSESE, Antonio. *International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- CELANI, Marcelo; STANLEY, Leonardo. Política de Competencia en América Latina. *Desarrollo Productivo*. n. 142. Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2003.
- CERNAT, Lucian. Eager to Ink, but Ready to Act? RTA Proliferation and International Cooperation on Competition Policy. In: _____; BRUSICK, Philippe; ALVAREZ, Ana Maria (eds.). *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains*. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development, 2005.
- CINI, Michel; MCGOWAN, Lee. *Competition Policy in the European Union*. New York: Palgrave Macmillan, 2008.

- CORTAZAR MORA, Javier. Decision 608 de la Comunidad Andina: un Paso Adelante para el Sistema Antimonopolios de la Region. *Revista de Derecho Competencia* 2(2), 123-152 (2006).
- DABBAH, Maher. Competition Law and Policy in Developing Countries: a Critical Assessment of the Challenges to Establishing an Effective Competition Law Regime. *World Competition* 33(3), 457-475 (2010).
- FOX, Eleanor. In Search of a Competition Law. Fit for Developing Countries. *Law and Economics Research Paper Series*. n. 11-04 (2011). New York: New York Law School. Available in: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1761619#]. Last access on: 15.03.2013.
- FUENTES FERNÁNDEZ, Alfredo. Contexto Histórico y Avances de la Integración en la Comunidad Andina. *Revista Oasis* (13), 177-196 (2007).
- GAL, Michal. Regional Competition Law Agreements: An Important Step for Antitrust Enforcement. *University of Toronto Law Journal* 60(2), 239-261 (2010).
- GERBER, David. *Law and Competition in Twenty Century Europe: Protecting Prometheus*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- HARGAIN, Daniel. Nueva Ley de la Competencia en Uruguay. *Boletín Latinoamericano de Competencia* 23, 100-109 (2007).
- HYLTON, Keith; DENG, Fei. Antitrust Around the World: An Empirical Analysis of the Scope of Competition Laws and Their Effects. *Antitrust Law Journal* 74, 276, 326 (2007).
- JENNY, Frédérique. Cartels and Collusion in Developing Countries: Lessons from Empirical Evidence. *World Competition* 29 (1), 109-137 (2006).
- _____; HORNA, Pierre. Modernization of the European System of Competition Law Enforcement: Lessons for Other Regional Groupings. Competition Provisions. In: BRUSICK, Philippe; ALVAREZ, Ana Maria; CERNAT, Lucien. *Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains*. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development, 2005.
- LEE, Barbara. Caricom Competition Commission: Enhancing Competition Enforcement in the Caribbean Community. *Paper presented at ICN 8th Annual Conference*. Zurich/Switzerland, 03-05.06.2009. Available in: [www.docstoc.com/docs/83536553/12458757281Pre-ICN_presentation_-_Barbara_Lee]. Last access on: 15.03.2013.
- LOZANO, Maria Clara. La Decisión 608 de la CAN y Sus Implicaciones en Bolivia. *Boletín Latinoamericano de Competencia* 21(1), 43-50 (2006).
- MARCOS, Francisco. Downloading Competition Law from a Regional Trade Agreement (RTA). A Strategy to Introduce Competition Law in Bolivia and Ecuador. *World Competition* 31(1), 127-143 (2008).
- MENNS, Katrin; DECOURSEY, Eversley. *The Appropriate Design of the Caricom Competition Commission. Paper presented at ACLE Conference*. Amsterdam/

- Netherlands, on 20.05.2011. Available in: [<http://vi.unctad.org/files/studytour/stuwill/Presentations/Tuesday%2024/Eversley.Menns.Appropriate%20Design%20of%20the%20CCC.ACLE.pdf>]. Last access on: 15.03.2013.
- MESQUITA MOREIRA, Mauricio; MENDOZA, Eduardo. Regional Integration. What Is in It for Caricom? *Report of the Inter-American Development Bank*. Available in: [www.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2007/00212.pdf]. Last access on: 15.03.2013.
- PAGOTTO UIRATAN CARREIRO, Leopoldo. Regulation of Competition in Regional Trade Agreements; How This Can Be Best Achieved for the Benefits of an Expanded Market. *Revista Derecho Competencia* 4(4), 25-39 (2008).
- PENA, Julian. Competition Policies in Latin America Post-Washington Consensus. In: MARSDEN, Philip. *Handbook of Research in Transatlantic Antitrust*. Cheltenham: Edward Elgar Publisher, 2006.
- SCHIERER, Frederique. Competition Policy Convergence: Where Next? *Empirica* 24, 5-19 (1997).
- SCOTT, Andrew. The Evolution of Competition Law and Policy in United Kingdom. *LSE Working Papers* 9/2009. Available in: [www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2009-09_Scott.pdf]. Last access on: 15.03.2013.
- SEREBRISKY, Tomas. What Do We Know about Competition Agencies in Emerging and Transition Countries? Evidence on Workload, Personnel, Priority Sectors and Training Needs. *World Competition* 27(4): 651-674, 2004.
- SIAMS, Rasul. Regional Integration in Developing Countries: Some Lessons Based on Case Studies. Hamburgisches Welt-Wirtschafts-Archi (HWWA), discussion paper 251. Available in: [www.econstor.eu/bitstream/10419/19223/1/251.pdf]. Last access on: 15.03.2013.
- SMITH-HILLMAN, Vindelyn. First a Glimmer, Now a...? The Prospect of a Caribbean Competition Policy. *Journal of World Trade* 40(2), 405-422 (2006).
- SOKOL, Daniel. Order without (Enforceable) Law: Why Countries Enter into Non-Enforceable Competition Policy Chapters in Free Trade. *Chicago-Kent Law Review* 83, 231-292 (2008).
- TAIMON, Stewart. Is Flexibility Needed When Designing Competition Law for Small Open Economies? A View from the Caribbean. *Journal of World Trade* 38(4), 725-750 (2004).
- . Special Cooperation Provision on Competition Law and Policy: the Case of Small Economies. Competition Provisions. In: BRUSICK, Philip; ALVAREZ, Ana Maria; CERNAT, Lucien. *Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains*. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development, 2005.
- TAVARES DE ARAUJO, José. Política de Concorrência no Mercosul: uma Agenda Mínima. In: CHUDNOUSKY, Daniel; FANELLI, José Maria. *El Desafio de*

Integrarse para Crecer. Balances y Perspectivas del Mercosur en su primera Década. Buenos Aires: Siglo Veintiuno de Argentina Editores, 2001.

TAY-CHENG, Ma. The Effect on Competition Law Enforcement on Economic Growth. *Journal of Competition Law and Economics* 7 (2), 301-334 (2011).

WILLIAMSON, John. What Washington Consensus Means by Policy Reform. In: _____ (ed.). *Latin American Adjustment. How Much Has Happened?* Washington: Institute for the Internal Economics, 1990. Chapter 2. Available in: [www.petersoninstitute.org/publications/papers/print.cfm?doc=pub&ResearchID=486]. Last access on: 15.03.2013.

ZÚNIGA FERNÁNDEZ, Tania. *Fusionskontrolle in einer 'small market economy'. Wettbewerbspolitische Untersuchung am Beispiel Peru.* Baden-Baden: Nomos, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Defesa da concorrência no Mercosul, de Carlos Mário da Silva Velloso – *RDCI* 32/83;
- Integração regional e política de concorrência, de José Tavares de Araujo Jr. e Luis Tineo – *RIBRAC* 4/247;
- Legislação de defesa da concorrência e extraterritorialidade, de Isabel Vaz – *RIBRAC* 4/267;
- O sistema de concorrência na União Européia – Modelo para o Mercosul?, de Fernando Passos – *RDCI* 32/19; e
- Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul, de Maria Cecília de Andrade Santos – *RIBRAC* 8/177.

Infrações à Ordem Econômica

TROCA DE INFORMAÇÕES ENTRE CONCORRENTES: LIMITES E POSSIBILIDADES DA CONFIGURAÇÃO DE PRÁTICA ANTICONCORRENCIAL AUTÔNOMA

1

ALBERTO AFONSO MONTEIRO

Graduado pela UERJ. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial

RESUMO: Nos últimos anos, vem sendo evidente o foco da atuação das autoridades brasileiras de defesa da concorrência no que toca à investigação e punição de cartéis. Contudo, ainda não foi objeto de devida atenção por parte das autoridades nacionais a possibilidade de a conduta troca de informações entre concorrentes – tão intimamente ligada à prática de cartel – vir a ser considerada violação à concorrência. Com base nas entusiasmadas discussões doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema existentes na Europa e EUA, o presente artigo visa a contribuir para que se possa responder questões básicas sobre: (a) se a troca de informações entre concorrentes pode ser considerada um ilícito concorrencial autônomo no Brasil; e (b) quais os limites e possibilidades de configuração de prática ilícita nesses casos.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste – Cartel – Troca de informações – Teoria dos efeitos – Regra da razão.

ABSTRACT: In the last years, it has been evident the focus of the enforcement of Brazilian competition authorities with respect to cartel practices. However, it has not yet been object of due attention by Brazilian authorities the possibility of the conduct of exchange of information among competitors – which is closely related to cartel practices – being considered violations to competition. Based on the enthusiastic discussions in doctrine and case law about the subject in Europe and USA, this article aims at collaborating with the job of finding answers to basic questions on: (a) whether the exchange of information among competitors could be seen as an independent antitrust violation in Brazil; and (b) which are the limits and possibilities for a given practice to be considered an illegal practice of information exchange.

KEYWORDS: Anti-trust – Cartel – Information exchange – Theory of the effects – Rule of reason.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Troca de informações como prática anticoncorrencial autônoma no Brasil: 2.1 Paralelismo de conduta e teoria *plus factors*; 2.2 Troca de informações como prática anticoncorrencial autônoma no Brasil – 3. Limites e possibilidades da caracterização de prática anticoncorrencial de troca de informações: 3.1 Principais efeitos positivos e negativos da conduta de troca de informações; 3.2 Principais fatores a serem examinados; 3.3 Publicação de *guidelines* e análise caso a caso – 4. Conclusões – 5. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas mais debatidos e controvertidos na teoria do direito concorrencial envolve a discussão acerca da troca de informações entre concorrentes.¹ Se há um consenso sobre o tema, é o de que troca de informação entre concorrentes podem dar causa a efeitos concorrencialmente positivos ou negativos no mercado. Nesse sentido, não há que se falar em fórmulas fechadas ou pré-definidas para se determinar se a conduta em um caso concreto é ilícita ou não.

Como princípio básico, a troca de informações tem como efeito o aumento da transparência no mercado. Vale lembrar que o modelo econômico teórico de concorrência perfeita pressupõe um mercado com diversos compradores e vendedores, produto homogêneo, ausência de barreiras à entrada e também que os compradores e vendedores estejam perfeitamente informados; ou seja, que o mercado é absolutamente transparente. A partir disso já se pode intuir que o compartilhamento de informações tem grande potencial para trazer benefícios aos agentes que operam no mercado, sejam fornecedores ou consumidores.

Por outro lado, parece também intuitivo que a troca de informações pode originar ou facilitar comportamentos colusivos entre os agentes do mercado, na medida em que essa prática tem potencial para: (a) facilitar um entendimento comum; (b) auxiliar o monitoramento dos termos do acordo; e (c) facilitar e reduzir os custos de punição de desvios.

Em linhas gerais, a troca de informações entre concorrentes pode se enquadrar em três diferentes contextos sob a ótica do direito da concorrência: (a) como parte de um acordo de cartel em que a troca de informação fun-

1. A esse respeito ver Approaches to information exchange vary globally, says IBA panel, de Stefano Berra, disponível no site da *Global Competition Review*. Disponível em: [www.globalcompetitionreview.com/rss/news/article/32319/]. Acesso em: 08.10.2012.

ciona como elemento facilitador das condutas combinadas; (b) no contexto de acordos cooperativos entre concorrentes com propósito de aumento de eficiência (como em *joint ventures*); e (c) como prática isolada e autônoma, em que a troca de informação é a única cooperação entre concorrentes que se pode observar.²

Em regra, a análise concorrencial nos dois primeiros contextos não envolve grandes controvérsias, considerando que a autoridade concorrencial deverá analisar os possíveis efeitos restritivos da concorrência no contexto do cartel ou do acordo de cooperação aos quais a troca de informações é subsidiária. A troca de informações como prática autônoma é a categoria que envolve os maiores desafios, dado que ela pode gerar efeitos pró-competitivos e/ou servir como meio facilitador da colusão tácita ou explícita.

É a esse tema – troca de informações como conduta autônoma e possível configuração de prática anticoncorrencial – que nos dedicaremos no presente trabalho. No capítulo 2 avaliaremos se a troca de informações pode ser considerada uma prática anticoncorrencial autônoma no Brasil, considerando os dispositivos da Lei 12.529/2012. Após isso, no capítulo 3, analisaremos os limites e possibilidade da caracterização da prática anticoncorrencial de troca de informações. Por fim, no capítulo 4, apresentaremos nossas conclusões.

2. TROCA DE INFORMAÇÕES COMO PRÁTICA ANTICONCORRENCIAL AUTÔNOMA NO BRASIL

Na experiência brasileira de defesa da concorrência sob a égide da Lei 8.884/1994, em especial a partir de 2003, o combate a cartéis tornou-se o foco principal da atuação das autoridades, o que é refletido no número de processos administrativos, buscas e apreensões e acordos de leniência³ referentes a casos de cartel.

Segundo definição do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade),⁴ “cartel é um acordo ou prática concertada entre concorrentes para

2. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). *Information Exchanges Between Competitors Under Competition Law*. 2010. p. 9. Disponível em: [www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/48379006.pdf]. Acesso em: 08.10.2012.

3. Para maiores informações, ver: [www.cade.gov.br/].

4. Disponível no site do Cade em: [http://cade.gov.br/Default.aspx?5ccf3ecb25fa1112e452e274cc77]. Acesso em: 08.10.2012.

fixar preços, dividir mercados, estabelecer quotas ou restringir produção, ou adotar posturas pré-combinadas em licitação pública”.⁵

Sabe-se que, classicamente, a configuração da prática de cartel requer a demonstração do acordo expresso entre os concorrentes, o que, no mundo ideal, é obtido por meio de provas diretas da existência de conluio (aí se incluindo atas de reuniões, trocas de mensagens, interceptações telefônicas, entre outros). Contudo, e até como um reflexo do significativo aumento do *enforcement* contra tal conduta, torna-se cada vez mais difícil sob o ponto de vista da autoridade obter evidências necessárias para caracterizar a prática do cartel no caso concreto e puni-lo adequadamente.

2.1 *Paralelismo de conduta e teoria plus factors*

Se por um lado é certo que a caracterização de cartel depende da existência de acordo, por outro é entendimento tranquilo da doutrina – com base em estudos econômicos sobre comportamento de agentes no mercado – que o simples paralelismo de conduta entre concorrentes não deve dar causa à aplicação de penalidades antitruste.⁶

5. Na mesma linha, segundo a Organization for Economic Co-operation and Development (OCDE), “cartel is a formal agreement among firms in an oligopolistic industry. Cartel members may agree on such matters as prices, total industry output, market shares, allocation of customers, allocation of territories, bid-rigging, establishment of common sales agencies, and the division of profits or combination of these”. Disponível no site da OCDE em: [<http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3157>]. Acesso em: 08.10.2012.

6. Sobre a definição de paralelismo e sua insuficiência para configuração de acordo ilícito entre concorrentes, Ivo Teixeira Gico afirma que: “O paralelismo ocorre quando concorrentes adotam uma mesma política comercial, como preços, condições de vendas, financiamento, fórmulas de preços, formas de entrega, qualidade de produtos etc. Quando o paralelismo é fruto da racionalidade econômica individual de cada agente, isto é, a conduta uniformizada seria adotada pelo agente mesmo na hipótese de os demais concorrentes não a adotarem, a identidade de condutas seria absolutamente irrelevante do ponto de vista concorrencial. Trata-se simplesmente de respostas idênticas, mas não relacionadas, de um grupo de concorrentes na mesma condição ao mesmo conjunto de fatos econômicos. O paralelismo não teria significado jurídico de si e por si, dependeria sempre de outros fatos. Assim, a existência de comportamentos paralelos não constituiria qualquer evidência de acordo, salvo se fatos adicionais demonstrassem que a racionalidade da conduta está intrinsecamente vinculada à adoção da mesma conduta pelos demais” (Gico, Ivo T. *Cartel – Teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2007. p. 133).

Diante da impossibilidade de condutas paralelas configurarem por si só comportamento anticoncorrencial e da dificuldade de obtenção de provas diretas de cartel, foram sendo desenvolvidas teorias para se possibilitar a caracterização e punição de cartéis a partir de provas indiretas da existência do acordo.

Nesse contexto, ganhou repercussão na jurisprudência do Cade na vigência da Lei 8.884/1994 a teoria dos *plus factors* de origem norte-americana. Conforme relatado por Luis Fernando Schuartz no julgamento do Processo Administrativo 08012.002493/2005-16,⁷ a ideia central por trás dessa doutrina consiste na apresentação de condições necessárias e suficientes para inferir, a partir do paralelismo entre as condutas dos agentes em mercados oligopolizados na ausência de evidências explícitas de acordo, a existência do último.

A constatação de que o paralelismo não é por si só evidência de comportamento colusivo e a adoção da teoria do *plus factors* (seja para afastar ou configurar a prática de cartel no caso concreto) estiveram presentes em diversos precedentes do Cade na vigência da Lei 8.884/1994.⁸ Na Lei 12.529/2012, a lógica de análise e caracterização de condutas anticompetitivas existente na lei anterior foi mantida,⁹ o que nos leva a crer que a edição da nova lei por si só não trará relevantes alterações ao modo como o Cade examina práticas anticoncorrenciais.

Na doutrina do *plus factors*, a constatação da existência de troca de informações entre concorrentes é comumente vista como um dos fatores adicionais que, somados ao paralelismo e ausentes outras justificativas economicamente razoáveis, podem contribuir para a caracterização do cartel no caso concreto.

Assim, é possível afirmar que o tema da troca de informações vem desempenhando algum papel na jurisprudência do Cade, em especial quando da aplicação da doutrina dos *plus factors* para avaliação da existência de cartel. O outro contexto no qual a jurisprudência do Cade vem atentando para a troca de informações entre concorrentes refere-se à análise de atos de concentração

7. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Processo Administrativo 08012.002493/2005-16.

8. A esse respeito ver Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Processo Administrativo 08012.008166/1999-14; Processo Administrativo 08012.015337/1995-02; Processo Administrativo 08012.000677/1999-70; Processo Administrativo 08012.001119/2000-91; Processo Administrativo 08012.006059/2001-73; Averiguação Preliminar 08012.012116/1999-50; Averiguação Preliminar 08012.010626/2010-87.

9. Evidenciada pela quase transposição dos arts. 20 e 21 da Lei anterior para o art. 36 do novo Diploma.

envolvendo acordos cooperativos entre concorrentes (como em casos de *joint venture*).¹⁰ Como visto acima, nesses acordos cooperativos a troca de informações deve ser analisada de forma subsidiária à cooperação em si.

O interessante a se notar, contudo, é que a troca de informações vem tendo no Brasil um papel ainda subsidiário, como elemento adicional a configurar um ilícito outro (o cartel), ou mesmo em casos de atos de concentração colaborativos, não havendo precedente do Cade em que a conduta tenha sido analisada como potencial prática anticoncorrencial autônoma, independente da ocorrência do cartel e mesmo que este esteja ausente ou não seja comprovável.

2.2 *Troca de informações como prática anticoncorrencial autônoma no Brasil*

No nosso entendimento, a troca de informações entre concorrentes é passível de punição segundo o art. 36 da Lei 12.529/2012 como prática concertada entre concorrentes com potencial de gerar efeitos anticoncorrenciais ao facilitar a colusão tácita ou explícita entre concorrentes.

Consideramos que não merece prosperar argumentação segundo a qual em não sendo punível a colusão tácita (ou mero paralelismo) também não o seria a troca de informações entre concorrentes que a facilita ou incentiva. Embora o mero paralelismo não seja punível por poder decorrer de comportamento legítimo e economicamente plausível de *players* no mercado, o acordo entre concorrentes para troca de informações que possa facilitar essa colusão merece investigação e eventual punição, uma vez que pode configurar conduta apta a limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa. Nesse cenário, o eventual paralelismo não decorreria mais de comportamento individual e economicamente justificável por parte dos agentes econômicos no mercado, mas de mecanismo artificial de troca de informações. Embora pouco explorado pela doutrina no Brasil, o tema já foi (e ainda vem sendo) debatido com entusiasmo pela doutrina e jurisprudência estrangeiras, em especial a europeia.¹¹

10. A esse respeito ver Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Ato de Concentração 08012.011196/2005-53; Ato de Concentração 08012.002335/2000-43; Ato de Concentração 08012.002335/2000-43; Ato de Concentração 08012.003632/2001-97.

11. Segundo Kühn e Vives: "in general the main reason for public policy intervention with regards to information exchange agreements must be seen in their role of facilitating practices for sustaining explicitly or tacitly collusive conduct among firms"

Outro fator para a persecução da conduta de troca de informações, nesse caso de ordem eminentemente prática, refere-se à dificuldade de se provar, em uma investigação antitruste, acordos expressos de cartel entre concorrentes. Segundo Kühn e Vives:

"If competition authorities could, for example, effectively combat collusion on prices, separate policy intervention towards information sharing agreements would be unnecessary. However, there are two reasons why this is not the case. First, collusion between firms is notoriously difficult to prove in court. Part of the reason for this is the scarcity of evidence that goes along with collusive agreements."¹²

A experiência europeia sobre a possibilidade de *enforcement* pela Comissão contra prática de *information sharing* tem relevância crucial para se entender a possibilidade e limites da caracterização de tal prática como ilícito antitruste autônomo no Brasil.

De forma semelhante ao que ocorre no Brasil, o art. 81 do EEC Treaty (hoje art. 101 do TFEU), que proíbe acordos e práticas concertadas entre concorrentes com objeto ou efeito de restringir a concorrência, não menciona a troca de informações como uma das práticas contidas em sua lista não exaustiva de condutas potencialmente anticoncorrenciais. Assim, a atuação da Comissão no *enforcement* dessa prática decorreu unicamente da interpretação normativa e evolução jurisprudencial. Como relata Antonio Capobianco,¹³ embora em casos mais antigos de troca de informações a Comissão tenha analisado a prática unicamente de forma subsidiária a outras condutas (principalmente cartel), a partir da década de 90, a Comissão passou a examinar sistemas de troca de informação de forma independente de qualquer outra prática prevista no art. 81.

O *leading case* europeu sobre troca de informações entre concorrentes é o caso *UK Agricultural Tractor Registration Exchange*, decidido pela Comissão em 1992,¹⁴ que é ainda hoje uma referência quanto ao assunto. Embora não considerada cartel, a prática foi avaliada como conduta concertada com potencial para restringir a concorrência.

(KÜHN, Ka-Uwe; VIVES, Xavier. *Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition*. Barcelona: Institut d'Anàlisi Econòmica (CSIC), jun. 1994. p. 110).

12. Idem, p. 112.

13. CAPOBIANCO, Antonio. Information Exchange Under EC Competition Law. *Common Market Law Review*, vol. 41, n. 5, p. 1248-1251.

14. Em O. J. 1992, L 68/19.

No caso brasileiro, de igual maneira, não consideramos a não referência à troca de informações na lista do § 3.º do art. 36 como óbice para que essa prática seja investigada pelo Cade. O próprio § 3.º é expresso ao determinar que outras condutas além das listadas podem configurar violação à ordem econômica na medida que configurem hipótese prevista no *caput* do mesmo artigo. Por sua vez, a linguagem do *caput* e seus incisos é extremamente ampla, demonstrando a intenção da lei de capturar situações que não são elencadas em seu rol exemplificativo, mas que podem gerar efeitos anticoncorrenciais.

Assim, caso um acordo entre concorrentes para troca de informações tenha potencial para produzir os efeitos anticoncorrenciais previstos no *caput* do art. 36, aos envolvidos não que ser impostas as penalidades do art. 37, mesmo que não haja ou não tenha sido coprovado o cartel. A lógica aqui seria a punição de uma prática que tem o potencial para gerar efeitos concorrenciais (nesse caso a colusão), mesmo que tais efeitos (a colusão) não tenham sido comprovados ou mesmo sequer tenham sido alcançados. Esse raciocínio está em linha com a jurisprudência do Cade sobre punição de condutas com efeitos potencialmente anticoncorrenciais.

Vale fazer referência ainda aos casos de conduta de compartilhamento de informação que não envolvam necessariamente uma troca entre concorrentes, mas conduta unilateral de um dos agentes que disponibiliza informações a terceiros (como em anúncios unilaterais ao mercado). Nessa situação, caso a conduta seja verdadeiramente unilateral e os potenciais efeitos anticoncorrenciais sejam comprovados, a punição do agente pela prática é cabível. Ainda, muitas vezes uma prática aparentemente unilateral envolve na verdade conduta concertada. Seria o caso, por exemplo, de anúncios unilaterais feitos pelos vários agentes e de forma sequencial.¹⁵ Segundo decisão do Tribunal de 1.ª instância, de março de 2000, envolvendo a cimenteira CBR, quando estamos lidando com compartilhamento de informações, muitas vezes a prática aparentemente unilateral é verdadeiramente concertada:¹⁶

15. A esse respeito, vale fazer referência ao caso ATP tratado em maior detalhe abaixo.

16. Embora esse não seja o objeto desse trabalho, e apenas para fins de completude, vale mencionar que não encontramos óbice a que partes que executem um contrato associativo com o objeto de troca de informação notifiquem tal acordo ao Cade para aprovação, segundo o art. 88 c/c art. 90 da Lei 12.529/2012. Obviamente que não seria comum, em especial na realidade brasileira, acordos cooperativos entre concorrentes em que o objeto principal seja a troca de informações em si (em vez de ela ser subsidiária a uma cooperação outra, como em *joint ventures*). Sem prejuízo da interpretação que o Cade dará ao termo “contrato associativo” no âmbito da nova lei,

"The concept of concerted practice implies the existence of reciprocal contacts. That condition of reciprocity is satisfied where the disclosure by one competitor to another of future intentions or conduct on the market has been sought or, at the very least, accepted by the other competitor."¹⁷

Em conclusão ao exposto acima, pode-se dizer que, a despeito da inexistência de jurisprudência do Cade a esse respeito, práticas de compartilhamento de informações entre concorrentes podem – e devem – ser investigadas e eventualmente punidas segundo as normas da Lei 12.529/2012, caso configurem alguma das hipóteses previstas no *caput* do seu art. 36.

3. LIMITES E POSSIBILIDADES DA CARACTERIZAÇÃO DE PRÁTICA ANTICONCORRENCIAL DE TROCA DE INFORMAÇÕES

No capítulo anterior, após abordarmos a experiência estrangeira sobre troca de informações como possível conduta anticoncorrencial, concluímos que, dentro do arcabouço legal brasileiro, é possível a investigação e eventual punição de tais práticas desde que produzam algum(s) dos efeitos mencionados no *caput* do art. 36.

Contudo, a afirmação de que as autoridades concorrenciais devem atentar para trocas de informações entre concorrentes não leva à conclusão de que a conduta invariavelmente acarretará um ilícito concorrenciais. Conforme mencionado na introdução, há situações em que troca de informações produzem efeitos pró-competitivos enquanto em outras os efeitos são a facilitação de práticas colusivas. Haverá situações em que ambos os efeitos (positivos e negativos) serão gerados e caberá à autoridade, no caso concreto, determinar quais deles predominam. É aí que geralmente surgem as maiores polêmicas.

3.1 *Principais efeitos positivos e negativos da conduta de troca de informações*

Quanto aos aspectos negativos da troca de informações, eles já foram tratados acima e, basicamente, referem-se à possibilidade de utilização desse expe-

a possível notificação de contratos associativos para troca de informações é tema que proporcionaria um interessante debate.

17. European Court reports 2000 Page II-00491.

diente para facilitar a colusão entre concorrentes. Segundo a doutrina,¹⁸ a troca de informações pode incentivar a colusão se (a) facilita seja alcançado um entendimento comum sobre os termos da coordenação; (b) facilita o monitoramento dos termos do acordo; e (c) melhora a habilidade e reduz os custos da punição de desvios. Ou seja, todos os elementos clássicos do comportamento colusivo – acordo, monitoramento e punição – são potencialmente facilitados pela troca de informações.

Por outro lado, a doutrina e jurisprudência norte-americana e europeia são ricas em exemplos de como a transparência no mercado pode ser pró-competitiva, trazendo benefícios não apenas a fornecedores como também aos consumidores, aumentando o bem-estar.¹⁹

Sob a ótica dos fornecedores, os potenciais benefícios advindos de trocas de informações são vários, incluindo: (a) melhor compreensão do mercado e da estrutura de demanda, permitindo aos fornecedores que desenvolvam estratégias e sistemas de distribuição mais eficientes; (b) facilitação da entrada de novos fornecedores, uma vez que há melhores informações para avaliação de oportunidades; (c) melhor previsão por parte dos fornecedores dos níveis de demanda, proporcionando otimização de estoques; (d) troca de informações sobre custos permitem às empresas que comparem seu desempenho com o de concorrentes (*benchmarking*), o que possibilita a adoção de iniciativas de aumento de eficiência; (e) em mercados de alta tecnologia e inovação, caracterizados por altos custo em investimentos, a troca de informações pode ter efeitos positivos uma vez que a incerteza sobre desenvolvimentos futuros da demanda pode inibir investimentos em novos produtos.

18. A esse respeito ver: Capobianco, Antonio, op. cit., p. 1257; Gico Ivo T., op. cit., p. 413; Organization for Economic Co-operation and Development (OCDE), op. cit., p. 28; Organization for Economic Co-operation and Development (OCDE). Potential Pro-Competitive and Anticompetitive Aspects of Trade/Business Associations. 2011. p. 23. Disponível em: [[http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF\(2011\)5&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2011)5&docLanguage=En)]. Acesso em: 08.10.2012.

19. A esse respeito ver: NAIR, Reena das; MNCUBE Liberty. The Role of Information Exchange in Facilitating Collusion- Insights from Selected Cases. Disponível em: [www.compcom.co.za/assets/Uploads/events/10-year-review/parallel-3a/The-role-of-information-exchange-dasNairMncube140809-2.pdf]. Acesso em: 08.10.2012; CAPOBIANCO, Antonio, op. cit., p. 1257; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE), cit., p. 24 e 27; NITSCHKE, Dr. Rainer; HINTEN-REED, Nils Von. Competitive Impacts of Information Exchange. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2004_6_reg_4056_86/note_on_information_exchange_en.pdf]. Acesso em: 08.10.2012.

Por sua vez, *do ponto de vista dos consumidores*, os benefícios trazidos pelo aumento da transparência também podem ser significativos, incluindo: (a) eliminação dos custos de procura do melhor produto/serviço entre as alternativas disponíveis, o que também permite que os consumidores façam escolhas melhores e mais informadas no momento da compra, resultando em aumento de concorrência entre os fornecedores; e (b) o aumento da transparência pode ter papel relevante impedindo resultados colusivos, já que torna disponível a potenciais reclamantes e *enforcers* informações úteis para detecção de conduta paralela.

3.2 Principais fatores a serem examinados

Segundo Antonio Capobianco,²⁰ uma revisão da prática da Comissão Europeia sobre trocas de informação demonstra que a Comissão baseia-se em dois fatores principais ao avaliar se determinada comunicação constitui uma restrição à livre concorrência, a saber (a) o tipo e características da informação que está sendo compartilhada; e (b) a estrutura do mercado onde os envolvidos na troca atuam. Além desses dois elementos, podem ser mencionados ainda dois outros, que se referem (c) às características do produto sobre o qual as informações são trocadas; e (d) à forma como a informação é compartilhada.

No que toca ao *tipo e características da informação compartilhada*, as autoridades concorrenciais em regra devem atentar para fatores como o “assunto” de que trata a informação, sua “idade”, “nível de agregação”, “nível de detalhamento”, e a “frequência” com que ela é trocada. Quanto ao “assunto”, informações sobre preços e quantidades futuras geralmente envolvem riscos maiores do que informações sobre custos e análises de demanda. Quanto à “idade” da informação, em regra informações sobre futuro possuem maior potencial colusivo do que informações históricas. No que toca ao “nível de agregação” e “nível de detalhamento”, informações desagregadas (isto é, separadas por empresa, segmento do mercado, região, entre outras) e detalhadas representam maior risco à concorrência do que informações agregadas e genéricas. Por fim, trocas de informações frequentes tendem a facilitar de forma mais efetiva a manutenção de um acordo do que contatos esporádicos.

No que toca à *estrutura do mercado em que se dá a troca de informações*, o nível de concentração é fator de grande relevância para se determinar se dado compartilhamento tem ou não potencial anticoncorrencial, uma vez que alcan-

20. CAPOBIANCO, Antonio, op. cit., p. 1262.

çar e sustentar uma coordenação é muito mais fácil em mercados concentrados com poucos *players*. A extensão do mercado coberto pelo sistema de troca de informações também tende a ser relevante, uma vez que, caso a informação seja compartilhada por (quase) todos os *players* do mercado, isso reduziria a incerteza entre os *players*, facilitando o equilíbrio colusivo.

Com relação às *características do produto*, em teoria, a colusão de preços é mais facilmente alcançada, mantida e monitorada caso o acordo verse sobre produtos homogêneos. Caso os produtos possuam atributos como qualidade e durabilidade que sejam diferenciáveis, torna-se mais difícil para as empresas detectar se as variações nas vendas observadas devem-se a alterações de preferência dos consumidores ou a desvios por parte das empresas que participam do acordo na forma de descontos de preço secretos.

Por fim, a *forma como a informação é compartilhada* é geralmente levada em consideração pelas autoridades concorrenciais em sua análise. Empresas podem compartilhar informações diretamente, por meio de terceiros (associações de classe e empresas de auditoria, por exemplo) ou mesmo através da criação de mecanismos de compartilhamento público de informações. Embora o tema envolva controvérsias, caso as informações trocadas entre alguns concorrentes sejam disponibilizadas para os demais e para consumidores, as preocupações tendem a ser menores do que nos casos onde haja trocas privadas entre determinados *players*, especialmente se eles dominarem grande parte do mercado relevante. Ainda, caso as informações trocadas sejam genuinamente públicas, em regra o compartilhamento não irá gerar maiores preocupações concorrenciais.

3.3 *Publicação de guidelines e análise caso a caso*

A partir das tendências anti e pró-concorrenciais das trocas de informações considerando os diversos fatores envolvidos, autoridades concorrenciais de grande parte das jurisdições dedicam-se, em valiosa iniciativa, a oferecer parâmetros para o *enforcement* de tal prática a partir da publicação de *guidelines*, ou mesmo no âmbito sua prática jurisprudencial. Esforço semelhante é empreendido por organizações internacionais²¹ e doutrinadores²² que se dedicam ao assunto ao redor do mundo.

21. Nesse sentido ver Organization for Economic Co-operation and Development (OCDE), cit., p. 12.

22. Como exemplos podemos citar: OVERGAARD, Baltzer; MOLLGAARD, Peter. Information Exchange, Market Transparency and Dynamic Oligopoly. Denmark, nov. 2005. p.

Esses parâmetros gerais são de particular importância quando se está diante da perseguição pública de troca de informações, considerando que a análise concorrencial desse tipo de prática não é fácil e envolve uma gama de sutilezas. Assim, regras gerais sobre o assunto tem o significativo papel de conferir alguma segurança jurídica aos particulares e servir de ponto de partida para autoridades/empresas avaliarem a necessidade/oportunidade de punir/adotar determinado mecanismo de troca de informações.

No Brasil, dada a carência de precedentes jurisprudenciais sobre o assunto, não há parâmetros gerais estabelecidos.²³ No nosso entender, a formulação de *guidelines* pelas autoridades concorrenciais brasileiras sobre o assunto seria de extrema importância, para conferir segurança jurídica aos administrados e servir de ponto de partida para a análise de casos concretos. Ao endereçar em guias genéricos os casos mais clássicos em que trocas de informação entre concorrentes configurariam (ou não) práticas anticoncorrenciais, as autoridades nacionais poderiam estabelecer quase que presunções de ilicitude (ou licitude) de determinada conduta de troca de informação, sendo possível, obviamente, tanto às autoridades quanto aos particulares desconstituir tal presunção à luz das circunstâncias do caso concreto.

Considerando a complexidade envolvida na avaliação concorrencial de trocas de informação, e sem prejuízo dos nítidos benefícios que a publicação de *guidelines* sobre o assunto possa ter, não há como afastar a constatação de que a legalidade de determinada conduta só poderá ser examinada caso a caso. É assim que a jurisprudência internacional (especialmente nos EUA e Europa) tende a analisar a matéria.

Para aclarar o que se pretendeu demonstrar no presente capítulo, abordaremos abaixo, de forma meramente ilustrativa, alguns dos parâmetros con-

117. Disponível em: [<http://ideas.repec.org/p/kud/kuieci/2005-11.html>]. Acesso em: 08.10.2012; OVERGAARD, Baltzer; MOLLGAARD, Peter. Transparency and Competition Policy. oct. 2006. p. 12-13. Disponível em: [http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rapporter/pros%26cons/rap_pros_and_cons_information_sharing.pdf#page=101]. Acesso em: 08.10.2012. KUHN, KA-UWE; VIVES, XAVIER, op. cit., p. 116-119.

23. Como única exceção, pode-se fazer referência à Cartilha “Combate a cartéis em sindicatos e associações”, publicada pela Secretaria de Direito Econômico em 2009. Embora focada no combate a cartéis propriamente ditos (e não troca de informações em sentido estrito) no contexto de sindicatos e associações, a Cartilha menciona a troca de informações como possível ilícito no contexto de sindicatos e associações e traz alguns critérios gerais sobre que tipos de trocas envolvem maiores preocupações, na linha do entendimento internacional sobre o assunto.

siderados com mais frequência quando se analisa a legalidade de certo mecanismo de troca de informações, incluindo (a) a agregação e detalhamento da informação trocada; e (b) a “idade” da informação trocada. Conforme se verá abaixo, as diretrizes gerais sobre o assunto, embora sejam valiosos pontos de partida, têm que ser aplicadas com a devida ponderação no caso concreto.

a) Nível de agregação e detalhamento da informação trocada

No *leading case* sobre o tema, o caso *UK Agricultural Tractor Registration Exchange* de 1992, a Comissão decidiu condenar como violação ao art. 81 EC um sistema de troca de informações detalhadas sobre vendas de varejo e participações de mercado de oito fabricantes de tratores no Reino Unido.²⁴ Entre outros aspectos considerados pela Comissão para a condenação –²⁵ como a natureza concentrada do mercado, a natureza confidencial das informações trocadas, a frequência dos encontros das empresas na associação de classe – o nível de extremo detalhamento e desagregação das informações trocadas, quebradas por empresa, produto, região e período, foi de fundamental importância para a análise da Comissão.

Na visão da Comissão, o aumento de transparência em um mercado já concentrado impediria a concorrência residual secreta (efeito surpresa) entre os participantes do sistema de troca.²⁶ Na ausência de motivos por parte dos fabricantes de tratores que justificassem a troca desse tipo de informação no caso concreto, a Comissão concluiu que a prática seria anticoncorrencial.

Um outro caso em que a Comissão Europeia analisou a questão do nível de agregação das informações trocadas foi no precedente *CEPI-Cartonboard*.²⁷ No caso em questão, a Comissão revisou um sistema de troca de informações entre produtores de papel cartão, que permitiria à associação de classe reunir e disseminar informações estatísticas relevantes para seus membros. Apesar de o sistema apenas permitir trocas de informações estatísticas (sem disponibilização de informações individuais), a Comissão determinou a alteração do sistema por ele permitir, em certos casos, que as partes identificassem informações individuais por meio da análise dos dados agregados. Em particular, a Comissão

24. OVERGAARD, Baltzer; MOLLGAARD, Peter, op. cit., p. 22.

25. CAPOBIANCO, Antonio, op. cit., p. 1251-1252.

26. Idem, p. 1252.

27. Ver Commission's Notice pursuant to art. 19(3) of Regulation 17 (case n. IV/34.936/EI – Cepi-Cartonboard), in O. J. 1996, C 310/3.

solicitou que, quando apenas dois ou poucos fabricantes estivessem presentes em certo mercado geográfico ou de produto, os dados fossem agregados com de outros países ou outros produtos no mesmo país. Ou seja, a Comissão, diante das circunstâncias do caso concreto, afastou a presunção de que trocas de informações agregadas não representariam grandes riscos concorrenciais, concluindo pela não conformidade do sistema analisado com as normas de defesa da concorrência.

b) Momento ao qual a informação trocada se refere (passado vs. futuro)

Segundo a regra geral comumente encontrada em *guidelines* sobre o assunto, troca de informação sobre práticas futuras possuem maior potencial colusivo do que sobre dados passados.²⁸ No entanto, essa assertiva tem que ser entendida com as devidas ponderações.

Como afirmado anteriormente, a troca de informações pode originar ou facilitar comportamentos colusivos ao (a) facilitar um entendimento comum sobre os termos da coordenação; (b) auxiliar os agentes coordenados a monitorar se os termos do acordo estão sendo cumpridos; e (c) facilitar e reduzir os custos de punição de desvios.

Nesse sentido, trocas de informações sobre estratégias futuras das empresas teriam o potencial de facilitar um entendimento comum sobre os termos da coordenação.²⁹ Por outro lado, informações presentes e passadas (passado recente) sobre quantidades e preços praticados também possuem potencial colusivo, uma vez que podem auxiliar o monitoramento dos termos do acordo e reduzir os custos da punição de desvios.³⁰ Assim, apenas no caso de compartilhamento de informações históricas (de um passado mais distante) é que poderíamos dizer com alguma tranquilidade que o potencial colusivo inexistente ou existe em pequena escala. Segundo Kühn e Vives:

"The monitoring of past conduct is essential for sustaining collusive outcomes. While it is possible for firms to sustain collusive outcomes in the absence of the explicit communication about future conduct if past behavior can be monitored, it is impossible to sustain collusion in the absence of

28. A esse respeito ver: CAPOBIANCO, Antonio, op. cit., p. 1263; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE), cit., p. 12.

29. NITSCHKE, Dr. Rainer; HINTEN-REED, Nils Von, op. cit., p. 24; NAIR, Reena das; MNCUBE, Liberty, op. cit., p. 14.

30. NITSCHKE, Dr. Rainer; HINTEN-REED, Nils Von, op. cit., p. 25; NAIR, Reena das; MNCUBE, Liberty, op. cit., p. 14.

information about past behavior whether or not firms communicate about future conduct.”³¹

Outro ponto de suma importância a respeito da troca de informações sobre condutas futuras é o alcance da informação trocada; ou seja, se ela é compartilhada de forma privada entre determinados concorrentes ou se é também disponibilizada aos demais que não fazem parte do acerto e, mais importante, aos consumidores. As autoridades concorrenciais ao redor do mundo têm demonstrado alguma relutância em condenar anúncios públicos de empresas sobre preços futuros em razão dos potenciais benefícios para os consumidores no que toca à comparação de preços e ajuste de suas estratégias de compra.³² Se o anúncio, feito público, representa um compromisso para com o consumidor, essa circunstância tem que ser levada em consideração pela autoridade concorrencial.

No caso *Wood Pulp*,³³ a Comissão condenou uma série de produtores de polpa de madeira por colusão em anúncios de preço e trocas de informação. A decisão foi ao final reformada pela Corte Europeia de Justiça, que concluiu que se os preços são anunciados para o público e representam um compromisso, as chances de coordenação são menores. Segundo o Tribunal:

“they constitute in themselves market behavior which does not lessen each undertaking’s uncertainty as to the future attitude of its competitors. At the time when each undertaking engages in such behavior, it cannot be sure of the future conduct of the others”.³⁴

Essa fundamentação está consistente com a teoria econômica segundo a qual anúncios públicos de informações sensíveis tornam a demanda mais elástica e, assim, reduzem as chances de coordenação pelo lado da oferta.³⁵

Por sua vez, nos EUA, o *Department of Justice* – DOJ iniciou uma investigação contra a *Airline Tariff Publishing Company* (ATP), uma *joint venture* criada pelas oito maiores companhias aéreas norte-americanas, que reunia informações das companhias aéreas e as disseminava diariamente para as demais e para os maiores sistemas de reserva por computador usados por agentes de viagem. Assim, a ATP permitia às companhias aéreas responder de forma rápida aos preços anunciados pelas demais.

31. KÜHN, KA-UWE; VIVES, XAVIER, op. cit., p. 99.

32. ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE), cit., p. 34.

33. Ver C-89/85 etc., Ahkström and others vs. Commission [1993] ECR I-1307.

34. Ver parágrafo 64.

35. CAPOBIANCO, Antonio, op. cit., p. 1263.

Segundo a acusação, a ATP serviria para coordenação de práticas futuras, de forma a eliminar as incertezas. Nesse sentido, a *joint venture* permitia aos seus membros realizar a chamada *cheap talk*; ou seja, realizar comunicações que não comprometiam as companhias com a observância de determinada conduta anunciada, mas, antes, permitia que elas negociassem resultados coordenados sem a necessidade de reuniões físicas. Caso o preço anunciado por uma companhia fosse seguido pelas demais, elas iam adiante e o implementavam. Do contrário, a implementação do que fora anunciado não ocorria. Uma vez que não representava um compromisso para com o consumidor, a prática foi considerada como uma mera discussão entre concorrentes sobre a conduta futura a ser adotada. O caso ATP foi concluído com a celebração de acordos com as empresas envolvidas, no contexto dos quais a prática investigada (ou qualquer outra com efeitos semelhantes) foi proibida.

Os dois precedentes trazidos acima, decididos em sentidos diferentes, demonstram como a idade da informação trocada (passado histórico, passado recente, presente ou futuro), bem como o grau de compromisso envolvido no anúncio de condutas futuras, pode influenciar de forma relevante a análise concorrencial de determinada conduta de troca de informações.

4. CONCLUSÕES

Com base em tudo o que foi examinado acima, as seguintes conclusões podem ser esboçadas:

a) A despeito da inexistência de jurisprudência do Cade sobre o tema, práticas de compartilhamento de informações entre concorrentes podem – e devem – ser investigadas e eventualmente punidas segundo as normas da Lei 12.529/2012, caso configurem alguma das hipóteses previstas no *caput* do seu art. 36;

b) Parâmetros gerais (*guidelines*) que sistematizem o entendimento comum sobre os efeitos típicos das diversas modalidades de troca de informação são de particular importância quando se está diante de persecução pública dessa conduta. Tais regras gerais teriam o significativo papel de conferir alguma segurança jurídica aos particulares e servir de ponto de partida para autoridades/empresas avaliarem a necessidade/oportunidade de punir/adotar determinado mecanismo de troca de informações.

c) Considerando a complexidade de avaliação concorrencial que trocas de informação podem envolver, e sem prejuízo dos nítidos benefícios que a publicação de *guidelines* sobre o assunto possa ter, não há como afastar a cons-

tatação de que a legalidade concorrencial de determinada conduta de troca de informação só poderá ser examinada no caso concreto, a partir de suas circunstâncias específicas. Os precedentes jurisprudenciais europeus e americanos discutidos acima corroboram essa conclusão.

5. BIBLIOGRAFIA

CAPOBIANCO, Antonio. Information Exchange Under EC Competition Law. *Common Market Law Review*. vol. 41. n. 5. oct. 2004.

GICO, Ivo T. *Cartel – Teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex, 2007.

KÜHN, Ka-Uwe; VIVES, Xavier. *Information Exchanges Among Firms and their Impact on Competition*. Barcelona: Institut d'Anàlisi Econòmica (CSIC), jun. 1994.

NAIR, Reena das; MNCUBE, Liberty. The Role of Information Exchange in Facilitating Collusion – Insights from Selected Cases. Disponível em: [www.compcom.co.za/assets/Uploads/events/10-year-review/parallel-3a/The-role-of-information-exchange-dasNairMncube140809-2.pdf].

NITSCH, Dr. Rainer; HINTEN-REED, Nils Von. Competitive Impacts of Information Exchange. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2004_6_reg_4056_86/note_on_information_exchange_en.pdf].

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). *Information Exchanges Between Competitors Under Competition Law*. 2010. Disponível em: [www.oecd.org/competition/cartelsandanti-competitiveagreements/48379006.pdf].

_____. Potential Pro-Competitive and Anticompetitive Aspects of Trade/Business Associations. 2011. Disponível em: [http://search.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/LACF(2011)5&docLanguage=En].

OVERGAARD, Baltzer; MOLLGAARD, Peter. Information Exchange, Market Transparency and Dynamic Oligopoly. Denmark, nov. 2005. Disponível em: [http://ideas.repec.org/p/kud/kuieci/2005-11.html].

_____; _____. Transparency and Competition Policy. oct. 2006. Disponível em: [www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rapporter/pros%26cons/rap_pros_and_cons_information_sharing.pdf#page=101].

Secretaria de Direito Econômico (SDE). *Combate a Cartéis em Sindicatos e Associações*. Coleção SDE/DPDE, n. 3/2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A prova emprestada nos processos administrativos para investigação da prática de cartel, de José Del Chiaro Ferreira da Rosa, Juliana Maia Daniel e Ademir Antonio Pereira Júnior – *RIBRAC* 17/275;
- Cartéis e concorrência: estudo sobre a recuperação legislativa de conceitos de direito econômico no Brasil, de Aurélio Wander Bastos – *RDC* 23/104; e
- Métodos de mensuração das indenizações de ações privadas em casos de cartel, de Gustavo Madi Rezende, Solange Kleber e Maria Fernanda Caporale Madi – *RIBRAC* 20/399.

A NOVA DINÂMICA DOS ACORDOS DE CESSAÇÃO DE PRÁTICAS ANTICONCORRENCIAIS NO BRASIL

2

PIERPAOLO BOTTINI

Professor Doutor da Faculdade de Direito da USP. Advogado.

RICARDO INGLEZ DE SOUZA

Advogado.

ANA FERNANDA AYRES DELLOSIO

Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial; Processual; Penal

RESUMO: A mudança da legislação concorrencial e a tendência da evolução da regulação e aplicação dos Termos de Compromisso de Cessação (TCC) requerem importante reflexão. A necessidade de admissão de culpa e a ausência de imunidade penal para os compromissários poderá afastar possíveis interessados. Além disso, suscita questionamentos de ordem constitucional e legal que podem aumentar o índice de judicialização das decisões do Cade. Além de identificar essas questões, o texto traz também algumas sugestões de *lege ferenda* e de administração da questão enquanto a legislação não é alterada.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste – Cartel – Imunidade – Responsabilidade penal – Termo de Compromisso de Cessação.

ABSTRACT: The amendment to the competition legislation and the trend related to the development of the enforcement of the settlement agreement (TCC) require deep review. The need of acknowledge the illegal behavior and the lack of criminal immunity to the defendants can refrain interested parties to execute such agreement. Besides, it raises constitutional and legal questions that can increase the level of judicial claims against Cade's decisions. The present article not only identifies such questions, but also provide some *lege ferenda* suggestions and also an alternative solution while the legislation is not amended.

KEYWORDS: Antitrust – Cartel – Immunity – Criminal liability – Settlement agreements.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceito e requisitos legais – 3. Procedimento para celebração do TCC: nova regulamentação – 4. O TCC e a responsabilidade penal – 5. Proposta para reflexão e eventual alteração da forma como a legislação e as autoridades abordam esse tema – 6. Conclusões – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, as práticas anticoncorrencias estão cada vez mais em evidência, não apenas pela atenção que a mídia volta para os casos do momento, mas também pelo comportamento do consumidor e pela difusão da cultura da defesa da concorrência.

A legislação e as autoridades estão mais sofisticadas e, paralelamente, a sociedade começa a ter noção dos malefícios que essas práticas podem gerar para os consumidores de uma forma geral. Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico,¹ *[a] concorrência entre empresas permite melhorar a eficiência da produção e o aparecimento de produtos novos e melhores para os consumidores, através da inovação, aumentando o crescimento econômico e o bem-estar dos consumidores.*

Para os economistas, as práticas abusivas, sejam as unilaterais, perpetradas por agentes com poder de mercado, sejam as colusivas – e.g. cartéis, resultam na cobrança de preços mais elevados e na redução das inovações. Essas consequências pesam contra o bem-estar social como um todo.

Porém, as autoridades de defesa da concorrência em geral, e a brasileira não é diferente, ressentem-se da falta da eficiência e eficácia estrutural, de plano de carreira e remuneração adequada, bem como de ferramentas técnicas e legais que assegurem suas habilidades de fiscalização e execução da lei de defesa da concorrência.

As práticas anticompetitivas, por sua vez, também estão cada dia mais dissimuladas. Dificilmente haverá uma prática anticompetitiva registrada em cartório ou confirmada em atas de reunião. Quando praticada por um grupo de empresas, é comum que haja encontros secretos, camuflados por seminários ou congressos de associações ou entidades de classe. As partes usam codinomes, senhas e dificultam ao máximo a ação de fiscalização e repressão das autoridades.

1. Disponível em: [www.oecd.org/daf/competition/46969642.pdf]. Acesso em: 15.02.2013.

A sofisticação da ação criminosa, de um lado, e a falta de recursos das autoridades, de outro, fizeram com que o legislador buscasse soluções legais socialmente mais eficientes. Essa é a origem do programa de leniência² e dos acordos para cessação dessas práticas, conhecidos no Brasil como Termo de Compromisso de Cessação de Práticas (TCCs).

Ademais, com o desenvolvimento destes mecanismos, espera-se criar um ambiente de desconfiança recíproca entre os agentes delitivos, enfraquecendo ainda mais os laços já instáveis da relação existente para a prática anti-concorrencial.

2. CONCEITO E REQUISITOS LEGAIS

O TCC é, basicamente, um compromisso tomado das empresas e indivíduos acusados de práticas anticoncorrencias, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade,³ pelo qual as partes se obrigam a cessar a prática investigada, entre outros possíveis compromissos. Trata-se, portanto, de *modalidade de transação, sujeita a cláusula resolutiva*.⁴

A possibilidade de celebrar tal compromisso no âmbito da legislação brasileira de defesa da concorrência existe desde 1986,⁵ embora tenha ganhado mais notoriedade após a implementação da leniência, ocorrida somente em 2000.

Como amplamente sustentado pela doutrina⁶ e jurisprudência,⁷ o TCC foi inspirado no *consent decree* norte-americano. O *consent decree* não exige a confissão, mas apenas a cessação da prática.

2. A insuficiência de recursos ou a dificuldade de obtenção de provas da colusão também foram a origem da leniência nos Estados Unidos da América, que prevê a leniência desde de 1978 (vide: [www.usdoj.gov/atr/]) e na União Europeia (vide JONES; SUFRIN, 2004, p. 788). Vide também: INGLEZ DE SOUZA, 2008 e TAVARES; GIACAGLIA, 2010).

3. Vide art. 85 da Lei 12.529/2011.

4. Vide GRINOVER, 2009, p. 195.

5. Vide art. 15 do Dec. 92.323/1986, que dispunha: “Se, durante qualquer fase da sindicância ou dos procedimentos, a parte a eles submetida assumir o compromisso de cessar a prática sob investigação, o Cade suspenderá a sindicância ou o processo, sem que tal compromisso implique na confissão de ocorrência de abuso do poder econômico, inexistindo consequentemente penalidade a ser aplicada”.

6. Vide TAUFICK, 2012, p. 317 e SAITO, 2011, p. 15.

7. Vide Requerimento 08700.005281/2007-96 e Processo Administrativo 08012.007238/2006-32.

O Cade deverá verificar, em primeiro lugar, a conveniência e oportunidade de se celebrar o referido acordo. Qualquer que seja sua conclusão, o Cade deverá emitir decisão fundamentada sobre a proposta dos interessados.⁸

Importante notar que, em princípio, o acordo poderá ser celebrado somente com quem é parte do processo administrativo. Eventuais possíveis envolvidos que não constem do rol de acusados não podem celebrar o acordo.

Devem constar do termo de acordo as obrigações no sentido de cessar a prática ou efeitos lesivos do objeto da investigação ou processo, bem como obrigações adicionais que sejam pertinentes.⁹ São obrigações adicionais, por exemplo, a de apresentar relatórios sobre o cumprimento do acordo.¹⁰

Também deve constar do termo de acordo a multa a ser aplicada em caso de descumprimento, total ou parcial, pelos compromissários.¹¹ Em geral, o termo contém um valor fixo de multa, mas o ideal é dar maior flexibilidade para a autoridade poder cumprir o princípio da proporcionalidade e aplicar penalidades diferentes para diferentes circunstâncias de descumprimento.¹²

A fixação de um valor de contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos somente constará do termo caso as partes concordem ou nos casos previstos em lei.¹³ Basicamente, os casos de condutas típicas de casos de cartel – e.g. acordo de preços entre concorrentes – obrigam a previsão de contribuição pecuniária, a qual não poderá ser inferior à pena mínima prevista para essas condutas – i.e. 0,1% do faturamento bruto anual da empresa, incluindo impostos.¹⁴

Uma forma de incentivar a maior efetividade do acordo foi a de restringir a uma única proposta por interessado.¹⁵ Dessa forma, o proponente tem menos

8. Vide TAUFICK, 2012, p. 370.

9. Vide inc. I do § 1.º do art. 85 da Lei 12.529/2011.

10. Vide Cláusula 3.4 do TCC celebrado com a União Brasileira de Avicultura – UBA e Sr. Ariel Antônio Mendes (Requerimento 08700.002933/2009-01); no mesmo sentido, vide Cláusula 3.2 do TCC celebrado com a Alcan Embalagens do Brasil Ltda. e Sr. Marco Antonio Ferraroli dos Santos (Requerimento 08700.005281/2007-96).

11. Vide inc. II do § 1.º do art. 85 da Lei 12.529/2011.

12. Vide Cláusula 9 do TCC celebrado com Cooperativas Unimed (Requerimentos 08700.002350/2013-58 e outros), em oposição

13. Vide inc. III do § 1.º do art. 85 da Lei 12.529/2011.

14. Vide § 2.º do art. 85 e art. 37 da Lei 12.529/2011.

15. Vide § 4.º do art. 85 da Lei 12.529/2011.

espaço para utilizar a possibilidade de acordo com oportunismo. Além disso, evita o dispêndio de recursos públicos que haveria com várias tratativas. Em tese, será feita a melhor proposta e haverá maior abertura para tentar chegar a um acordo. Porém, mesmo nesse cenário nem todas as propostas chegam a um acordo.¹⁶

Algo importante, que deveria constar do texto da própria lei, é que a submissão do requerimento de TCC não implica confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta.¹⁷ Tal ressalva constava do texto da Lei 8.884, de 11.06.1994, porém foi suprimido na lei atual. O Regimento Interno do Cade procurou sanear o problema, mas o legislador poderia ter proporcionado maior segurança jurídica mantendo a redação anterior.

Uma vez celebrado, o termo de compromisso constitui título executivo extrajudicial.¹⁸ O TCC também pode ser utilizado como prova em casos de ações de reparação de danos na esfera cível, observados determinados requisitos.¹⁹

3. PROCEDIMENTO PARA CELEBRAÇÃO DO TCC: NOVA REGULAMENTAÇÃO

Como indicado anteriormente, a proposta de TCC pode ser apresentada apenas uma única vez. A submissão poderá ocorrer a qualquer tempo. O § 3.º do art. 85 da Lei 12.529/2011, vetado, previa que o TCC poderia ser proposto até o encerramento da instrução processual. A razão do veto teria sido a intenção de ampliar a possibilidade de utilizar-se o TCC. Porém, a falta de um prazo faz com que os inconvenientes de negociações de última hora continuem existindo. A doutrina já antecipa a possibilidade de barganhas inapropriadas, tanto do lado dos administrados como do próprio Cade.²⁰

16. O Cade rejeitou diversas propostas de acordo, entre elas duas mais conhecidas foram as que envolveram os produtores de suco de laranja (vide Processo Administrativo 08012.008372/1999-14) e o programa de fidelidade de clientes da Ambev conhecido como "Tô Contigo" (vide Processo Administrativo 08012.003805/2004-10).

17. Vide § 5.º do art. 179 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

18. Vide § 8.º do art. 85 da Lei 12.529/2011.

19. TEIXEIRA, 2012, p. 105-106.

20. TAUFICK, 2012, p. 379 entende que [a] definição do momento de celebração dos TCCs evitava que os administrados ou o próprio Conselho barganhassem os termos do compromisso de acordo com o andamento do julgamento no Cade. A ausência de um limite

O interessado deverá apresentar a proposta ao Cade, dirigida ao Conselheiro relator,²¹ se os autos do processo administrativo estiverem no Tribunal, ou ao Superintendente-Geral, se o procedimento preparatório de inquérito administrativo, o inquérito administrativo ou o processo administrativo ainda estiverem tramitando perante a Superintendência-Geral.²²

Uma questão de extrema importância para os interessados em apresentar proposta de TCC é a confidencialidade. Entende-se que, caso não houvesse a previsão de confidencialidade, haveria redução significativa de interessados. Por outro lado, a divulgação dos processos de negociação poderia servir como pressão para os demais interessados. O fato é que a lei prevê a possibilidade de a proposta de TCC receber tratamento confidencial.²³ O tratamento confidencial será decidido pelo Conselheiro relator ou pelo Superintendente-Geral quanto ao acesso restrito à apresentação do requerimento, aos seus termos, ao andamento processual e ao processo de negociação.²⁴ De qualquer forma, a proposta de TCC tramitará em autos apartados.²⁵

A mera submissão da proposta de TCC não suspende o andamento do processo administrativo, do inquérito administrativo ou do procedimento preparatório de inquérito administrativo.²⁶ Esse fato é importante para ressaltar que a estratégia eventual de apresentar a proposta de TCC para tentar adiar o julgamento de um processo não é adequada.

A possibilidade de submissão conjunta por mais de um interessado é inviável. Em princípio, cada interessado deverá apresentar seu próprio pedido, separadamente. O Conselheiro relator ou o Superintendente-Geral, a seu juízo

temporal para a propositura do acordo implica elevar os custos de transação para o Cade. Mais do que isso, permite que o voto do Conselheiro relator seja irregularmente utilizado para chamar os particulares para a negociação.

21. Vide art. 74 da Lei 12.529/2011.

22. Vide art. 179 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

23. Vide § 5.º do art. 85 da Lei 12.529/2011.

24. Vide § 3.º do art. 179 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

25. Vide § 2.º do art. 179 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

26. Vide § 6.º do art. 85 da Lei 12.529/2011 c/c § 1.º do art. 179 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

de conveniência e oportunidade, poderá deferir pedido de negociação conjunta de requerimentos relacionados a um mesmo processo.²⁷

Uma vez apresentada a proposta, será indicada a Comissão de Negociação, formada por três ou mais servidores do Cade, que auxiliará o Conselheiro relator ou o Superintendente-Geral do Cade.²⁸

O período da negociação será definido pelo Superintendente-Geral,²⁹ quando o processo ainda não tiver sido remetido ao Tribunal, ou será de 30 dias, prorrogável por período similar, a critério do Conselheiro relator.³⁰ O período de negociação poderá ser suspenso para a realização de diligências.³¹

Findo o prazo de negociação, será concedido ao proponente o prazo de 10 dias para apresentação da proposta final.³² O proponente não poderá condicionar se a proposta final será incluída na pauta de julgamento do Tribunal em caráter de urgência.³³ A proposta deverá ser julgada sempre antes do processo principal à qual esteja vinculada.³⁴

Quando houver proposta de contribuição pecuniária, o proponente deverá indicar o valor da contribuição, as condições de pagamento, a penalidade por mora ou inadimplência, bem como qualquer outra questão relacionada com o pagamento.³⁵ Vale mencionar que o pagamento parcelado da contribuição

27. Vide art. 180 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

28. Vide arts. 181 e 182 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

29. Vide § 1.º do art. 181 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

30. Vide § 1.º do art. 182 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

31. Vide § 2.º dos arts. 181 e 182 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

32. Vide § 3.º do art. 181 e § 4.º do art. 182 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

33. Vide § 4.º do art. 181 e § 5.º do art. 182 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

34. Vide § 4.º do art. 183 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

35. Vide § 3.º do art. 183 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

pode ser apontado como outra vantagem do TCC. O Cade tem aceito o pagamento parcelado, prevendo sempre a atualização do valor.³⁶

Como alertado anteriormente, os casos envolvendo conduta de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes necessariamente conterão a obrigação de contribuição pecuniária. Além dessa obrigação, o Regimento Interno resgatou outra obrigação que a anterior lei previa, que é a de reconhecer a participação na conduta investigada e a cooperação na instrução.³⁷ O texto é menos preciso, mas, em tese, implica o reconhecimento de culpa. Reitera-se a crítica de que o legislador deveria ter incluído tal obrigação no texto da lei. O Regimento Interno do Cade não deveria incluir obrigação que a lei não prevê.

Ainda com relação à contribuição pecuniária, há uma novidade trazida pela recente emenda ao Regimento Interno do Cade. Levando em conta a amplitude e utilidade da colaboração do interessado com a instrução processual e o momento da apresentação da proposta, serão aplicados os seguintes percentuais de redução:³⁸

- 30% e 50% da multa esperada para o primeiro representado;
- 25% e 40% da multa esperada para o segundo representado; e
- até 25% da multa esperada para os demais Representados;

Nota-se aqui uma primeira possível inconsistência da recente regulamentação. Os descontos concedidos para os representados que pretendem apresentar proposta de TCC são aplicados conforme a ordem de chegada. O Regimento Interno menciona a proposta, e não a aprovação da proposta como referência. Embora o momento da proposta faça sentido como critério de desempate, torná-lo referente para a concessão do desconto poderá causar certos problemas na aplicação da norma nos casos em que a primeira proposta não for aprovada pelo Tribunal. Além disso, o critério cronológico não parece coerente com importante parâmetro que a própria norma estabelece para a avaliação

36. Vide TCC celebrado com Lafarge (Requerimento 08700.004221/2007-56), nesse mesmo sentido, vide TCC celebrado com Grupo Embraco (Requerimento 08700.001369/2009-09).

37. Vide arts. 185 e 186 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

38. Vide art. 187 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

da proposta (i.e. a amplitude e utilidade da colaboração do interessado com a instrução processual). Pode ocorrer que o primeiro proponente tenha proporcionado ajuda irrelevante para a instrução e o segundo tenha aportado evidências essenciais para a instrução, muito mais importantes que as informações eventualmente trazidas pelo primeiro. No afã de tentar cobrir todas as possibilidades, a norma acaba gerando algumas dúvidas que deverão ser sanadas pela jurisprudência.

Com a finalidade de incentivar a submissão de proposta de TCC o mais rápido possível, inclusive para reduzir os custos públicos, o Regimento Interno prevê que caso o interessado apresente a proposta de TCC após o envio do processo ao Tribunal, o desconto máximo a ser concedido será o de 15% sobre a multa esperada.³⁹ Nesse mesmo sentido, as propostas não poderão ter redução superior àquelas já aprovadas pelo Tribunal.⁴⁰

O Plenário do Tribunal não pode fazer contraproposta, somente poderá aceitar ou rejeitar a proposta final submetida tempestivamente pelo proponente.⁴¹

Uma novidade bastante positiva é a possibilidade de o Superintendente-Geral do Cade propor um TCC para os interessados.⁴² Os interessados deverão se manifestar em 15 dias. Caso haja interesse, o procedimento de negociação é semelhante ao descrito acima. Obviamente, nesse caso a rejeição da negociação não impede que o interessado apresente proposta posteriormente.⁴³

Uma vez aprovado, o termo de compromisso será assinado pelos proponentes e pelo Cade, cada proponente, assim como o Cade, ficará com uma via original do acordo. A versão final do TCC deverá ser publicada, em até cinco dias, no sítio do Cade.⁴⁴

39. Vide art. 188 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

40. Vide art. 189 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

41. Vide § 1.º do art. 183 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

42. Vide art. 190 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

43. Vide § 4.º do art. 190 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

44. Vide § 7.º do art. 85 da Lei 12.529/2011 e § 1.º do art. 192 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

O processo administrativo ficará suspenso para o proponente enquanto estiverem sendo cumpridas as obrigações nele previstas. Uma vez transcorrido o prazo para o cumprimento do TCC, a Procuradoria-Geral do Cade deverá elaborar nota técnica e encaminhar para o Superintendente-Geral, que se manifestará sobre o cumprimento do acordo. Após a manifestação do Superintendente-Geral, o Presidente do Tribunal submeterá o procedimento para referendo do Plenário, que atestará, ou não, a regularidade do cumprimento integral das obrigações.⁴⁵

Finalmente, a lei prevê,⁴⁶ e o Regimento Interno regulamentou,⁴⁷ a participação de terceiros interessados no processo de análise das propostas de TCC. A intervenção de terceiros será admitida apenas após a conclusão das negociações e apresentação da proposta final pelo proponente. Nesse caso, o proponente poderá se manifestar e, a critério do Conselheiro relator, poderá apresentar eventuais emendas à proposta inicial.⁴⁸ Vale mencionar que a realização das negociações sem a participação dos terceiros interessados pode representar desperdício dos recursos públicos. Na maioria dos casos há assimetria de informações entre as autoridades e o proponente. Eventual intervenção de terceiro interessado, respeitada a confidencialidade dos termos concretos da proposta e negociação, pode ser fundamental, inclusive para uma melhor avaliação dos argumentos do proponente pela autoridade.

4. O TCC E A RESPONSABILIDADE PENAL

Várias implicações à esfera penal podem advir da celebração de um Termo de Compromisso de Cessação, assim como vasta é a discussão em torno da relação entre essa instância e a administrativa, sem falar da própria celeuma sobre as possíveis estratégias de controle de práticas anticoncorrenciais.

Nesse cenário, o Cade tem regulamentado, em seu Regimento Interno, os aspectos e os requisitos para celebração do TCC, como apontamos acima. Dentre estes, para a análise dos efeitos penais, revestem-se de crucial importância novos requisitos impostos para a celebração do referido termo, em casos de

45. Vide art. 193 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

46. Vide § 15.º do art. 85 da Lei 12.529/2011.

47. Vide art. 195 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

48. Vide §§ 2.º e 3.º do art. 195 do Regimento Interno do Cade, conforme modificado pela Res. Cade 5, de 06.03.2013.

prática de cartel – o reconhecimento de participação na conduta investigada e a colaboração com a instrução processual. Tais requisitos foram objeto da Res. Cade 5/2013, que alterou substancialmente seu Regimento Interno, no tocante ao tratamento das práticas anticoncorrenciais e do TCC.

Já há algum tempo, discutem-se tais exigências relacionadas à confissão, à semelhança de uma espécie de delação premiada – que, diga-se de passagem, já no Direito Penal não possui conceitos muito delimitados e varia conforme o crime imputado.⁴⁹

Antes da Lei 12.529/2011 e da mudança na estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, a Res. Cade 4, datada de 04.09.2007, incluiu dispositivo no Regimento Interno daquele órgão que exigia, para a celebração do TCC, o “reconhecimento de culpa por parte do compromissário”.⁵⁰ Já nessa época, a exigência da confissão era objeto de severas críticas da doutrina objeto.⁵¹ Havia, ainda, política sedimentada pela Secretaria de Direito Econômico (órgão hoje inexistente) para emissão de pareceres sobre o Termo de Compromisso de Cessação em práticas de cartel, que pode ser esquematizada da seguinte forma:

- Nos casos de carteis clássicos (considerados mais graves) que *tenham* sido objeto de *acordo de leniência*, *exige-se a confissão* na participação da prática, na linha do determinado no Regimento do Cade (aplicação para pessoas físicas ou jurídicas). Além das obrigações de: reconhecer a legalidade da diligência de busca e apreensão; cooperar nas investigações; e não criar obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização.

49. Vide, por exemplo, Leis 7.492/1986, art. 25, § 2.º; 8.072/1990; 8.137/1990, art. 16, parágrafo único; 9.034/1995, art. 6.º; 9.613/1998, art. 1.º, § 5.º; 9.807/1999; 11.343/2006, art. 41.

50. Vide antigo art. 129-G do Regimento Interno do Cade.

51. “A nosso ver, imprópria é a exigência por meio do termo ‘confissão’ ou ‘participação na prática do fato’ como requisito para qualquer condição para assinatura do TCC, colocando em xeque a própria eficácia do relevantíssimo instituto do TCC, vez que ao condicionar a sua aceitação ao reconhecimento da existência e participação de fatos considerados como prática de cartel, em face da absurda independência criminal e administrativa, difícil se torna a resolução dos conflitos, por meio da mediação, não se podendo abrir mão de tão importante instituto, sob pena de indefinido procedimento administrativo, assim como de inúmeros e morosos questionamentos jurisdicionais, devendo se fomentar a resolução do conflito de forma bilateral, com base na lei e preferencialmente fora do âmbito jurisdicional, já tão atolado de processos administrativos”. FERRARI, 2008, p. 10.

- Nos casos de carteis clássicos com prova direta e *sem acordo de leniência*, para as *propostas de pessoas jurídicas*, exige-se o reconhecimento de participação na prática. Além das obrigações de: reconhecer a legalidade da diligência de busca e apreensão; cooperar nas investigações; e não criar obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização.

- Nos casos de carteis clássicos com prova direta e *sem acordo de leniência*, para as *propostas de pessoas físicas*, não se exige o reconhecimento de participação na prática. Contudo, são requisitos da proposta as obrigações de: reconhecer a legalidade da diligência de busca e apreensão; cooperar nas investigações; e não criar obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização.

- Por fim, nos casos de *carteis difusos e sem acordo de leniência*, não se exige o reconhecimento de participação na prática, tampouco a *cooperação nas investigações* (aplicação para pessoas físicas ou jurídicas). Contudo, são requisitos da proposta as obrigações de: reconhecer a legalidade da diligência de busca e apreensão; e não criar obstáculos à persecução criminal e ações privadas de indenização.

Com a entrada em vigor da Lei 12.529/2011, prevaleceu o entendimento de que, quando existente acordo de leniência anterior, a celebração do TCC deveria exigir a confissão de participação na conduta, ao passo em que nas outras situações a exigência ficaria a critério da autoridade concorrencial (Regimento do Cade, antiga redação do art. 186). Por trás da previsão, intentava-se preservar o instituto da leniência e não desestimular propostas desse acordo – a fim de não prejudicar o leniente, o primeiro a assumir a conduta objeto e identificar coautores e provas aos órgãos públicos.⁵²

Vale, ainda, uma observação sobre a antiga regulamentação: não se exigia confissão das pessoas físicas, o que procurava reduzir o grave efeito penal da alta probabilidade de condenação por crime de cartel, mas se exigia condição igualmente grave – o reconhecimento da legalidade da diligência de busca e

52. Como já afirmado pela própria SDE: “Resta claro que para atingir os objetivos acima há que se exigir a confissão da participação na prática por parte do compromissário nos casos em que houver sido celebrado Acordo de Leniência. Por motivos óbvios, não se quer permitir àquele que aguardou o início das investigações para se apresentar à autoridade um tratamento mais benéfico que àquele conferido a quem (a) delatou e confessou a prática; e (b) cooperou de forma plena com as investigações”. (Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. Departamento de Proteção e Defesa Econômica. *Política da SDE – Termo de Compromisso de Cessação de Prática de Cartel*. Disponível em: [www.mj.gov.br]).

apreensão, o que limitaria os questionamentos sobre uma prova que também poderia acarretar a condenação penal.

Entretanto, a partir da indigitada Res. Cade 5/2013, para os casos de “acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes”, o Cade passou a entender que o compromisso de cessação deverá necessariamente conter “reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário” e “previsão de colaboração do compromissário com a instrução processual”.⁵³

Com isso, não há conduta anticoncorrencial tipificada penalmente, que não esteja enquadrada nesta exigência de confissão e colaboração com a instrução processual, para celebração de TCC. Como se sabe, com a Lei 12.529/2011, restou tipificado como crime apenas o delito de cartel, objeto desta nova regulamentação do Cade. No entanto, não há previsão de que o cumprimento do compromisso de cessação possa extinguir a punibilidade penal ou reduzir a punição, tal como ocorre com o acordo de leniência.⁵⁴

Não houve, ainda, qualquer regulamentação que tratasse de forma especial as pessoas físicas. Se o caminho for pela antiga prática do Cade, deverá haver certa cautela e se buscará uma forma de reduzir a exposição às graves implicações penais. De qualquer forma, a insegurança jurídica ainda subsiste, notadamente para os sócios e administradores responsáveis pelas decisões internas da pessoa jurídica. A par disso, importa atentar que a previsão normativa atual confere margem de discricionariedade que permite à Administração exigir a confissão, tanto para pessoas físicas como jurídicas.

Nessa ótica, se acusado de praticar um delito de cartel, o particular tem a chance de celebrar um termo de cessação que, se por um lado trará o encerramento do processo administrativo, por outro, implicará o reconhecimento de participação na conduta investigada, a obrigação de colaborar com a instrução processual, o pagamento de valor pecuniário e a grande probabilidade de uma condenação a pena privativa de liberdade. Quem assumiria o compromisso de cessação nessas condições?

Como se vê, o entendimento sobre as exigências de reconhecimento das práticas e de cooperação nas investigações, para a celebração de TCC, em muito se assemelha à disciplina aplicada aos acordos de leniência. Há uma transposição de regras entre os institutos. Pior, parece haver efetivamente um

53. Vide Res. Cade 5, de 06.03.2013.

54. Vide art. 87 da Lei 12.529/2011.

acordo de leniência travestido de TCC e sem efeitos de extinção da punibilidade dos crimes contra ordem econômica. Como outrora já apontado pelo próprio Cade:

Como conclusão, a flexibilidade do instituto do TCC permite a negociação de dois tipos de acordo que atendem ao objetivo da dissuasão de condutas anticompetitivas: (a) um acordo em que há transação pela confissão de culpa, tomando a forma de um segundo acordo de leniência; e (b) um acordo em que não há tal transação, mas que exija contribuição pecuniária suficientemente alta, tendo a característica de um acordo pré-judicial.⁵⁵

A aproximação de institutos ainda fomenta uma espécie de jogo sobre o posto de primeiro delator, já que somente este poderia confessar a conduta investigada e não ser, com isso, punido com restrição à liberdade. É bem verdade que tal situação pode ser interessante do ponto de vista político criminal, uma vez que fomenta a desconfiança entre os membros de um grupo delitivo, mas acaba por inibir os “não primeiros” a qualquer espécie de colaboração posterior por receio da responsabilidade penal.

No entanto, os institutos não deveriam ser confundidos, pois possuem objetivos diferentes, tanto ao representado quanto à administração, e decorrem de lógicas diversas. O próprio Cade já sustentou a inaplicabilidade da exigência da confissão na celebração de TCC, fora dos casos do antigo regimento interno (quando houvesse leniência anterior), ao fundamento de que a diversidade de institutos “confere à Administração a prerrogativa de optar a partir de critérios objetivos traçados dentro da sua discricionariedade” e de que tal diferenciação deve ser “incentivada, e não suprimida por meio da transposição de regras de leniência ao TCC – o que feriria, ademais, a vontade do legislador, que estabeleceu, no mesmo diploma legal, dois institutos sujeitos a dispositivos legais distintos”.⁵⁶ Ainda no mesmo julgamento, o Cade destacou que o compromisso de cessação, ao contrário do acordo de leniência, não pressupõe “o fornecimento de provas acerca da prática que o próprio leniente delata como ilícita”, mas tem “natureza manifestamente diversa, visando, justamente, ao arquivamento da investigação de prática cuja ilicitude o compromissário não reconhece, *a priori*”.⁵⁷

55. Vide voto Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo no TCC referente ao Requerimento 08700.004992/2007-93.

56. Vide voto-vogal do Conselheiro Luiz Carlos Prado, no Requerimento 08700.005281/2007-96.

57. Idem.

Vale ressaltar o entendimento de que, a fim de não se desestimular a celebração de acordos de leniência, estes devem ser mais vantajosos ao proponente do que o TCC. Mas a exigência de confissão e o afastamento dos benefícios penais pode inviabilizar o instituto, ao menos nos casos em que as pessoas jurídicas envolvidas não tenham interesse ou vontade de deixar seus diretores ou funcionários envolvidos à mercê da persecução penal.

Ademais, conferiu-se à autoridade em direito da concorrência grande margem de discricionariedade para negociação de Termos de Compromisso de Cessação, ao passo em que o acordo de leniência tem seus termos mais delimitados em lei, de forma que os efeitos à responsabilização penal do compromissário ficam mais difíceis de auferir. Mais do que isso, diferentemente do acordo de leniência, não há regulamentação sobre a forma como se deve dar a “colaboração do compromissário com a instrução processual”,⁵⁸ quais seriam os parâmetros de resultado esperado entre outros, o que dificulta sobremaneira a proposição de tais acordos.

Na grande margem de discricionariedade para celebração do TCC, preocupam, ainda, algumas condições que podem ser impostas e as quais poderão produzir graves efeitos na seara penal, como o antigo requisito supracitado de reconhecimento da legalidade da diligência de busca e apreensão, constante dos pareceres da Secretaria de Direito Econômico, já hoje inexistente.

Bem por isso, se o motivo da exigência de reconhecimento de culpa é não desestimular a celebração dos acordos de leniência, mais uma vez destacamos que o desestímulo será à celebração do TCC – com as agravantes da falta de regulamentação em lei ordinária, da discricionariedade na imposição das condições, e da alta probabilidade de condenação penal, não só destoante do arquivamento do processo administrativo, mas muito mais gravosa que a própria hipótese de condenação neste.

Vale lembrar que a nova Lei do Cade aumentou a pena para os casos de cartel, retirando o caráter de *menor potencial ofensivo* da conduta. Pela redação anterior, a participação do TCC – mesmo com confissão – ainda seria possível dado que o processo penal passaria pelas regras da Lei 9.099/1995. Com a nova redação legal, o crime deixa de apresentar o caráter de *pouca gravidade*.⁵⁹

58. Vide art. 186 do Regimento Interno do Cade.

59. Com a retirada da expressão “ou multa”, substituída pelo termo “e multa” do art. 4.º da Lei 8.137/1990, além do aumento da pena base, de um para dois anos a impedir o benefício da suspensão condicional do processo.

Logo, a confissão inerente ao TCC traz o ônus do processo penal ordinário ao acusado pela prática do cartel reconhecido pelas partes.

Do exposto, parece-nos que a essência do instituto do TCC não se coaduna com a exigência de reconhecimento da prática de cartel, mesmo quando houver prévio acordo de leniência, para beneficiar o primeiro delator. Isso porque, enquanto se incentiva a existência de um primeiro delator, cria-se, para os outros compromissários posteriores (via TCC), a absurda exigência de confissão da prática de cartel e consequente autoincriminação na área penal, já que não estará extinta a punibilidade dos crimes contra a ordem econômica, ao menos no silêncio da lei.

Portanto, ao menos quando estiver na forma travestida de “segundo acordo de leniência” com a exigência de confissão de culpa, o TCC deveria produzir efeitos na seara penal, mesmo que menos abrangentes que na leniência, sob pena não só de desestímulo ao instituto nessas condições, como de violação a princípios constitucionais elementares. Como seria exercida a ampla defesa, com a obrigação de colaboração com a instrução processual? Como assegurar o direito a não autoincriminação e ao silêncio, se o investigado é chamado a confessar a prática de cartel e colaborar com a investigação que lhe incriminará?

Dessa forma, o instituto do TCC, com essa nova forma, trará muitas discussões a serem ainda aprofundadas. Já se devem, porém, sinalizar as inconstitucionalidades mais alarmantes, a criação – através de *resolução* de um órgão administrativo – de obrigações que a *lei não previu* (a de reconhecer participação em crime de cartel e colaborar com a instrução processual). E mais do que isso, obrigações que ferem garantias constitucionais básicas e caras ao processo penal, como a não autoincriminação, o silêncio, a ampla defesa e o contraditório.

A adoção de estratégias diversas para repressão de práticas anticoncorrenciais é importante. No entanto, importa também refletir: Quais e a que preço? Será ao preço da imposição da confissão de crime e colaboração com produção de provas, restringindo-se os direitos constitucionais – e cláusulas pétreas – ao silêncio, a não autoincriminação e à ampla defesa?

5. PROPOSTA PARA REFLEXÃO E EVENTUAL ALTERAÇÃO DA FORMA COMO A LEGISLAÇÃO E AS AUTORIDADES ABORDAM ESSE TEMA

Como se sabe, há uma série de vantagens associadas aos TCCs. Pode-se mencionar expressamente que o TCC tende a proporcionar maior eficiência

na perseguição da finalidade da legislação concorrencial – i.e., aumenta a coerção e reduz infrações. Além disso, economiza recursos públicos na medida em que os acordos resultam em maior e melhor conjunto probatório e fortalecimento das acusações, tudo isso sem que o Estado tenha que despendar recursos públicos.

No entanto, há dois importantes dilemas que devem ser enfrentados. O primeiro diz respeito ao cuidado que se deve ter para que o TCC não prejudique a celebração de acordos de leniência. O segundo está relacionado à efetividade do acordo e sua segurança jurídica.

Com relação ao primeiro dilema, entende-se que o TCC somente prejudicaria de forma real o acordo de leniência caso fosse, no todo, mais vantajoso. Entendemos que uma vez que há o pagamento de multa ou contribuição pecuniária na esfera administrativa, o TCC já, por si só, não é tão vantajoso quanto o acordo de leniência, ainda que inclua a imunidade criminal.

Por outro lado, tendo em vista a necessidade de admissão de culpa, o TCC gerará enormes conflitos de interesse entre empresas e indivíduos e deixará de ser proposto, em grande parte dos casos, por conta do aumento da exposição das pessoas físicas no âmbito de eventual processo criminal. Essa questão ficou ainda mais importante após a alteração da legislação, que endureceu a responsabilidade criminal nos casos de crimes concorrenciais.⁶⁰

Defende-se, portanto, que o TCC implique também a imunidade criminal dos interessados. O endurecimento da legislação sob a perspectiva criminal e a falta de previsão de imunidade criminal poderá reduzir, senão eliminar, qualquer chance de se realizar acordo de TCC em casos de cartel ou outras práticas que sejam tipificadas pela lei penal. O fato de ainda se ter notícia da celebração de TCCs deve levar em conta que a mudança da lei alcançará apenas os fatos ocorridos após a entrada em vigor da mudança – i.e., maio de 2012.

Reitere-se que o Brasil, assim como diversas outras jurisdições, conta com escassos recursos públicos dedicados à aplicação da lei de defesa da concorrência. Nesse sentido, com mais razão ainda, deve-se buscar elementos facilitadores para a repressão ao abuso de poder econômico.

É preciso enfatizar o fato de que mesmo a imunidade criminal não deixaria o TCC mais vantajoso que o acordo de leniência:

60. Vide redação dada ao art. 4.º da Lei 8.137, de 27.12.1990, conforme art. 116 da Lei 12.529/2011.

	Imunidade		
	Administrativa	Criminal	Civil
Leniência	Sim	Sim	Não
TCC	Não ⁶¹	Sim	Não
Demais envolvidos	Não	Não	Não

Se a legislação não for alterada nesse sentido, há, ainda, a hipótese de o Cade coordenar com o Ministério Público para que o TCC seja considerado como um acordo de delação premiada.

Nessa hipótese, porém, há um problema de segurança jurídica, ao passo em que são necessários cuidados e alguns requisitos e riscos devem ser avaliados.

Apesar do extenso número de leis esparsas que tratam da delação premiada, não há contornos e procedimentos bem delimitados sobre a matéria. Diversas leis dispõem sobre as hipóteses de delação e algumas principais consequências, que variam entre redução de pena e extinção da punibilidade com o perdão judicial, conforme o crime imputado e a lei que o regula,⁶² mas pouco ou nada se apresenta sobre a forma de negociação, seus requisitos e limites.

A própria Lei 8.137/1990, que trata do crime de cartel,⁶³ dispõe apenas que o coautor ou partícipe que “através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”. Diversas questões importantes remanescem. Qual será a extensão do acordo e o que se entende por “toda a trama delituosa”? Quem participará da celebração do acordo de delação? O juiz poderá? Quem poderá ter acesso ao acordo? Até que momento o acordo poderia ser celebrado?

Nota-se que, no direito penal, a delação premiada sofre com a falta de regulamentação o que limita a apreciação dos efeitos penais da confissão no TCC, como uma hipótese de delação.

61. Entende-se que a obrigação de contribuição pecuniária descaracteriza a imunidade em sentido amplo.

62. Vide, por exemplo, Leis 7.492/1986, art. 25, § 2.º; 8.072/1990; 8.137/1990, art. 16, parágrafo único; 9.034/1995, art. 6.º; 9.613/1998, art. 1.º, § 5.º; 9.807/1999; 11.343/2006, art. 41.

63. Vide art. 4.º da Lei 8.137/1990.

Destarte, na consideração do TCC como delação premiada para efeitos penais, em primeiro momento, pode-se afirmar que deverá haver diminuição da pena, entre um e dois terços, conforme previsão legal.⁶⁴ No entanto, não se pode perder de vista que permanecem as regras da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pelo Ministério Público. Como já apontado doutrinariamente:

“Ao contrário, no estágio atual de nosso direito positivo, a celebração de qualquer acordo entre acusação e indiciado/imputado ou entre juiz e indiciado/imputado é ilegal. Quer sob o ponto de vista de ‘negociação’ da aplicação da redução da pena ou do perdão judicial, quer sob o ponto de vista da concessão de benefícios processuais: nosso direito positivo *‘não prevê a concessão de benefícios de caráter processual ao imputado colaborador, isto é: os benefícios se restringem à redução da pena, concedida pelo magistrado ao final da persecução penal’*. Por isso, em virtude da regra da obrigatoriedade da ação penal, os acordos ‘informais’ celebrados entre acusação e defesa, no Brasil, homologados ou não pelo juiz, são ilegais.”⁶⁵

“Portanto, quer pela inexistência de previsão legal, quer pelos inúmeros problemas de ordem concreta que podem apresentar (conforme supramencionado), mesmo para aqueles que admitem uma ética utilitarista, onde o delator, em tese, pode contribuir de alguma forma para o esclarecimento integral dos fatos, a hipótese de celebração de um acordo, por meio de contrato formalizado entre delator, Ministério Público e juiz, não encontra guarida no ordenamento jurídico brasileiro.”⁶⁶

Bem por isso, tendo em vista os escassos contornos legais sobre o instituto da delação premiada, somente se pode admiti-la, com segurança, como previsão de direito material para redução de pena, após o decorrer de um devido processo legal, com ampla atividade instrutória, no qual inclusive deve haver possibilidade de absolvição do investigado.

Postas tais considerações, algumas questões devem ser lembradas, para segurança da pessoa que celebra um acordo de delação premiada – incluída a situação da confissão no TCC. Não há rigidez formal para celebração de um acordo de delação premiada, assim como não há a possibilidade de homologação formal do “acordo” pelo juiz. É possível, tanto ao Ministério Público,

64. Vide parágrafo único do art. 16 da Lei 8.137/1990.

65. ESTELLITA, 2009, p. 2-3.

66. BITTAR, 2011, p. 214-215.

quanto ao acusado/investigado, acompanhado do seu defensor, propor ao juízo o reconhecimento de uma delação premiada. Ademais, por decorrer de expressa previsão legal, a redução de pena ou a extinção da punibilidade não estão restritas a um pedido formal, e o magistrado deve, desde que presentes os requisitos legais, conceder tais benefícios da delação, conforme o caso concreto.⁶⁷

Vale frisar uma vez mais que a aplicação do instituto somente poderá ocorrer no momento da prolação da sentença, após o devido processo legal, o exercício de ampla defesa e contraditório, e diante da ausência de hipóteses absolutórias.⁶⁸

Outros aspectos também merecem observação, como a tramitação em separado do processo persecutório em face do delator⁶⁹ e a necessária ciência, pelos demais acusados, desta separação em razão de delação premiada, bem como o acesso ao relato do delator e a possibilidade de contraditá-lo, além da necessidade de se sopesar a prova obtida nessas circunstâncias, com as demais constantes dos autos.

Desta feita, delineiam-se alguns contornos necessários para avaliação da confissão no TCC, como forma de delação premiada e os efeitos possíveis no direito penal.

Por fim, vale notar que a confissão e a colaboração com as investigações continuam a ser tema de amplo debate e a trazer complicações na aplicação prática, desde questionamentos de origem ética e moral.

Como já destacado por Costa Jr. e Denari (2000), sobre a Lei 8.137/1990 que trata do crime de cartel:

“A delação muitas vezes é falsa, trajando as vestes mesquinhas da vingança. A inovação legislativa, embora atraente num primeiro momento, poderá causar sérios prejuízos à justiça, colocando inocentes no banco dos réus, não raro acusados por vingança ou até por despeito. O futuro dirá melhor, como já acontece na Itália, onde os adversários do instituto já superaram em muito o número de adeptos. Muitos abusos e injustiças irão ser perpetrados, estejam certos. Não é difícil fazer a previsão.”⁷⁰

67. Idem, p. 215.

68. Vide art. 386 do CPP.

69. Vide art. 80 do CPP.

70. COSTA JR.; DENARI, 2000, p. 167.

Não se esqueçam, também, as palavras de Franco (2005) sobre o delator: “Nem, em verdade, fica ele livre, em nosso país, do destino trágico que lhe é reservado – quase sempre a morte pela traição – pois as verbas orçamentárias reservadas para dar-lhe proteção ou são escassas ou são contingenciadas.”⁷¹

6. CONCLUSÕES

Como se nota, o TCC surgiu como instrumento conciliador, pelo qual a cessação da suposta prática ilícita, ainda sujeita à investigação e ao devido processo legal, seria suficiente para encerrar o dispendio de gastos públicos com o processo, bem como evitava a responsabilização do transator.

A inserção do acordo de leniência e a prática foram afastando o TCC de sua origem, notadamente para os casos de colusão entre concorrentes. Foram inseridas exigências de reconhecimento de culpa e de cooperação com a instrução que elevaram o custo dos acordos para os administrados.

Antes da entrada em vigor da nova lei do Cade, a questão ainda suscitava preocupação relativamente menor (em virtude da possibilidade de transação no processo penal). No entanto, com o novo arcabouço legal, o dilema entre o acordo e a responsabilidade penal ganha contornos praticamente insuperáveis.

Como solução, propõe-se que haja alteração legislativa para que se garanta a imunidade penal para os signatários dos TCCs. Essa medida é de fundamental importância para a continuidade do êxito da utilização dos acordos no âmbito da defesa da concorrência. Ao mesmo tempo, acredita-se que não será desincentivo para os que consideram a celebração de acordo de leniência. A elevação das penas aplicadas pelo Cade em casos de cartel e o fato de que a leniência garante também a imunidade quanto à multa administrativa, são incentivos suficientes para garantir a atratividade da leniência.

A ausência de imunidade penal para o TCC servirá de fonte de conflito entre as pessoas jurídicas e físicas envolvidas e poderá, ainda, gerar uma maior judicialização das decisões do Cade. Como alertado, há uma série de questões de natureza constitucional e legal que podem ser suscitadas em virtude da atual regulamentação do TCC. Por isso, a imunidade penal para o TCC, prevista em lei, também servirá para afastar, pelo menos, o interesse de questionar posto que ausente estará o prejuízo.

71. FRANCO, 2005, p. 359.

Enquanto não for alterada a legislação para se prever a imunidade penal para as partes do TCC, entende-se que o Cade deverá, na medida do possível, buscar equiparar o TCC à delação premiada. Dessa forma, os eventuais interessados poderão reduzir sua exposição à responsabilidade penal.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Res. Cade 5, de 6 de março de 2013.
- _____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.008372/1999-14.
- _____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.003805/2004-10.
- _____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Termo de Compromisso de Cessação – TCC. União Brasileira de Avicultura – UBA e Sr. Ariel Antônio Mendes. Requerimento 08700.002933/2009-01.
- _____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Termo de Compromisso de Cessação – TCC. Requerimento 08700.004992/2007-93.
- _____. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. Departamento de Proteção e Defesa Econômica. *Política da SDE – Termo de Compromisso de Cessação de Prática de Cartel*. Disponível em: [www.mj.gov.br].
- COSTA JR., Paulo José da; DENARI, Zelmo. *Infrações tributárias e delitos fiscais*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ESTELLITA, Heloisa. A delação premiada para identificação dos demais coautores ou partícipes: algumas reflexões à luz do devido processo legal. *Boletim IBCCrim*. n. 202. ano 17. São Paulo: IBCCrim, 2009.
- FERRARI, Eduardo Reale. Termos de compromisso de cessação (TCC) e seus reflexos no crime de cartel. *Boletim IBCCrim*. n. 190. ano 16. São Paulo: IBCCrim, set. 2008.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ajustamento de conduta e defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*. vol. 16. p. 187. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- INGLEZ DE SOUZA, Ricardo. Acordos de leniência e o combate a cartéis no Brasil. In: ZANOTTA Pedro; BRANCHER, Paulo (coords.). *Novos desafios do direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2008.
- JONES, Alison; SUFRIN, Brenda. *EC Competition Law*. 2. ed. Londres: Oxford University Press, 2004.
- SAITO, Carolina. O termo de compromisso de cessação de prática e o reconhecimento de culpa. *Revista do IBRAC*. vol. 20. p. 13. São Paulo: Ed. RT, 2011.

TAVARES, Carolina de Castro; GIACAGLIA, Alessandro Pezzolo. Efeitos do cumprimento do acordo de leniência. Análise do inc. I do § 4.º do art. 35-B e do art. 35-C, ambos da Lei 8.884, de 11.06.1994. *Revista do IBRAC*. vol. 18. p. 75. São Paulo: Ed. RT, 2010.

TEIXEIRA, Lucas Mendes de Freitas. Os termos compromisso de cessação e responsabilidade civil por infrações à ordem econômica. *Revista do IBRAC*. vol. 21. p. 95. São Paulo: Ed. RT, 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A nova legislação brasileira de defesa da concorrência: perspectivas e desafios – Comentários à Lei 12.529/2011, de José Antonio Batista de Moura Ziebarth – *RIBRAC* 20/471;
- Cartéis internacionais e defesa da concorrência no Brasil, de Vinicius Marques de Carvalho, Amanda Athayde Linhares Martins e Bernardo Becker Fontana – *RIBRAC* 20/137;
- Defesa da concorrência em juízo o perfil das demandas judiciais envolvendo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, de Stephanie Pereira Muniz – *RIBRAC* 21/353; e
- Remédios antitruste em atos de concentração relativos à aquisição de participação minoritária em rival, de Patricia Bandouk Carvalho – *RIBRAC* 21/181.

A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR FARMACÊUTICO: LITÍGIOS E ACORDOS ANTICONCORRENCIAIS

3

RICARDO ANDRÉ GALENDI JÚNIOR

Graduando em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – USP.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Comercial/Empresarial

RESUMO: Este artigo analisa duas modalidades de condutas potencialmente anticoncorrenciais envolvendo o setor farmacêutico: a utilização de procedimentos judiciais e administrativos abusivos para a extensão de patentes sobre medicamentos e a celebração de acordos entre fabricantes de medicamentos de referência e fabricantes de genéricos para por fim a litígios relacionados a patentes. Após breve incursão na experiência internacional em relação às condutas, com o escopo de evidenciar os efeitos danosos que elas produzem ao mercado e à concorrência, buscam-se parâmetros para o tratamento destas condutas no direito brasileiro, inferindo-se alternativas que favoreçam a defesa da concorrência no setor farmacêutico.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste – Propriedade intelectual – Setor farmacêutico – *Sham litigation* – Acordos anticoncorrenciais.

ABSTRACT: This article examines two types of potentially anti-competitive conducts involving the pharmaceutical industry: abusive judicial and administrative proceedings for the extension of patents on drugs, and agreements between reference drugs manufacturers and generic drugs manufacturers to terminate litigation related to patents. After a brief incursion in international experience relating to these conducts, within the scope of highlighting the harmful effects they produce on market and competition, we describe parameters for the treatment of these conducts in Brazilian law, inferring alternatives able to protect competition in the pharmaceutical sector.

KEYWORDS: Antitrust – Intellectual Property – Pharmaceutical Sector – *Sham Litigation* – Anti-competitive Agreements.

SUMÁRIO: 1. Introdução: propriedade intelectual e direito concorrencial – 2. Condutas abusivas para retardar a entrada de genéricos – 3. Os acordos de patentes nos Estados Unidos: 3.1 Análise econômica dos *reverse payments*; 3.2 A FTC e os *pay-for-delay agreements*; 3.3 Jurisprudência – 4. Litígios e acordos anticoncorrenciais no direito brasileiro: 4.1 Contro-

vérsias regulatórias; 4.2 O abuso do direito de petição; 4.3 Os acordos de patentes como ilícito concorrencial – 5. Conclusão – 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO: PROPRIEDADE INTELECTUAL E DIREITO CONCORRENCIAL

A justificação funcional do direito de patente,¹ quando o inventor ainda não era “homem de empresa”, consistia em incentivar a atividade inventiva, fundamental ao progresso material da coletividade, com a premiação do inventor. Na era contemporânea, tendo-se transferido a função de organização do progresso tecnológico para a empresa, a patente não constitui mais mero prêmio ao inventor isoladamente considerado, mas configura, também, garantia de amortização do investimento realizado em pesquisa e desenvolvimento (“P&D”).²

Desse modo, ao coibir o *free-riding*, o direito patentário estimula investimentos em P&D, e, por conseguinte, incentiva a competição,³ com o que não se pode considerá-lo, por si só, um óbice à concorrência. Se, no passado, era comum a asserção de que direito concorrencial e propriedade intelectual possuem propósitos conflitantes, hoje se tem o consenso de que ambos compartilham o objetivo de estimular a inovação, o desenvolvimento e a competição.⁴

O direito industrial encontra-se permeado pelos princípios concorrenciais, configurando um caso especial de sua aplicação, e não uma “justificativa para sua desaplicação”.⁵ Nesse sentido, afirma-se que: “intellectual property is (...) neither particularly free from scrutiny under the antitrust laws, nor particularly suspect under them”.⁶

1. Prêmio IBRAC TIM 2012 – Categoria: Graduação.

2. COMPARATO, Fábio Konder. A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 47, ano XXI, p. 44. Sobre a importância dos investimentos em P&D como fenômeno recente, o autor menciona que o primeiro laboratório de pesquisas industriais foi criado somente em 1880, na indústria química alemã. Em 1895, o único laboratório industrial dos Estados Unidos era o de Thomas Edison.

3. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 131.

4. COLEMAN, Deborah. Antitrust issues in the litigation and settlement of infringement claims. *Akron Law Review* 37/264.

5. SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 132.

6. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property. 1995. § 2.1. Disponível em: [www.ftc.gov/bc/0558.pdf]. Acesso em: 09.09.2012.

O objetivo das normas de proteção patentária não é, portanto, a criação de regras que excepcionem a aplicação do direito concorrencial.⁷ O grande desafio na aplicação dessas normas é estabelecer um ponto ótimo que permita a conciliação entre o incentivo à inovação e a geração de benefícios aos consumidores.⁸

O reconhecimento do caráter precipuamente concorrencial da legislação sobre patentes gera consequências sobre a definição de ilícitos, haja vista a gama de possibilidades aberta pelo raciocínio do direito concorrencial. O direito de patente, como toda hipótese de poder no mercado, pode gerar condutas abusivas, o que deve ser coibido.⁹

Por conseguinte, ainda que o detentor de um direito de patente possa garantir seu direito mediante procedimentos administrativos e judiciais, bem como entrar em um acordo em eventual litígio daí decorrente, tais condutas podem configurar ilícitos concorrenciais se preenchidos determinados requisitos.¹⁰ Estes critérios, apesar das especificidades que serão analisadas, são os mesmos aplicáveis a questões que não envolvem o direito patentário.

Este artigo analisa duas condutas que envolvem direitos de propriedade intelectual no setor farmacêutico e têm atraído a atenção das autoridades antitruste: (a) a utilização de procedimentos judiciais e administrativos abusivos para a extensão de patentes sobre medicamentos;¹¹ e (b) a celebração de acordos entre fabricantes de medicamentos de referência e fabricantes de genéricos para por fim a litígios relacionados a patentes.¹²

7. SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 133. A Lei 12.529/2011, sobre a abrangência de sua aplicação, apesar das imprecisões inerentes à denominação “monopólio legal”, estipula, em seu art. 31: “Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

8. HEMPHILL, C. SCOTT. Paying for delay: pharmaceutical patent settlement as a regulatory design problem. *New York University Law Review* 81/1563.

9. SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 138.

10. COLEMAN, Deborah, op. cit., p. 273.

11. Este tipo de conduta já tem sido investigado no Brasil. Cf. *Isto é Dinheiro*. Mais vale um genérico na mão do que (...). ed. 750, 16.02.2012. Disponível em: [www.istoedinheiro.com.br/noticias/78335_MAIS+VALE+UM+GENERICO+NA+MAO+DO+QUE]. Acesso em: 03.09.2012. Conforme afirmação do então secretário de direito econômico: “Há um indício de conduta abusiva por parte dos laboratórios de marca, que pode trazer impacto econômico”.

12. Este assunto, por influência das autoridades antitruste nos EUA, tem sido objeto de intensos debates acadêmicos, conforme se pormenorizará adiante (cf. item 3, infra).

Nos itens 2 e 3, faz-se uma breve análise da experiência internacional em relação às condutas, com o escopo de evidenciar os efeitos danosos que elas produzem ao mercado e à concorrência. No item 4, buscam-se parâmetros para o tratamento destas condutas no direito brasileiro, inferindo-se alternativas que favoreçam à defesa da concorrência no setor farmacêutico.

2. CONDUTAS ABUSIVAS PARA RETARDAR A ENTRADA DE GENÉRICOS

A experiência internacional demonstra que, em diversas situações, os detentores de patentes podem fazer uso de mecanismos ilícitos para obstar a entrada de concorrentes no mercado. Haja vista a presunção de validade das patentes, o ônus de comprovar a invalidade incumbe sempre ao entrante. O possuidor do direito de patente dispõe de medidas liminares que asseguram sua exclusividade até que o mérito do litígio acerca da patente seja devidamente analisado. Contudo, o exercício do direito de petição por parte do detentor da patente nem sempre é legítimo e pode configurar ilícito concorrencial.

De acordo com a doutrina *Noerr-Pennington*, se o direito de peticionar confrontar-se com o diploma antitruste, prevalece o primeiro.¹³ Assim, processar um competidor por infringir uma patente é, em regra, um direito do detentor da patente, ainda que o processo tenha como efeito adverso restringir a concorrência.

O chamado *sham litigation* constitui uma exceção à doutrina *Noerr-Pennington*. A presunção de que uma ação relacionada a uma infração de patente foi ajuizada de boa-fé pode ser revertida, caso se comprove que houve abuso do direito de ação, que constitui uma restrição ilegítima à concorrência.

A jurisprudência dos EUA consolidou dois critérios cumulativos para que se caracterize o *sham litigation*: (a) a ação deve ser totalmente desprovida de qualquer base objetiva, no sentido de que nenhum litigante realista esperaria êxito na questão de mérito; e (b) a ação deve constituir uma tentativa de interferir diretamente nos negócios de um competidor, que se utiliza do processo como uma “arma anticoncorrencial”.¹⁴

13. A doutrina *Noerr-Pennington* tem como *leading cases* duas ações que lhe emprestam o nome: *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.* 365 U.S. 127 (1961) e *United Mine Workers of America v. Pennington* 381 U.S. 657 (1965).

14. Estes critérios foram estabelecidos em *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures International, Inc.* 508 U.S. 49, 56-60 (1993). Posteriormente, definiu-se que, no contexto de múltiplas ações, o mero fato de a empresa ter obtido sucesso em

No contexto das patentes, a ausência de base objetiva pode se verificar no caso de o detentor da patente ter conhecimento, no momento da propositura da ação, de que sua patente é inválida, ou de que o seu competidor não estava efetivamente infringindo sua patente.¹⁵

Há abuso, também, se os direitos de propriedade intelectual foram adquiridos mediante fraude ao órgão responsável por sua concessão. Em relação a esta situação, o *leading case* nos EUA diz respeito a uma situação em que o detentor de direito de patente sobre determinado invento ajuizou ação por infração à patente contra um suposto violador de seu direito. Este reconveio, alegando que a patente do autor era inválida e, posteriormente, acusou-o de monopolizar ilegalmente o comércio mediante a obtenção fraudulenta e a manutenção de má-fé da patente em questão. Neste precedente, firmou-se o entendimento de que o recurso à via judicial para assegurar direito patentário obtido mediante fraude pode configurar ilícito concorrencial.¹⁶

Além dos diversos julgados sobre a questão nos Estados Unidos, fundamentados nestes *leading cases*, também há importante precedente na Europa. Em 2005, uma empresa de medicamentos foi multada em 60 milhões de euros pela Comissão Europeia por utilizar-se fraudulentamente de procedimentos administrativos e judiciais para a extensão de direitos de propriedade intelectual sobre determinado medicamento.¹⁷ Neste caso, as duas condutas abusivas sancionadas, que retardaram, ou até mesmo impediram, a entrada de genéricos no mercado, consistiam (a) no fornecimento de informações falsas a diversas autoridades responsáveis pela concessão de direito de patentes, bem como a Tribunais na Noruega e na Alemanha (b) no pedido de cancelamento das autorizações de comercialização de cápsulas do medicamento, seguido do lançamento de outra modalidade de comprimidos.¹⁸

Em decorrência dos direitos outorgados mediante a apresentação de informações falsas, os potenciais competidores eram forçados a entrar em litígios

pequena parte dos processos não significaria que não se poderia configurar *sham litigation*. Ilustrativamente, “even a broken clock is right twice a day” (*USS-POSCO Indus. v. Contra Costa County Bldg. & Constr. Trades Council*, 31 F3d 800 (9th Cir. 1994)).

15. COLEMAN, Deborah, op. cit., p. 274.

16. *Walker Process Eqpt., Inc. v. Food Machinery Corp.*, 382 U.S. 172 (1965).

17. Case COMP/A. 37.507/F3. AstraZeneca, j. 15.06.2005.

18. Conforme consta do relatório de julgamento da instância superior, que confirmou este entendimento: *AstraZeneca v. Comissão*, Case T-321/05 (6th Chamber 2010), parágrafo 8.º.

lentos e custosos para invalidar os direitos concedidos à empresa. A segunda conduta tinha o escopo de cancelar as autorizações que serviriam como base para a entrada dos medicamentos genéricos no mercado, retardando-a. Os abusos desta empresa causaram insegurança jurídica e atrasaram a entrada de diversas fabricantes de genéricos no mercado.¹⁹

Esta breve análise demonstra que o abuso do direito de ação pode estar presente: (a) na hipótese de os direitos de patente terem sido adquiridos mediante fraude à autoridade responsável por sua concessão; e (b) na hipótese de o recurso ao Judiciário e aos órgãos administrativos não possuir bases objetivas, constituindo nada mais que uma tentativa de atrapalhar os negócios dos concorrentes.

3. OS ACORDOS DE PATENTES NOS ESTADOS UNIDOS

Acordos em âmbito judicial são aclamados pelos benefícios privados e sociais que propiciam. Eles permitem que as próprias partes envolvidas no litígio negociem a melhor solução para o seu conflito e evitem gastos com processos. Ao mesmo tempo, reduzem as despesas do Judiciário e colaboram para o seu descongestionamento, de modo que tais composições têm sido altamente incentivadas pelos diversos sistemas jurídicos atuais.²⁰

Contrariando esta regra geral, acordos relativos a direitos patentários, celebrados entre concorrentes, potenciais ou reais, podem gerar externalidades negativas à sociedade. Tais acordos permitem que as partes restrinjam a competição, privando os consumidores dos efeitos benéficos decorrentes de um cenário de livre-concorrência e garantindo, por exemplo, que uma questão relativa a uma patente inválida, ou que não foi infringida, não seja judicialmente examinada.²¹ Assim, não só a alegação de infração de patente, mas também a resolução de tal reivindicação por meio do licenciamento da

19. Cf., sobre o assunto, FAGERLUND, Niklas; RASMUSSEN, Soren Bo. AstraZeneca: the first abuse case in the pharmaceutical sector. *Competition Policy Newsletter* 3/54.

20. Cf. sobre a relação entre esses acordos e a promoção do acesso à Justiça, SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à Justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 779-792.

21. SHAPIRO, Carl. Antitrust limits to patent settlements. *Rand Journal of Economics*, vol. 34, n. 2, p. 394.

patente, ou outras formas de acordo, podem gerar efeitos concorrenciais indesejáveis.²²

Esta modalidade ilícita de acordo configura-se, principalmente, nas hipóteses em que há o pagamento reverso, do autor ao réu, para que haja a auto-composição.

3.1 *Análise econômica dos reverse payments*

Usualmente, aquele que viola direito alheio é que paga ao possuidor do direito para que haja um acordo.²³ A situação contrária, em que o possuidor do direito paga ao infrator pela autocomposição, tem atraído a atenção de economistas e juristas, fundamentalmente no que diz respeito aos acordos de patentes.

Os chamados *reverse payments* ocorrem quando o detentor de uma patente entra em acordo com um suposto violador de seu direito, pagando-lhe para permanecer fora do mercado por determinado período de tempo.²⁴ Parece claro que esse tipo de acordo pode restringir a competição decorrente de o detentor da patente ter uma patente declarada inválida ou não infringida.²⁵ No entanto, a configuração do pagamento reverso como ilícito concorrencial deve incluir alguns elementos que agregam complexidade à sua análise.

Se o litígio é solucionado com um acordo em que o suposto infrator paga ao detentor da patente pelo direito de produzir dentro da vigência da patente, o acordo é uma licença, bastante comum em situações deste tipo.²⁶ O que há de incomum nos acordos que envolvem o pagamento reverso é que o detentor da patente paga ao litigante e, simultaneamente, mantém o monopólio da patente.²⁷

Se uma patente é válida e foi infringida, então o infrator pode ser excluído do mercado sem que haja pagamento por parte do detentor da patente. Acordos que envolvem o pagamento reverso juntamente com a saída do suposto infrator do mercado não envolvem qualquer licença de propriedade intelectual.

22. COLEMAN, Deborah, op. cit., p. 266.

23. DOLIN, Gregory. Reverse settlements as patent invalidity signals. *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 24, n. 2, p. 281.

24. HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and patent law analysis of pharmaceutical reverse payment settlements. 2011. p. 1. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=1741162]. Acesso em: 03.08.2012.

25. SHAPIRO, Carl, op. cit., p. 394.

26. HOVENKAMP, Herbert, op. cit., p. 1.

27. DOLIN, Gregory, op. cit., p. 293.

tual. Se as partes estavam certas de que a patente era válida e foi infringida, a detentora da patente não teria, em um ambiente livre de custos de transação, qualquer incentivo para pagar à infratora para permanecer fora do mercado, já que poderia excluí-la sem ter que pagar qualquer quantia.

No entanto, os custos de transação modificam este cenário, e fazem com que o exame acerca da legitimidade desses acordos deva considerar outros fatores.²⁸ Se, para obter cautelarmente a suspensão da produção que infringe sua patente, e obter provimento após a instauração do contraditório, a empresa gastaria 500 mil reais, então ela pode estar disposta a pagar até este valor em um acordo que produza o mesmo resultado.²⁹

Além dos custos relacionados ao processo, deve-se levar em conta, ainda, a possibilidade de existir, entre as partes, aversão ao risco inerente a este tipo de litígio. Os litigantes podem preferir uma alternativa que ofereça a resolução imediata da questão, em detrimento das perspectivas contingentes do litígio. Ademais, a assimetria de informação relativa às possibilidades de êxito das alegações de invalidade e não infração da patente pode fazer com que o acordo seja mais benéfico para uma das partes.³⁰

Por isso, argumenta-se que há diversas circunstâncias em que o *reverse payment* faz-se necessário para a solução de um litígio em torno de uma patente, sem que tal fato seja, necessariamente, prejudicial ao consumidor.³¹

O pagamento, ainda que “contraintuitivo”, de uma parte à outra, em prol de um acordo em um processo judicial, pode encontrar justificativas econômicas diversas, e, por si só, não configura conduta anticoncorrencial. Por outro lado, estes acordos merecem a atenção das autoridades antitrustes na medida em que o pagamento reverso pode representar a concordância do detentor da patente em partilhar com o litigante os lucros decorrentes do monopólio, induzindo este último a abandonar determinado litígio.³²

28. SHAPIRO, Carl, op. cit., p. 395.

29. Cf. HOVENKAMP, Herbert, op. cit., p. 2. O autor ressalta que o acordo pode ser considerado menos valioso que o provimento judicial, já que aquele nada diz sobre a validade da patente, cuja afirmação pode ter valor significativo em futuros litígios.

30. Cf., sobre estes aspectos, COTTER, Thomas. Antitrust implications of patent settlements involving reverse payments: defending a rebuttable presumption of illegality in light of some recent scholarship. *Antitrust Law Journal* 71/1071 e ss.

31. SCHILDKRAUT, Mark. Patent-splitting settlements and the reverse payment fallacy. *Antitrust Law Journal* 71/1034.

32. SHAPIRO, Carl, op. cit., p. 394.

3.2 A FTC e os pay-for-delay agreements

A indústria farmacêutica é particularmente dependente da propriedade intelectual, visto que novas drogas são produzidas como antecipação dos lucros gerados pela sua patente. Uma vez descoberta a fórmula de um medicamento, é relativamente simples e barata sua reprodução. Assim, o investimento em P&D, parte inerente ao processo de geração de inovação, só é viável neste ramo em virtude dos lucros que as patentes asseguram.³³

A *Federal Trade Commission* (FTC) convencionou denominar *pay-for-delay agreements* os acordos por meio dos quais as fabricantes de medicamentos de referência atrasam a entrada de concorrentes produtores de medicamentos genéricos, pagando-lhes para permanecer fora do mercado por dado período de tempo.³⁴

Segundo relatório da FTC, esses acordos são benéficos para ambas as partes: os preços dos medicamentos de referência permanecem altos, ao passo que a produtora de genéricos desfruta, por meio do *reverse payment*, dos benefícios decorrentes dos altos lucros gerados pelo monopólio da fabricante de marca. Contudo, os consumidores são prejudicados, já que perdem o benefício da entrada do medicamento genérico no mercado.

A FTC estima que os acordos que envolvem o pagamento da fabricante de marca para a produtora de genéricos atrasam a entrada do genérico em 17 meses em relação aos acordos que não preveem o *reverse payment*. Os *pay-for-delay agreements* custariam aos cidadãos americanos algo em torno de US\$3,5 bilhões ao ano.³⁵

Segundo outro estudo da FTC,³⁶ cerca de 73% das patentes farmacêuticas são declaradas inválidas ou não infringidas quando a discussão judicial em torno da patente³⁷ tem seu mérito julgado. A maioria das patentes farmacêuticas

33. Para uma análise mais aprofundada das especificidades da indústria farmacêutica no que diz respeito às relações entre P&D e política de patentes, cf. HEMPHILL, C. Scott, op. cit., p. 1563.

34. FEDERAL TRADE COMMISSION. Pay-for-delay: How drug company pay-offs cost consumer billions. jan. 2010. p. 1. Disponível em: [www.ftc.gov/os/2010/01/100112payfordelayrpt.pdf]. Acesso em: 08.09.2012.

35. Idem, p. 2.

36. FEDERAL TRADE COMMISSION. Generic drug entry prior to patent expiration. jul. 2002. Disponível em: [www.ftc.gov/os/2002/07/genericdrugstudy.pdf]. Acesso em: 13.09.2012.

37. Nesses litígios, a empresa de genéricos geralmente busca demonstrar que a patente da fabricante do medicamento de referência é inválida, ou que o medicamento a ser

declaradas inválidas não são patentes referentes a moléculas primárias de medicamentos, mas sim patentes de segundo uso, que são concedidas sobre variações de dosagem, uso ou forma de fabricação do medicamento.³⁸ Enquanto a proteção dos consumidores pela via legislativa, recomendada pela FTC,³⁹ não se consubstancia, os tribunais divergem acerca do ideal tratamento para a questão.

3.3 *Jurisprudência*

Algumas formas de acordos horizontais mostram-se tão desprovidas de justificação que os tribunais norte-americanos a consideram ilegais *per se*. Esta regra obsta o exame de quaisquer consequências econômicas da conduta ou da extensão de seus efeitos sobre a concorrência. A mera comprovação da existência da conduta é suficiente para a configuração do ilícito anticoncorrencial. A ilegalidade *per se*, que constitui uma exceção à aplicação da regra da razão, é aplicada a condutas que a experiência demonstrou reiteradamente que não apresentam qualquer benefício à competição, e têm propósito e efeito manifestamente anticoncorrenciais.⁴⁰

O grande esforço dos debates acadêmicos, como visto, é no sentido de investigar se, em alguma hipótese, podem os acordos que envolvem *reverse payment* serem pró-competitivos, para que não se proibam condutas injustificadamente.⁴¹

Nos Estados Unidos, há julgados que consideraram tais acordos ilegais *per se*, bem como precedentes que os julgaram presumidamente legais, sem, no entanto, recorrer à regra da razão para sua avaliação.⁴²

comercializado não representa violação à patente. Nos EUA, já se considerou inválida patente que não apresentava requisitos de atividade inventiva, entendendo-se que não houve qualquer modificação em relação ao estado da arte anterior (*SmithKline Beecham Corp. v. Apotex Corp.*, 403 F.3d 1331, 1334 (Fed. Cir. 2005)). Em outro caso, entendeu-se que a produção de forma bioequivalente de medicamento não infringe sua patente (*SmithKline Beecham Corp. v. Apotex Corp.*, 247 F. Supp. 2d 1011, 1023 (N.D. Ill. 2003)). Sobre outras hipóteses de invalidade e infração de patentes, cf. HEMPHILL, C. SCOTT, op. cit., p. 1565.

38. HOVENKAMP, Herbert, op. cit., p. 6.

39. FEDERAL TRADE COMMISSION. Pay-for-delay... cit., p. 2.

40. COLEMAN, Deborah, op. cit., p. 271. São exemplos de condutas *per se* ilegais os acordos de fixação de preços de revenda, restrições territoriais e de base de clientes e fraude à licitação.

41. DOLIN, Gregory, op. cit., p. 312.

42. Cf. SCHILDKRAUT, Mark, op. cit., p. 1034. No sentido da ilegalidade *per se*, o autor menciona: *In re Cardizem Antitrust Litig.*, 105 F. Supp. 2d, p. 705-706 e *In re Buspirone*

Assim, apesar do forte posicionamento da FTC, algumas Cortes encontraram fundamentos para que se preservem os *pay-for-delay agreements*, sem lhes imputar qualquer efeito antitruste sancionável. Certos juízes entenderam que os acordos em processos judiciais são legítimos e desejáveis por si só, porque evitam custos desnecessários e permitem que as partes decidam sobre a melhor solução para seu litígio, e não haveria motivos para que não se reproduzisse tal raciocínio em relação aos acordos sobre patentes. Outros argumentaram que a legislação de patentes fornece fundamentos para que se privilegie a inovação em detrimento da concorrência, permitindo condutas que em outros casos seriam consideradas violações anticoncorrenciais. Há, ainda, precedentes que, consolidando esses argumentos, inferiram que o regime regulatório das patentes do setor farmacêutico induz as partes a esta conduta, de modo que os acordos sobre patentes não seriam mais que um “subproduto natural”⁴³ da legislação sobre patentes de medicamentos vigente naquele país.⁴⁴

A conclusão intermediária é que não se pode, *a priori*, dizer se um acordo deste gênero deve ser considerado anticoncorrencial ou não,⁴⁵ tendo-se a necessidade de aplicação da regra da razão, cujo objeto é determinar se, diante das circunstâncias relevantes, a conduta praticada pelos agentes promove ou restringe a concorrência. A regra da razão requer que se analise a natureza da conduta questionada, seu histórico, propósito e efeitos no mercado relevante.

Assim, seria preciso avaliar se este acordo reduz os benefícios que seriam gerados aos consumidores no caso de a discussão judicial da patente ter continuado.⁴⁶ Se esta perda de bem-estar do consumidor não ocorrer, as partes terão permanecido no âmbito dos acordos que não restringem a concorrência, sendo válida a negociação de alternativas que lhes são mais interessantes que o litígio.⁴⁷

Patent Litig., 185 F. Supp. 2d 363. Pela legalidade dos acordos, cita-se: *Valley Drug Co.*, 344 F.3d 1294 e *In re Tamoxifen Citrate Antitrust Litig.*, 262 F. Supp. 2d 17.

43. Em poucas palavras, entende-se que o *Hatch-Waxman Act*, cujo escopo é acelerar a entrada de medicamentos genéricos no mercado estadunidense, ao conferir a exclusividade de 180 dias para o primeiro genérico a entrar no mercado, acaba por incentivar o desafio de patentes por parte das empresas de genéricos, o que aumentaria o volume de acordos deste gênero.

44. Para uma análise crítica da fundamentação utilizada pelas Cortes, cf. HEMPHILL, C. Scott, op. cit., p. 1574-1577.

45. SCHILDKRAUT, Mark, op. cit., p. 1034.

46. Com este entendimento, cf. COTTER, Thomas, op. cit., 1075. SHAPIRO, Carl, op. cit., p. 396.

47. SHAPIRO, Carl, op. cit., p. 396.

Segundo esse entendimento, o *reverse payment* só integraria uma conduta verdadeiramente prejudicial aos consumidores se, no decorrer do processo judicial, ficasse demonstrado que a patente era inválida, ou que não foi infringida.⁴⁸ Se o detentor da patente obtivesse o reconhecimento de que sua patente é válida e foi infringida, o *reverse payment* nada teria dito sobre a legalidade da conduta.

No entanto, nesse caso, a aplicação adequada da regra da razão significa, quase certamente, que questões relativas à validade e à infração da patente deverão ser analisadas.⁴⁹

Assim, nos EUA, por vezes, o tratamento adequado da questão fica obstado pela relutância dos tribunais em analisar o mérito do litígio acerca da patente em sede de antitruste.⁵⁰ Os tribunais, em geral, recorrem a presunções de legalidade ou ilegalidade porque, com isso, tem-se a solução da questão antitruste sem a análise do mérito do problema relativo ao direito de patente.⁵¹

Alguns autores têm defendido que os tribunais não devem se eximir de analisar a validade e o escopo de patentes em reivindicações antitrustes relacionadas a *patent settlements*, apesar dos custos operacionais atrelados a essa análise.⁵² Para minimizar tais custos, propõe-se que os tribunais delimitem os tipos de questões anticoncorrenciais em que se deve proceder ao exame de patentes. Como nem toda questão concorrencial que envolve direito patentário requer o exame de sua validade, argumenta-se que o tribunal pode analisar a validade de patente somente quando necessário para o esclarecimento de controvérsia antitruste, sem que haja o acréscimo de custos significativos ao processo decisório.⁵³

4. LITÍGIOS E ACORDOS ANTICONCORRENCIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 Controvérsias regulatórias

A atual Lei de Propriedade Industrial estabelece três requisitos para o patenteamento: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.⁵⁴ A análise

48. DOLIN, Gregory, op. cit., p. 284.

49. HOVENKAMP, Herbert, op. cit., p. 9.

50. SCHILDKRAUT, Mark, op. cit., p. 1034.

51. HOVENKAMP, Herbert, op. cit., p. 9.

52. VARDNER, Joseph. The statutory presumption of patent validity in antitrust cases. *Harvard Journal of Law & Technology* 25/225.

53. Idem, p. 225.

54. Art. 8.º da Lei 9.279, de 14.05.1996: "É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial".

se relativa à atividade inventiva constitui “uma questão substantivamente constitucional”.⁵⁵ O conceito de atividade inventiva prestigia o esforço e estimula a concorrência. A concessão da patente torna-se, a partir do requisito de atividade inventiva, instrumento de fomento da aplicação de recursos em pesquisa científica, evitando, ao mesmo tempo, que o direito industrial seja explorado de maneira monopolista e anticoncorrencial.⁵⁶

Cada caso deve ser avaliado com objetividade, coibindo-se a discricionariedade e a subjetividade. Ao mesmo tempo, deve-se observar o devido processo legal, exigindo-se, em cada situação em que haja pronunciamento acerca da existência de atividade inventiva, avaliação técnica minuciosa e investigação das conclusões do perito, que devem ser objetivamente motivadas.⁵⁷

As patentes fraudulentas, ou que não observem quaisquer dos requisitos para sua concessão, são, no direito brasileiro, nulas.⁵⁸ A comprovação em juízo da nulidade da patente depende de perícia técnica e o ônus da prova incumbe àquele que a alega.

No Brasil, instaurou-se debate acerca dos limites da competência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) para a análise de requisitos para a concessão de patentes sobre medicamentos, havendo, inclusive, casos em que a Justiça determinou que a o parecer desta agência fosse refeito.⁵⁹ A leitura da Lei 9.279/1996 leva à conclusão de que a Anvisa não deve avaliar os requisitos de patenteabilidade, mas se limitar a dizer se o medicamento é, ou não, nocivo à saúde humana. Não cabe à Anvisa pronunciar-se acerca dos requisitos de patenteabilidade.⁶⁰

55. BARBOSA, Denis Borges. Atividade inventiva: objetividade do exame. p. 5. Disponível em: [www.denisbarbosa.addr.com/atividade.pdf]. Acesso em: 10.09.2012. Na indústria de medicamentos, concedem-se patentes sobre: (a) a composição química do princípio ativo; (b) o método por meio do qual se chegou ao resultado; (c) a forma física (solução, cápsula, comprimido...) e a forma de administração (oral ou injetável); (d) a destinação do medicamento para o tratamento de patologia distinta da originária.

56. SALOMÃO FILHO, Calixto, op. cit., p. 135.

57. BARBOSA, Denis Borges, op. cit., p. 5.

58. Art. 46 da Lei 9.279, de 14.05.1996.

59. Cf. *Valor Econômico*. Justiça anula pareceres da Anvisa sobre patentes. 31.08.2012.

60. Na Lei 9.279/1996, lê-se: “Art. 229-C. A concessão de patentes para produtos e processos farmacêuticos dependerá da prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa”. Apesar de o dispositivo não deixar claro em relação a que matérias deve a Anvisa anuir, a interpretação sistemática leva à conclusão de que a

Trata-se de controvérsia regulatória altamente danosa aos consumidores. A insegurança acerca da competência dos órgãos atrasa o processo de concessão de patentes e fornece subsídios para que os fabricantes de medicamentos de marca protejam a entrada de genéricos no mercado. A integração entre Instituto Nacional da Propriedade Industrial (Inpi) e Anvisa é fundamental para que as competências legais sejam observadas, sem que haja prejuízo à qualidade técnica da análise.⁶¹

Nos Estados Unidos, o *Patent and Trademark Office* (“PTO”), órgão responsável pela concessão de patentes, tem sido alvo de críticas por conceder patentes sobre invenções que não cumprem o requisito da novidade, em decorrência de sua “má compreensão do estado da arte” em algumas matérias.⁶²

Com o desenvolvimento tecnológico, é natural que as questões relativas à concessão de patentes tornem-se mais complexas, o que não pode, no entanto, constituir um entrave à concorrência. Portanto, a integração entre as diversas autoridades, com o escopo de ampliação da capacidade técnica, é fundamental para a defesa da concorrência.

4.2 O abuso do direito de petição

No direito brasileiro, o direito de petição não está imune às preocupações do direito concorrencial. Em 2008, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) pronunciou-se, no sentido da aplicabilidade da doutrina do *sham litigation* no direito brasileiro, sendo necessário, para tanto, demonstrar-se:

“(a) que a ação proposta é, por completo, carecedora de embasamento, sendo certo que nenhum litigante razoável poderia, de forma realista, esperar que sua pretensão fosse deferida; e (b) que a ação proposta mascara um instrumento anticompetitivo, ou seja, constitui uma tentativa de interferência direta na

anuência deve ser em relação a matérias de sua competência, dentre as quais não se encontra a avaliação dos requisitos de patenteabilidade (cf., sobre as competências da Anvisa, Lei 9.782, de 26.01.1999).

61. A crescente aproximação entre os órgãos não significa, no entanto, que a autoridade antitruste deva envolver-se na concessão de direitos de propriedade intelectual. A grande maioria dos pedidos de patente não envolve qualquer preocupação antitruste, de modo que tal medida implicaria em custos adicionais desnecessários ao processo de concessão (cf. MARTINEZ, Ana Paula. Concorrência e propriedade intelectual, apresentação à Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – Fiesp. jun. 2011. Disponível em: [www.fiesp.com.br]. Acesso em: 04.10.2012).

62. SHAPIRO, Carl, op. cit., p. 394.

relação comercial com um concorrente por meio do uso do aparelho judiciário/administrativo.”⁶³

Apesar de, neste caso, não ter havido condenação pelo uso ilegítimo do direito de peticionar, os votos dos Conselheiros convergiram em relação à possibilidade de se considerar anticompetitiva uma conduta praticada no exercício do direito de petição.⁶⁴

A conclusão contrária, ou seja, no sentido de que a punição de tal conduta anticoncorrencial não seria possível, haja vista o direito fundamental de petição, não possui consistência dogmática. Os princípios constituem normas que impõem a realização de algo na maior medida possível, consoante as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.⁶⁵ Interpretar o direito de petição a ponto de se impedir a sanção de seu abuso, seria ignorar diversos outros dispositivos, que expressam deveres definitivos, previstos em nosso ordenamento.⁶⁶

Finalmente, em 2010, houve a primeira condenação por abuso do direito de petição, em caso no qual determinada empresa utilizava-se de processos judiciais com o escopo de eliminar “concorrentes, por diversos períodos e lapsos de tempo, por motivação esdrúxula e que várias e várias vezes, o Judiciário teve o trabalho de refutar os ardilosos argumentos utilizados pelas partes”.⁶⁷

63. Parecer da Secretaria de Direito Econômico no Processo n. 08012.004484/2005-51.

64. No voto do Conselheiro Olavo Chinaglia, por exemplo, lê-se: “inexiste, de fato, qualquer óbice no ordenamento jurídico brasileiro ao reconhecimento de que o abuso de direito de ação ou petição possa configurar infração à ordem econômica (...). Dado seu claro potencial anticompetitivo, o abuso de procedimentos judiciais não pode escapar à aplicação das normas de concorrência”. Também o relator, em relação ao direito de petição (art. 5.º, XXXIV, *a*, da CF/1988), asseverou que: “o fato de um direito ser reputado relevante a ponto de figurar na Constituição não significa que o seu abuso não seja punível na forma da lei” (Processo 08012.004484/2005-51, j. 18.08.2010).

65. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. RT 798/24. Este autor expressa posicionamento acerca da matéria que é predominante na doutrina e na jurisprudência brasileiras sobre o tema.

66. Cf., e.g., art. 36 da Lei 12.529/2011, que é expresse ao estabelecer que as infrações econômicas podem ser verificadas em “atos sob qualquer forma manifestados”; os arts. 16 e 17 do CPC, que versam sobre a responsabilidade das partes por danos processuais; o art. 187 do CC/2002, que dispõe sobre a ilicitude do abuso de direito.

67. Processo 08012.004283/2000-40, j. 15.12.2010. Neste caso, o relator assim se pronunciou: “Portanto, parece ser algo muito tranquilo e pacífico que as partes não podem se proteger da sua responsabilidade concorrencial, utilizando como justificativa

Desse modo, o exercício abusivo do direito de petição pode configurar infração à ordem econômica, nos termos do art. 36, I, da Lei 12.529, de 30.11.2011, o que se aplica, inclusive, no caso de o direito de petição dizer respeito a direito de propriedade intelectual.

4.3 Os acordos de patentes como ilícito concorrencial

A partir do art. 36 da Lei 12.529/2011, infere-se que, para que determinada conduta seja considerada uma infração à ordem econômica, a autoridade antitruste deve demonstrar que a conduta analisada tem por objeto ou pode produzir efeitos anticoncorrenciais, e não que a conduta tenha efetivamente produzido tais efeitos.

O Anexo I da Res. Cade 20/1999 estabelecia uma distinção entre “cartéis” e “outros acordos entre empresas”, por considerar que estes últimos exigem avaliação mais complexa, que deve levar em consideração potenciais eficiências econômicas envolvidas, e por envolverem efeitos anticompetitivos geralmente menores que os dos cartéis.⁶⁸ Em relação aos cartéis, apesar de a Resolução reconhecer que a conclusão acerca de sua ilegalidade não exija uma análise mais criteriosa, o critério da ilegalidade *per se* não é mencionado.

No entanto, o Cade já aplicou expressamente a regra de ilegalidade *per se*, em um caso em que se considerou que a comprovação da existência do cartel *hard-core* já bastaria para a configuração do ilícito concorrencial.⁶⁹

o seu direito de petição, visto que este não é absoluto ou mesmo imune à avaliação desta Autarquia. Sem entrar na celeuma se deve ou não importar o instituto de *sham litigation*, nas exatas proporções, nos restritos moldes norte-americanos ou se é possível ter uma visão mais ampla a respeito deste instituto, cumpre avaliar, no caso concreto, se há alguma razoabilidade na causa de pedir das requerentes no presente, ao buscar proteger um suposto direito de propriedade intelectual”.

68. Res. Cade 20, de 09.06.1999, DOU 28.06.1999.

69. Processo 08012.002127/2002-14, j. 13.07.2005. No voto de Conselheiro-relator, lê-se: “Por outro lado, os cartéis geram apenas os efeitos negativos do poder de mercado, sem qualquer efeito de aumento de eficiência. Portanto, cartéis, particularmente, cartéis clássicos são sem qualquer ambiguidade, nocivos ao bem-estar dos consumidores, e são consequentemente um delito *per se*, sem possibilidade de qualquer mitigação, por argumentos da regra da razão. (...) Portanto, estabelecidas as condições de existência de um cartel integral, alcança-se aquele *quantum probatório*, em que um decisão pode ser exarada. Desta forma, não há que se provar efeitos. Estudos econômicos nesse caso são desnecessários, controversos e irrelevantes para a caracterização da conduta ou da gravidade do ilícito.

Embora exista precedente admitindo a ilegalidade *per se* de determinadas condutas, esta regra não deve ser aplicada para casos relacionados aos *patent settlements*. Apesar dos robustos argumentos elencados pelos diversos autores em relação à inexistência de fundamentação econômica para os *reverse payments* extremamente elevados, a presunção de ilegalidade não condiz com a legislação antitruste brasileira, e representa clara violação aos direitos do detentor da patente.

Estes acordos podem, no entanto, ser considerados ilícitos concorrenciais, sem que se examinem questões de validade ou não infração da patente, caso se comprove que o processo a que o acordo se relaciona configura uma hipótese de abuso de direito de petição. Como se viu, as cortes estadunidenses têm se mostrado relutantes em analisar a validade e questões de infração de patentes em sede de antitruste. No entanto, a alternativa aplicada consiste em presunções acerca dos acordos, que não encontra guarida no direito brasileiro.

Assim, a análise dos casos de abuso de direito de ação, bem como a avaliação dos acordos de patentes, deve ser feita sob a égide da regra da razão, o que, invariavelmente, pode requerer a análise do mérito de questão relativa a direito de propriedade intelectual. Nesse sentido, há importante precedente do Cade, no qual houve referência à inconsistência do direito de propriedade intelectual invocado,⁷⁰ o que evidencia a propensão do Conselho a adotar esta alternativa para a defesa da concorrência.⁷¹

70. Processo 08012.004283/2000-40, j. 15.12.2010. O Conselheiro-relator, sobre o direito de propriedade intelectual invocado pela parte, assim se pronunciou: "Todavia, o roteiro do *shop tour*, por ser um programa destinado a vendas, não possui relação com artes ou ciências. E, mesmo se assim não fosse e se tivesse uma compreensão mais alargada do significado artístico, e deixando de lado, também, o propósito específico do registro na Biblioteca Nacional, deve-se considerar que o roteiro depositado não apresenta originalidade. Comerciais e vendas de produtos em programas existem desde os primórdios da televisão, sendo que o jeito descontraído de falar não pode ser uma propriedade de alguém. Como exemplo de programas anteriores (e específicos deste gênero) exibidos no Brasil, as representantes citaram um que teria sido transmitido em 1983 e 1984, por Celso Russomano. Aliás, mesmo este programa teria sido inspirado nos padrões de TV a cabo do mundo todo, especialmente dos Estados Unidos (...). Não há dúvidas de que se está frente a ações sem a nenhuma base jurídica (*objective baseless claims*), que acarretaram danos concorrenciais. É com base nesta visão mais geral, que compreendo ser dever desta Autarquia reprimir e condenar a empresa Box 3, nos termos do art. 20 e 21, IV e V da Lei 8.884/1994".

71. Para outros casos de destaque envolvendo direitos de propriedade intelectual no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, cf. MARTINEZ, Ana Paula, op. cit.

5. CONCLUSÃO

A propriedade industrial constitui caso especial de aplicação do direito concorrencial, e não se encontra imune às normas de infração à ordem econômica. As autoridades antitrustes devem, por conseguinte, coibir os abusos advindos do exercício irregular de direitos de patente.

A defesa da concorrência no setor farmacêutico depende de um sistema regulatório eficiente, com competências bem delimitadas e cooperação técnica entre os diversos órgãos. Com efeito, também a integração entre as autoridades antitruste e os órgãos regulatórios é fundamental para a atuação preventiva na defesa da concorrência.

Nesse sentido, vale ressaltar importante iniciativa da SDE, que, em conjunto com o Inpi e a Anvisa, intenciona mapear entraves à concorrência no setor.⁷² A SDE tem monitorado os pedidos de extensão de patentes, com o escopo de impedir o prolongamento indevido destes direitos. Também foram solicitadas às empresas informações acerca de possíveis acordos de direitos patentários firmados por fabricantes de medicamentos de referência e fabricantes de genéricos.⁷³

Nos últimos anos, observaram-se importantes avanços na jurisprudência do Cade em relação ao enfrentamento de questões relativas ao abuso do direito de petição, definindo-se critérios essenciais para a defesa da concorrência no mercado de medicamentos. Assim, verificado que a ação carece de embasamento, e observado que a ação mascara artifício anticompetitivo para prejudicar os negócios do concorrente, tem-se a possibilidade de configuração de ilícito concorrencial.

72. Cf. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. SDE monitora setor de medicamentos. 18.01.2010. Disponível em: [www.progenericos.org.br/index.php/noticias/150-sdemonitorasetorfarmaceutico]. Acesso em: 05.10.2012. O monitoramento iniciou-se em janeiro de 2010 e está em andamento.

73. De acordo com relatório divulgado recentemente pela Comissão Europeia, o monitoramento do setor farmacêutico na Europa engendrou a redução do número de acordos envolvendo o pagamento reverso. As estatísticas também demonstram que são infundados os argumentos no sentido de que o monitoramento força as empresas a litigarem até o fim em disputas sobre patentes, já que, em contraposição à redução dos acordos com *reverse payment*, houve aumento substancial no número de acordos que não obtem a entrada de genéricos no mercado (cf. EUROPEAN COMMISSION. 3rd Report on the Monitoring of Patent Settlements – Period: January-December 2011. 25.07.2012. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/patent_settlements_report13_en.pdf]. Acesso em: 05.10.2012.

Além disso, caso as partes que litigam acerca de direito patentário entrem em acordo para por fim ao litígio, este acordo pode configurar infração à ordem econômica, se representar alternativa menos benéfica aos consumidores que a continuação do litígio. Esta modalidade de ilícito se faz presente, essencialmente, nas hipóteses em que há o pagamento reverso, do autor ao réu, conforme expusemos.

No setor farmacêutico, seu principal efeito é a protelação da entrada de genéricos no mercado, o que beneficia as partes que celebram o acordo, mas causa elevados prejuízos aos consumidores. O principal desafio no julgamento deste tipo de questão consiste no enfrentamento de questões concernentes à propriedade intelectual em sede de antitruste, do qual se espera grande evolução nos próximos anos, em virtude da crescente importância do tema no cenário internacional.

6. BIBLIOGRAFIA

- BARBOSA, Denis Borges. Atividade inventiva: objetividade do exame. Disponível em: [www.denisbarbosa.addr.com/atividade.pdf]. Acesso em: 10.09.2012.
- COLEMAN, Deborah. Antitrust issues in the litigation and settlement of infringement claims. *Akron Law Review*. vol. 37. 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. A transferência empresarial de tecnologia para países subdesenvolvidos: um caso típico de inadequação dos meios aos fins. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. n. 47. ano XXI. 1982.
- COTTER, Thomas. Antitrust implications of patent settlements involving reverse payments: defending a rebuttable presumption of illegality in light of some recent scholarship. *Antitrust Law Journal*. vol. 71. 2004.
- DOLIN, Gregory. Reverse settlements as patent invalidity signals. *Harvard Journal of Law & Technology*. vol. 24. n. 2. 2011.
- EUROPEAN COMMISSION. 3rd Report on the Monitoring of Patent Settlements – Period: January-December 2011. 25.07.2012. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/sectors/pharmaceuticals/inquiry/patent_settlements_report3_en.pdf]. Acesso em: 05.10.2012.
- FEDERAL TRADE COMMISSION. Generic drug entry prior to patent expiration. jul. 2002. Disponível em: [www.ftc.gov/os/2002/07/genericdrugstudy.pdf]. Acesso em: 13.09.2012.
- _____. Pay-for-delay: How drug company pay-offs cost consumer billions. jan. 2010. Disponível em: [www.ftc.gov/os/2010/01/100112payfordelayrpt.pdf]. Acesso em: 08.09.2012.
- HEMPHILL, C. Scott. Paying for delay: pharmaceutical patent settlement as a regulatory design problem. *New York University Law Review*. vol. 81. 2006.

- FAGERLUND, Niklas; RASMUSSEN, Soren Bo. AstraZeneca: the first abuse case in the pharmaceutical sector. *Competition Policy Newsletter*. n. 3. 2005.
- HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and patent law analysis of pharmaceutical reverse payment settlements. 2011. Disponível em: [<http://ssrn.com/abstract=1741162>]. Acesso em: 03.08.2012.
- MARTINEZ, Ana Paula. Concorrência e propriedade intelectual, apresentação à Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – Fiesp. jun. 2011. Disponível em: [www.fiesp.com.br]. Acesso em: 04.10.2012.
- MOTTA, Ricardo Casanova. O lançamento de medicamento genérico, pelo detentor da patente, antes do fim da proteção patentária: uma análise concorrencial. *Revista do Ibrac – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. vol. 20. p. 111. São Paulo: Ed. RT, jul. 2011.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SCHILDKRAUT, Mark. Patent-splitting settlements and the reverse payment fallacy. *Antitrust Law Journal*. vol. 71. p. 1034-1068.
- SHAPIRO, Carl. Antitrust limits to patent settlements. *Rand Journal of Economics*. vol. 34. n. 2. p. 391-411. 2003.
- SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à Justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*. vol. 798. p. 23. São Paulo: Ed. RT, abr. 2002.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property. 1995. Disponível em: [www.ftc.gov/bc/0558.pdf]. Acesso em: 09.09.2012.
- VARDNER, Joseph. The Statutory Presumption of Patent Validity in Antitrust Cases. *Harvard Journal of Law & Technology*. vol. 25. 2011.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e proteção das patentes farmacêuticas no contexto do acordo TRIPS-OMC: implicações concorrenciais, de Paulo Eduardo Lilla – RIBRAC 11/33;

- Aspectos relevantes da revisão judicial da decisão do Cade contra o cartel dos genéricos, de Leopoldo Pagotto e Kathleen Karen Alves – *RIBRAC* 21/471;
- Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP, de Pedro Dutra – *RIBRAC* 9/35;
- Isenção antitruste para cartel de exportação: qual o caminho?, de Ana Paula Martinez – *RIBRAC* 17/38;
- Lei antitruste, de Gastão Alves de Toledo – *RTrib* 11/241; e
- Sistema brasileiro de concorrência e regulação, de Vários Autores – *RIBRAC* 7/145.

Política Concorrencial

O SUPERCADÉ E OS CAMPEÕES NACIONAIS – POLÍTICA INDUSTRIAL E DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL



MATHEUS DE MELLO DE ASSUNÇÃO

Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial

RESUMO: O presente trabalho busca analisar a inter-relação entre política industrial e defesa da concorrência no Brasil atual. O trabalho apresenta possíveis confrontos jurídicos e econômicos entre as políticas na teoria, com destaque para a questão da inovação. Por fim, sugere uma forma de solucionar esses conflitos e se obter uma relação mais harmoniosa entre as políticas.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste – Defesa da concorrência – Política industrial – Cade – SuperCade – BNDES.

ABSTRACT: This study aims to analyze the interrelationship between industrial policy and antitrust policy in Brazil today. The paper presents possible legal and economic confrontations between policies in theory, with emphasis on the issue of innovation. Finally, it suggests a way to resolve these conflicts and to achieve a more harmonious relationship between those policies.

KEYWORDS: Antitrust – Industrial policy – Cade – SuperCade – BNDES.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Relações entre política industrial e antitruste – 3. Teoria: 3.1 Conflitos jurídicos; 3.2 Conflitos econômicos – 4. Análise do caso brasileiro – 5. Conclusão – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A chegada do Presidente Lula ao poder em 2003 marcou uma mudança da postura do Governo brasileiro em relação à intervenção na economia.¹ As-

1. Prêmio IBRAC TIM 2012 – Categoria: Graduação.

sociada ao ciclo de expansão pelo qual passava a economia mundial e à estabilidade monetária conquistada no Brasil, a nova política econômica buscou maior participação econômica do Estado. Durante os dois governos Lula e o posterior governo Dilma, adotaram-se políticas de estímulo explícito, inclusive com a formação de “campeões nacionais”. Isso contribuiu, entre outras coisas, para um maior número de fusões e aquisições entre empresas, gerando maiores concentrações em diversos mercados.

Por outro lado, a política de defesa da concorrência, ou política antitruste, como também é chamada, já é desde 1994, quando sua estrutura atual foi formada, uma atividade regulatória do Estado com objetivo de evitar a concentração econômica que leve ao exercício de poder de mercado. Adicionalmente, essa estrutura passou por uma reforma que amplia o seu poder regulatório e o seu grau de *enforcement* perante as fusões e aquisições entre empresas com a aprovação da Lei 12.529, de 30.11.2011.

Como conciliar essas duas políticas de Estado? Se a política industrial tende, intencional ou não intencionalmente, a produzir concentração entre empresas e a política de defesa da concorrência atua, a princípio, contra a concentração econômica, o que pode ser feito para que uma política não trabalhe em contraposição à outra e que recursos públicos não sejam desperdiçados nesse interim?

O trabalho busca contribuir com a literatura que discute as interfaces entre política industrial e antitruste no Brasil. A despeito de tais políticas serem intrinsecamente relacionadas, análises a respeito ainda são muito escassas. Prevalcem trabalhos tratando exclusivamente de uma das duas áreas, com outros focos que não a concentração industrial gerada por uma e combatida pela outra.

Este trabalho tem por objetivo apresentar uma análise da relação entre política antitruste e política industrial, especialmente pelo seu maior elo: a questão da inovação. O trabalho também irá tratar da relação recente entre a política industrial e a defesa da concorrência no Brasil e suas interfaces. O trabalho avalia a complementaridade e os conflitos existentes entre as políticas e aponta possíveis soluções e arranjos que reduzam esses conflitos e auxiliem a aplicação ótima das políticas.

Está estruturado em duas seções, além desta introdução e de uma conclusão. A primeira seção discute a teoria a respeito da relação entre o antitruste e a política industrial, tanto do prisma jurídico, como econômico. A segunda seção trata do caso brasileiro em específico. A conclusão encerra o trabalho.

2. RELAÇÕES ENTRE POLÍTICA INDUSTRIAL E ANTITRUSTE

A política industrial: “(...) é a criação, implementação, coordenação e o controle estratégico de instrumentos destinados a ampliar a capacidade produtiva e comercial da indústria, a fim de garantir condições concorrenciais sustentáveis nos mercados externo e interno”.²

Sendo assim, nota-se que a política industrial não pode desconsiderar a questão concorrencial por completo, sendo a competitividade, inclusive interna, um de seus principais objetivos.

Apesar disso, a intervenção do governo deve focar-se na correção de falhas de mercado, entre as quais se encontram as economias de escala e os bens públicos.³ Ao lidar com esses problemas, muitas vezes, o governo acaba por gerar concentração de mercado.

“A dinâmica da organização industrial calcada na organização e no crescimento das firmas gera assimetrias muitas vezes traduzidas no abuso de poder de mercado. Esse processo ganha grandes dimensões quando findo o processo de reforma patrimonial, com o advento das concessões e privatizações. A dinâmica tecnológica também impõe mudanças radicais na estruturação de mercados, com fusões, aquisições e alterações de controle acionário, entre outros fatores”.⁴

A concentração de mercado não necessariamente é prejudicial ao bem-estar agregado, uma vez que pode ser até necessária, como no caso dos monopólios naturais, onde a provisão eficiente de um recurso só pode ser gerada caso seja feita por uma única firma.⁵ Em outros, é necessário que haja alguma concentração (ainda que não total) para a provisão eficiente do bem, quando existem economias de escala.

Ainda assim, é possível que o Estado, ao intervir junto a um setor específico gere ou favoreça o estabelecimento de uma concentração que termina por propiciar o exercício de poder de mercado e, assim, reduzir o bem-estar

-
2. CAMPANARIO, M. A.; SILVA, M. M. Fundamentos de uma nova política industrial. In: FLEURY, M. T. L.; FLEURY, A. (org.). Política industrial. São Paulo: Publifolha, 2004. p. 14.
 3. COHEN, E. Theoretical foundations of industrial policy. *EIB Papers* 4/2006, European Investment Bank, Economics Department, 2009. RODRIK, D. *Industrial policy: don't ask why, ask how*. *Middle East Development Journal*, Demo Issue, p. 1-29, 2008.
 4. CAMPANARIO, M. A.; SILVA, M. M. Op. cit., p. 34-35.
 5. ROSEN, Harvey S. *Public finance*. New York: McGraw Hill/Irwin, 2005.

do consumidor. Nesse caso, uma resposta possível seria avaliar o bem-estar agregado.⁶

Emblemáticos a esse respeito são os casos das fusões recentes de frigoríficos brasileiros, quando a participação do BNDES foi fundamental para que os frigoríficos JBS/Friboi, Bertim e Marfrig se consolidassem como “campeões nacionais” e grandes exportadores.⁷ As fusões e aquisições em questão geraram uma grande concentração no mercado nacional de carne bovina.

Antes que se possam analisar os atos de concentração envolvendo a política industrial no Brasil, é necessário que se observe como a questão é tratada na literatura e em casos de outras jurisdições antitruste, como os Estados Unidos e a União Europeia, que, além de serem as duas maiores economias mundiais (considerando-se a UE como um todo), contam com autoridades de defesa da concorrência bastante estabelecidas e com uma larga jurisprudência.

3. TEORIA

3.1 *Conflitos jurídicos*

Analisando o caso específico dos EUA, existem três fontes de tensões entre a política industrial e o antitruste: (a) as exceções formais às leis antitruste; (b) as ações federais em discordância com essas leis; (c) e as ações dos 50 estados.⁸

O *Report and Recommendations da Antitrust Modernization Comission* lista mais de 30 exceções legais ou judiciais (inclusive parciais) à legislação federal. Entre elas encontram-se: cooperativas agrícolas, cooperativas de pesca, seguros, associações de exportação, *joint ventures* de cooperativas de pesquisa, *joint ventures* de jornais “conferências” de navegação oceânica e baseball profissional.⁹

Ações governamentais que limitam a competição, ou distorcem o produto final que os mercados gerariam, estão claramente em desacordo com o espírito da legislação antitruste, mesmo que não haja conflito legal explícito. Assim, são anticompetitivas:

6. WILLIAMSON, O. E. Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs. *The American Economic Review*, vol. 58, n. 1. p. 18-36.

7. ALMEIDA, M. Desafios da real política industrial brasileira do século XXI. Texto para discussão n. 1452. Brasília: Ipea, 2009.

8. WHITE, L. J. Antitrust policy and industrial policy: A view from the U.S. *Working Paper #EC-08-02*. Stern School of Business, New York University, 2008.

9. Idem.

- atividades de proteção comercial, como tarifas, quotas e medidas *antidumping*;
- políticas agrícolas que subsidiam e protegem agricultores americanos;
- políticas do tipo “Buy American”;¹⁰
- disposições de impostos ou subsídios que favorecem seletivamente umas indústrias sobre as outras;
- as políticas do U.S. *Department of Defense* e da *National Aeronautics and Space Agency* (Nasa), que promovem o desenvolvimento tecnológico exclusivamente por meio de companhias americanas.

A política antitruste americana tem sido geralmente mais flexível em acomodar restrições à concorrência que propiciem eficiência do que é geralmente reconhecido. Como exemplo, as ligas esportivas, que têm regras restringindo alguns aspectos competitivos em nome da qualidade do “produto” oferecido aos fãs. Além disso, também tem sido permitido que grupos de firmas estabeleçam padrões tecnológicos únicos.¹¹

Apesar disso, a política de defesa da concorrência não pode se dirigir às outras falhas de mercado como externalidades em saúde, educação, meio ambiente, problemas de bens públicos ou de informação assimétrica, as quais são objeto da política industrial. Ainda assim, ressalta para o perigo de “interesses concentrados” ou “captura” nessas intervenções.¹²

Analisando o caso europeu, por outro lado, Strohm explicita a posição da *European Commission* de que a política industrial é parte do chamado “compromisso europeu” de focar-se no crescimento econômico e no emprego. O autor menciona também que a globalização transformou as formas tradicionais de produção industrial, com cadeias de produção mundialmente integradas e um padrão de competição internacional mais alto. Apesar disso, ele ressalta que a maioria dos setores na União Europeia teve um bom desempenho em comparação com os mesmos setores em países desenvolvidos não pertencentes ao bloco.¹³

Strohm observa que, como obstáculos, existem: (a) um diferencial no crescimento da produtividade entre EUA e UE; (b) uma concentração da produção europeia em setores com intensidade tecnológica média-alta e de baixa a inter-

10. Políticas que dão preferência a produtos nacionais nas compras do governo.

11. WHITE, L. J. Op. cit.

12. Idem.

13. STROHM, A. Competition policy at war with industrial policy? *EIB Papers* 4/2006. European Investment Bank, Economics Department, 2009.

mediária intensidade de trabalho capacitado; e (c) uma competição internacional pela alocação de P&D na qual a Europa está em condições desfavoráveis.¹⁴

O autor afirma que o padrão de bem-estar adotado influencia as decisões do órgão regulatório e tem consequências na avaliação dos atos de concentração. Além disso, ressalta que a escolha do padrão a ser adotado é uma escolha política. O autor contrapõe o paradigma ECD à defesa das eficiências propostas por Williamson e diz ter sido adotada na UE uma abordagem integrada onde os ganhos de eficiência são tidos como parte da concorrência e fonte de possível ganho ao consumidor.

3.2 Conflitos econômicos

Entre os conflitos estritamente econômicos entre política industrial e defesa da concorrência, destaca-se a questão da inovação. A capacidade de inovar é chave tanto nas abordagens neoclássicas de política industrial, onde pode envolver fortes externalidades e problemas de informação assimétrica, como, especialmente, na abordagem neo-schumpeteriana, onde a inovação é o motor principal do crescimento.

A princípio, preocupa-se que a restrição à concentração econômica restrinja também a capacidade das firmas de inovar. Entende-se, no panorama neo-schumpeteriano, que as firmas inovam para que possam desfrutar de um poder temporário de mercado e a maior lucratividade dele decorrente. Ou seja, que algum grau de concentração poderia ser necessário para que as firmas tivessem seu incentivo para inovar máximo. Sendo assim, a autoridade antitruste poderia incorrer em um erro tipo II ao impedir uma fusão que poderia trazer benefícios na forma de progresso técnico.¹⁵ Mas a concentração seria sempre benéfica à inovação?

Foi tentando responder a essa pergunta que Howitt et al fizeram um estudo econométrico utilizando dados em painel de firmas listadas na *London Stock Exchange* e as patentes organizadas pelo *National Bureau of Economic Research* (NBER) dos EUA para estimar o efeito da concentração (medida pelo índice de Lerner) na inovação (aproximada pelas patentes, ponderadas pelo número de citações em outras patentes).¹⁶

14. Idem.

15. JOSKOW, Paul L. Transaction cost economics, antitrust rules, and remedies. *The Journal of Law Economics and Organization*, vol. 18, n. 1, p. 95-116.

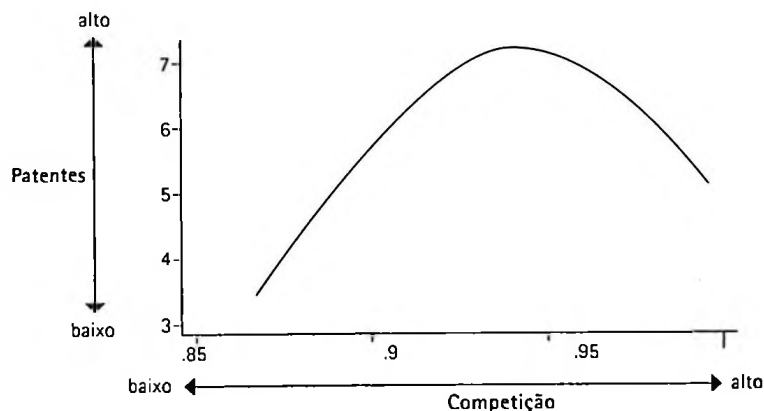
16. HOWITT, P. et al. Competition and innovation: an inverted-u relationship. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 120, n. 2, p. 701-728.

Howitt et al usaram dados do Reino Unido para analisar o efeito das grandes reformas ocorridas durante os anos 1970 e 1980 sobre o padrão de competitividade das indústrias ao longo do tempo. Essas reformas, tomadas como experimentos naturais (choque exógenos à competitividade) foram o *European Single Market Program* e as reformas impostas pelo *Monopolies and Mergers Commission*, a autoridade antitruste daquele país.¹⁷

Os autores identificaram os dois efeitos já observados na literatura da competitividade sobre a inovação simultaneamente, cada um se sobrepondo em uma parte do espectro de níveis competitivos. Esses efeitos são chamados de *escape competition effect*, no qual firmas de tamanhos parecidos inovam para vencer seus competidores e conseguir lucros monopólicos e *competition effect*, no qual a competição reduz o incentivo para firmas retardatárias investirem em inovação.

Assim, Howitt et al chegaram à conclusão de que a relação entre a concentração de uma certa indústria e o nível de inovação que ela realiza apresenta a forma de um “u invertido”, produzido pelo equilíbrio entre os efeitos supracitados, como pode ser observado no Gráfico 1 abaixo. Ou seja, à medida que a concentração da indústria aumenta, também aumenta o número de inovações produzidas pelas firmas que fazem parte daquela indústria (o “*escape competition effect*” se sobrepõe). Isso ocorre até certo nível, quando o aumento da concentração na indústria começa a reduzir as inovações (“*competition effect*” se sobrepõe).

Gráfico 1 – Estimação de Howitt et al com função quadrática exponencial com dummies de ano e indústria depois de controlada para endogeneidade



Fonte: Adaptado de: [www.stanford.edu/~nbloom/index_files/Page315.htm]. Acesso em: 21.08.2012.

17. Idem.

O Gráfico 1 acima mostra a relação quadrática de concavidade para baixo entre inovação e competição, obtida por Howitt et al utilizando uma forma funcional exponencial quadrática e *dummies* de ano e indústria (para que efeitos temporais e industriais fossem eliminados). Do gráfico pode-se notar que a concentração e a inovação tem uma correlação positiva até certo ponto, o vértice da parábola. A partir desse ponto uma maior concentração passa a ser prejudicial à inovação, fazendo com que apresentem uma correlação negativa.

A concentração econômica pode, até certo ponto então, ser benéfica para o desenvolvimento tecnológico e fazer parte de uma política industrial com foco em inovação, como o Plano Brasil Maior do governo Dilma (MINISTERIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR, 2012). Isso, entretanto pode ir de encontro à política antitruste. Além disso, questões jurídicas ou de políticas públicas podem gerar conflitos entre as políticas industrial e de defesa da concorrência conforme foi explorado acima seguindo os estudos de White (2008) e Strohm (2009). A seguir, analisar-se-á como esses conflitos entre as políticas acontecem no caso brasileiro.

4. ANÁLISE DO CASO BRASILEIRO

A postura do governo brasileiro frente à política industrial mudou recentemente, dando-lhe uma relevância que não tinha desde o início da década de 90, quando foi minimizada em nome de outras prioridades na agenda econômica. Além disso, a política de defesa da concorrência também está em franca transformação no Brasil, com a promulgação da Lei 12.529/2011 dando-lhe mais poder e relevância.

Num cenário onde tanto a política industrial quanto a política de defesa da concorrência encontram-se enfatizadas, quais as relações que elas apresentam no Brasil? O Plano Brasil Maior e os “campeões nacionais” podem conviver em harmonia com o SuperCade?

Um campeão nacional é: “(...) uma grande empresa nacional que tenha participação importante no mercado interno do país de origem, seja alvo de política industrial, compita, de fato ou potencialmente, no mercado internacional e atue em um setor considerado estratégico pelo Estado de seu país de origem”.¹⁸

Teixeira menciona como fatores que contribuem para o aparecimento de vários campeões nacionais no Brasil: (a) o processo de forte internacionaliza-

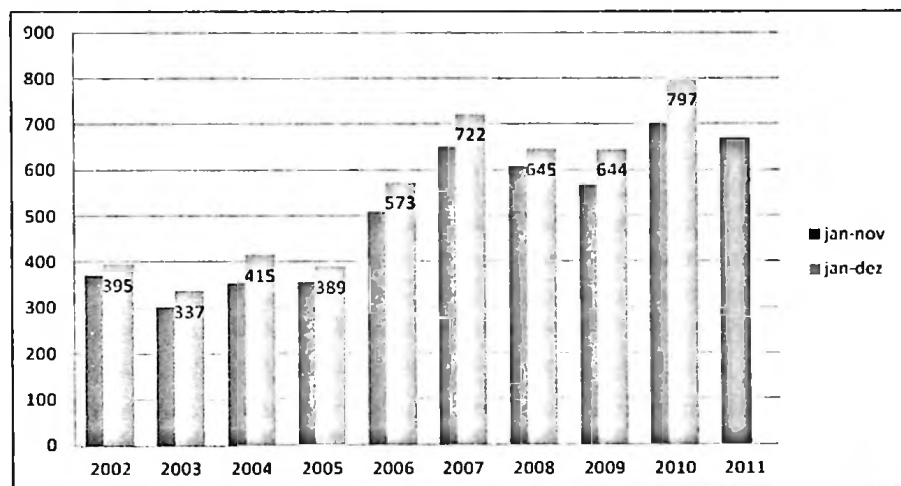
18. TEIXEIRA, Lucas Mendes de Freitas. Interface entre a defesa da concorrência e política industrial: o desafio dos campeões nacionais. RIBRAC 20.

ção da economia brasileira; (b) a tendência de concentração em vários setores, já ressaltada por outros autores¹⁹ e estimulada pela liquidez do mercado internacional e as ações do BNDES; (c) a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP); e (d) a política externa que objetiva que o Brasil possua um maior protagonismo no cenário internacional.

Quanto ao primeiro fator, ele é influenciado pelo próprio crescimento relativo do PIB brasileiro, o que gera uma tendência de compra de empresas internacionais por parte das multinacionais brasileiras. Exemplo disso é a aquisição do frigorífico americano Swift, pela empresa brasileira J&F Participações, controladora do frigorífico JBS-Friboi, que se tornou então líder mundial no mercado de carne bovina.²⁰

A tendência da concentração em diferentes setores pode ser percebida pelo crescimento acentuado do número de fusões e aquisições no país, que apresentaram uma média anual de 384 entre 2002 e 2005 e subiram para uma média anual de 676 entre 2006 e 2009, como pode ser observado no gráfico 2 abaixo:

Gráfico 2 – Total de fusões e aquisições anunciadas por ano



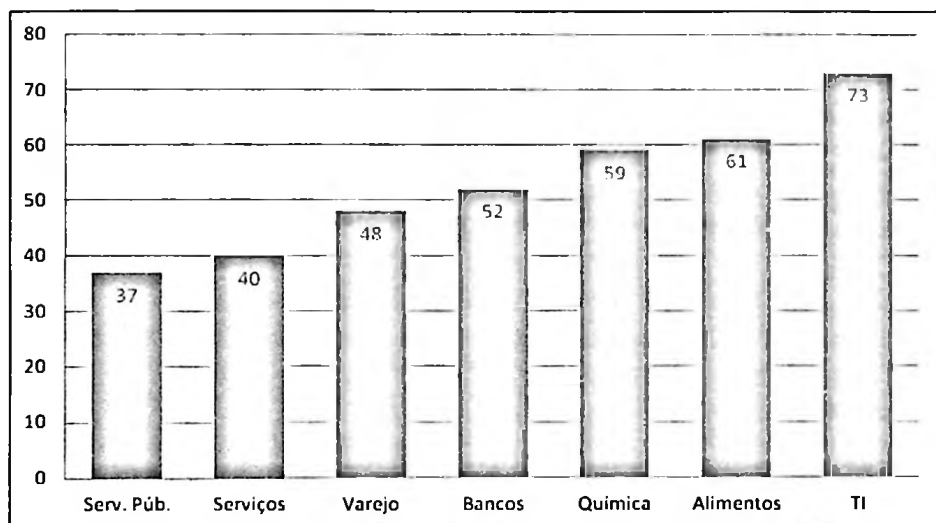
Fonte: Fusões e Aquisições no Brasil, nov. 2011. Pricewaterhouse Coopers (2011).

19. AMANN, E.; BAER, W. Neo-liberalism and market concentration in Brazil: The emergence of a contradiction? *The Quarterly Review of Economics and Finance*, vol. 48, n. 2. p. 252-262.

20. Informação de: [www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u300+65.shtml]. Acesso em: 04.08.2012.

Interessante a esse respeito é o fato de que o setor que mais apresentou fusões durante o último ano observado, 2011, foi o setor de TI, um setor claramente centrado em inovação, o que vai ao encontro da tese supramencionada de Howitt et al. O setor de TI apresentou, no acumulado até novembro de 2011, 73 fusões e aquisições anunciadas, seguido pelos setores de Alimentos (61), Química (59), Bancos (52) e Varejo (48), conforme pode ser observado no Gráfico 3 abaixo.²¹

*Gráfico 3 – Setores com maior volume de transações
(acumulado novembro de 2011)*



Fonte: Fusões e Aquisições no Brasil, nov. 2011. Pricewaterhouse Coopers (2011).

O BNDES tem importante participação nesse processo de concentração, em especial quando se tratam de grandes empresas. O Banco atua como fonte de financiamento para as operações ou como comprador de parte das empresas por meio de sua subsidiária, a BNDES Participações S.A. (BNDESPAR). O autor ressalta que em 2009 o BNDES participou das fusões/aquisições ocorridas entre Oi/Brasil Telecom, Sadia/Perdigão, JBS/Friboi, Sataelisa/Vale e Votoran-

21. PRICEWATERHOUSE COOPERS. *Fusões e aquisições no Brasil*, nov. 2011. Disponível em: [www.pwc.com.br/pt/estudos-pesquisas/fusoes-aquisicoes.html]. Acesso em: 04.06.2012.

tin/Aracruz, explicitando a política do banco de estimular o surgimento de campeões nacionais.²²

Em adição à atuação do BNDES, muitas das multinacionais brasileiras criadas por meio de processos de fusões e aquisições têm também participação de fundos de pensão estatais ou parcerias com empresas estatais ou empresas com relações com o governo. Segundo listagem realizada por Almeida, “80% das 30 maiores empresas multinacionais brasileiras se relacionam com o governo, seja por meio de participação direta do BNDESPar e/ou fundos de pensão estatais, seja por meio de parcerias com a Petrobras”.²³

A política industrial brasileira tem como justificativa a inserção mais forte do país no comércio internacional e o desenvolvimento tecnológico, o que pode, segundo a tese de Howitt et al vista na seção anterior, justificar uma maior concentração em certas indústrias. Apesar disso, caso seguido o critério de Williamson, deve haver um ganho líquido de bem-estar para que as fusões sejam benéficas à sociedade e, de qualquer maneira, elas não podem contrariar a legislação.

Como a legislação de defesa da concorrência e o SBDC se relacionam com essa política de criação de campeões nacionais, fortemente concentradora por parte do Governo, principalmente por meio do BNDES? Que tipo de conflitos entre a política industrial e a defesa da concorrência tem ocorrido no Brasil?

Juridicamente, dois fatores se destacam no antitruste brasileiro. Em primeiro lugar, ao contrário da autonomia estadual americana, conforme já citado e apresentado por White, o antitruste brasileiro, estabelecido na Constituição Federal, aplica-se a todos os Estados membros da federação, sem qualquer autonomia estabelecida constitucional ou legalmente por parte dos mesmos no que diz respeito à sua aplicação. Conforme o art. 2.º da Lei 12.529/2011: “Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”.²⁴

Além disso, de acordo com Teixeira a relação jurídica entre política industrial e defesa da concorrência já era apresentada no art. 54 da Lei 8.884/1994, que trazia, em seu § 2.º. “Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições pre-

22. ALMEIDA, M. Op. cit.; TEIXEIRA, Lucas Mendes de Freitas. Op. cit.

23. ALMEIDA, M. Op. cit., p. 47.

24. TEIXEIRA, Lucas Mendes de Freitas. Op. cit., p. 26.

vistas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final”.

A lei menciona que as razões “da economia nacional e do bem comum” legitimam os atos de concentração. A mesma lei, entretanto, coloca que mesmo esses motivos subordinam-se ainda ao bem-estar do consumidor, que não deve ser prejudicado. Sendo assim, a lei abre margem para a aprovação de atos de concentração por motivos de política industrial, mas apenas se não prejudicarem o consumidor.

Na nova Lei de Defesa da Concorrência, essas exceções para rejeição de atos de concentração ficaram um pouco mais claras, constando do art. 88 da Lei: “§ 6.º Os atos a que se refere o § 5.º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I – cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”.

Como se pode notar, a lei incorpora explicitamente a possibilidade levantada pelos já citados Howitt et al de a concentração ser propiciadora da “eficiência e o desenvolvimento tecnológico”. Apesar disso, mantém a necessidade de observância do bem-estar dos consumidores que devem receber “parte relevante dos benefícios decorrentes” dos atos de concentração que se encaixarem em alguma das exceções acima.

A nova lei de defesa da concorrência também reestrutura o SBDC, que passa a ser composto apenas pela Seae e pelo Cade, agora formado por: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica; Superintendência Geral e Departamento de Estudos Econômicos. Isso cria novas possibilidades de relacionamento entre a política antitruste e a política industrial.

Por um lado, a lei determina que ao Plenário do Tribunal, aos Conselheiros do Tribunal, à Superintendência-Geral e à Seae compete: “requisitar informações e documentos de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades, públicas ou privadas, mantendo o sigilo legal quando for o caso”. Aí se encaixam inclusive os já citados órgãos que executam a política industrial do Governo, aos quais o Cade pode requerer informações a respeito das intervenções para decidir sobre os atos de concentração.

Por outro lado, cabe à Superintendência-Geral “orientar órgãos e entidades da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta Lei” e ao Plenário do Tribunal “requisitar aos órgãos e entidades da administração pública federal e requerer às autoridades dos Estados, Municípios, do Distrito Federal e dos Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei”. Ou seja, o Cade, por meio de sua Superintendência-Geral e seu Plenário, pode e deve fazer com que outros órgãos públicos, executores de política industrial, se enquadrem na lei de concorrência, que, como vimos, coloca o bem-estar do consumidor como prioritário em processos envolvendo fusões e aquisições.

Finalmente, compete à Scae (art. 19 da Lei 12.529/2011), “promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade” cabendo-lhe, especialmente e entre outros:

“V – elaborar estudos setoriais que sirvam de insumo para a participação do Ministério da Fazenda na formulação de políticas públicas setoriais nos fóruns em que este Ministério tem assento;

VI – propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos da administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal que afetem ou possam afetar a concorrência nos diversos setores econômicos do País;

VII – manifestar-se, de ofício ou quando solicitada, a respeito do impacto concorrencial de medidas em discussão no âmbito de fóruns negociadores relativos às atividades de alteração tarifária, ao acesso a mercados e à defesa comercial, ressalvadas as competências dos órgãos envolvidos;

VIII – encaminhar ao órgão competente representação para que este, a seu critério, adote as medidas legais cabíveis, sempre que for identificado ato normativo que tenha caráter anticompetitivo.”

Caberia, portanto, ao SBDC em geral e à Scae em particular que disciplinassem a política industrial para que não prejudicasse os consumidores. A política industrial, como uma política de Governo, deve subordinar-se à legislação de defesa da concorrência que é superior a ela. Além disso, seria interessante que a política industrial, tanto por meio do MDIC, que a elabora, como por meio dos órgãos que a executam, como, especialmente o BNDES, fosse mais explícita nas suas intenções, para que não houvesse uma discordância entre essas e a política executada na prática, como ressalta Almeida (2009).

Por fim, é interessante que a política industrial tenha explicitados e públicos seus efeitos sobre a concorrência, principalmente interna. Em primeiro lugar, para aumentar o grau de *accountability* para com a sociedade. Em segundo lugar, para que se pesem os efeitos positivos (de ganhos comerciais, distribu-

tivos, tecnológicos etc.) e os possíveis efeitos concorrenciais negativos e sejam medidos os efeitos líquidos. Em último lugar, mas não de menor importância, para facilitar o acompanhamento por parte do SBDC e evitar que se incorra em custos dobrados.

5. CONCLUSÃO

No Brasil, a defesa da concorrência começou a ser discutida ainda no Governo Getúlio Vargas, na década de 40, mas só ganhou uma estrutura institucional sólida em meados da década de 90, já no Governo FHC. Os governos subsequentes prosseguiram com a solidificação do Sistema, que conforme foi visto, ganhou maior poder de intervenção com a aprovação da Lei 12.529/2011 no final do ano passado.

A nova política industrial brasileira trouxe consigo um viés concentrador de mercados que entra, a princípio, em conflito com o antitruste. Esse viés pode ser observado na participação do Estado nos atos de concentração envolvendo grandes empresas, como ressaltado por Almeida (2009). Apesar disso, a concentração pode ser benéfica ao consumidor, caso envolva economia de custos, como previsto por Williamson (1968) ou favoreça o desenvolvimento tecnológico, como argumentado por Howitt (2005).

No caso do Brasil, esse conflito ocorre principalmente por meio da política de formação dos chamados “campeões nacionais”, operacionalizada por meio do BNDES. Essa política, associada ao crescimento e à maior abertura recente da economia brasileira contribuíram para a concentração em diversos setores.

A nova Lei da Defesa da Concorrência abre espaço para solucionar o conflito entre o exercício de política industrial e a defesa da concorrência. A Lei 12.529/2011 coloca entre as competências dos órgãos do SBDC a requisição de informações junto a outros órgãos do Governo e a orientação desses mesmos órgãos quanto a questões ligadas à preservação da livre concorrência.

Conclui-se, portanto que, por um lado seria interessante que o SBDC tomasse uma postura mais ativa em relação à política industrial elaborada e praticada no país. O SBDC poderia, por meio da Seae, avaliar os impactos concorrenciais da política industrial antes que a mesma fosse lançada. Deveria também se manifestar, por meio do Cade quanto à política industrial já praticada, de forma a preservar a concorrência antes de ser acionado por meio de um ato de concentração.

Além disso, os órgãos planejadores e executores da política industrial, como o MDIC e o BNDES deveriam, por conta própria, avaliar e divulgar os

potenciais impactos concorrenciais internos e externos dessas mesmas políticas. Dessa forma, ampliar-se-ia a transparência e a prestação de contas dessas instituições junto à sociedade e se evitaria que as políticas industriais fossem anticoncorrenciais sem necessidade.

As políticas devem coordenar-se e harmonizar-se, para que não trabalhem uma na contramão da outra e recursos escassos da sociedade não sejam desperdiçados no processo.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, M. *Desafios da real política industrial brasileira do século XXI*. Texto para discussão n. 1452. Brasília: Ipea, 2009.
- AMANN, E.; BAER, W. Neo-liberalism and market concentration in Brazil: The emergence of a contradiction? *The Quarterly Review of Economics and Finance*. vol. 48. n. 2. p. 252-262, 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm]. Acesso em: 02.08.2012.
- _____. Lei 8.884, de 11.06.1994. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm]. Acesso em: 02.08.2012.
- _____. Lei 12.529, de 30.11.2011. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/L12529.htm]. Acesso em: 02.08.2012.
- CAMPANARIO, M. A.; SILVA, M. M. Fundamentos de uma nova política industrial. In: FLEURY, M. T. L. e FLEURY, A. (orgs.). *Política industrial*. São Paulo: Publifolha, 2004.
- COHEN, E. Theoretical foundations of industrial policy. *EIB Papers 4/2006*. European Investment Bank, Economics Department, 2009.
- HOWITT, P. et al. Competition and innovation: an inverted-u relationship. *The Quarterly Journal of Economics*. vol. 120. n. 2. p. 701-728, 2005.
- JOSKOW, Paul L. Transaction cost economics, antitrust rules, and remedies. *The Journal of Law Economics and Organization*. vol. 18. n. 1. p. 95-116, 2002.
- MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. *Plano Brasil Maior*. 2012. Disponível em: [www.brasilmaior.mdic.gov.br/]. Acesso em: 12.06.2012.
- PRICEWATERHOUSE COOPERS. *Fusões e aquisições no Brasil*, nov. 2011. Disponível em: [www.pwc.com.br/pt/estudos-pesquisas/fusoes-aquisicoes.jhtml]. Acesso em: 04.06.2012.
- RODRIK, D. Industrial policy: don't ask why, ask how. *Middle East Development Journal*, Demo Issue, p. 1-29, 2008.
- ROSEN, Harvey S. *Public finance*. New York: McGraw Hill/Irwin, 2005.

- STROHM, A. Competition policy at war with industrial policy? *EIB Papers* 4/2006. European Investment Bank, Economics Department, 2009.
- TEIXEIRA, Lucas Mendes de Freitas. Interface entre a defesa da concorrência e política industrial: o desafio dos campeões nacionais. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. vol. 20. São Paulo: Ed. RT, jul.-dez. 2011.
- WHITE, L. J. Antitrust policy and industrial policy: a view from the U.S. *Working Paper #EC-08-02*. Stern School of Business, New York University, 2008. Disponível em: [http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/5/5a/Antitrust_%26_industrial.pdf].
- WILLIAMSON, O. E. Economies as an antitrust defense: the welfare tradeoffs. *The American Economic Review*. vol. 58. n. 1. p. 18-36, mar. 1968.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/2011, de Leopoldo Pagotto, Bruno Oliveira Maggi e Gabriel Noronha Grecco – *RDB* 55/15;
- O relacionamento entre a política industrial e a política antitruste e seu impacto no desenvolvimento econômico: uma análise do caso brasileiro, de Ricardo Kalil Moraes e Elvino de Carvalho Mendonça – *RIBRAC* 16/159; e
- Preços excessivos "puros" na nova Lei Antitruste: uma proposta de abordagem baseada na advocacia da concorrência, de Andreia Saad – *RIBRAC* 22/249.

DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O ESPORTE PROFISSIONAL

2

MAURO GRINBERG

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Advogado.

BEATRIZ MALERBA CRAVO

Pós-graduada em Direito Econômico pela FGV (GVLaw). Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico; Comercial/Empresarial

RESUMO: Com o desenvolvimento do esporte profissional no Brasil nas últimas décadas, notadamente o futebol, verifica-se o seu crescente caráter econômico. Como qualquer outra atividade econômica, há o objetivo da lucratividade, sendo que existem diversos interesses comerciais relacionados à atividade desportiva, tais como: publicidade estática, patrocínio nos uniformes de competição, licenciamento de produtos dos clubes, comercialização de marcas desportivas, investimentos de empresas em clubes e instalações desportivas, parcerias de clubes com empresas, entre outros. Diante de sua natureza econômica, a atividade desportiva também deve estar sujeita à aplicação das leis de defesa da concorrência. Assim, o presente artigo busca destacar as preocupações concorrenciais existentes em torno desta atividade, bem como demonstrar como as jurisdições estrangeiras vêm tratando do assunto, com o objetivo de fomentar a discussão no Brasil e chamar a atenção para um tema cada vez mais relevante.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste – Esporte profissional – Atividade econômica – Controle.

ABSTRACT: With the development of professional sports in Brazil during the last decades, especially soccer, it is possible to note its increasing economic aspect. Such as any other economic activity, there is the purpose of profitability and there are several commercial interests related to it, such as: static advertising, sponsorship in uniform of competition, product licensing of clubs, sports marketing of brands, investment in clubs and sports, partnerships between clubs and companies, among others. Considering its economic nature, sport activity should also be subject to the application of antitrust laws. Therefore, this article aims at highlighting the competitive concerns regarding the sport activity and to demonstrate how the foreign jurisdictions are treating the matter, with the purpose of promoting the discussion in Brazil and call the attention to an increasingly significant issue.

KEYWORDS: Antitrust – Professional sport – Economic activity – Control.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A defesa da concorrência e o abuso de poder econômico – 3. O esporte profissional – 4. O esporte como atividade econômica – 5. O poder econômico dos clubes de futebol – 6. Das normas desportivas do futebol – 7. O direito concorrencial – 8. Jurisdições estrangeiras – 9. O mercado relevante – 10. Conclusão – 11. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em 23.07.2011,¹ o jornal Folha de São Paulo publicou em seu caderno de esporte, notícia intitulada “Com 7 jogadores de clubes de aluguel, São Paulo vira paraíso de empresários”.² Tal notícia trata de um tema recorrente no cenário do futebol brasileiro: empréstimos a grandes clubes de jogadores com contratos vinculados a clubes de “fachada”.

1. Os autores agradecem a colaboração do advogado André Zanotta.

2. “Com uma aposta em atletas jovens e política financeira apertada, o São Paulo se tornou a casa preferida dos jogadores de empresários.

Entre os 12 maiores times brasileiros, a equipe do Morumbi é a que mais possui atletas em seu elenco principal com contratos vinculados a clubes de fachada.

Dos 32 jogadores do seu grupo profissional, sete pertencem a esses times de aluguel. O Vasco, com seis nomes nessa situação, é quem mais chega perto do índice.

Segundo o vice de futebol são paulino, João Paulo de Jesus Lopes, esse dado não é nada mais do que a prova de que os investidores veem o clube como um grande parceiro, uma ótima vitrine.

Mas isso reflete também a forma como o clube se comporta no mercado e tenta evitar os gastos. Para trazer o lateral direito paraguaio Ivan Piris, do Cerro Porteno, recorreu à ajuda do grupo do empresário Gustavo Arribas, ligado ao iraniano Kia Joorabchian, presidente da MSI na parceria com o Corinthians.

Foi o fundo do argentino que pagou os US\$ 3,6 milhões (R\$ 5,6 milhões) pelo jogador, que será registrado no Deportivo Maldonado, um pequeno time uruguaio, e emprestado ao São Paulo.

‘Para o jogador, não faz diferença. A questão é que a legislação da Fifa serve para proteger os clubes’, diz Nick Arcury, empresário do atacante Willian José, que também é de Arribas.

Os clubes de aluguel são uma manobra de agentes e fundos de investimento para driblar a regulamentação da Fifa que permite que apenas times de futebol sejam donos dos direitos dos jogadores.

Equipes como Deportivo Maldonado, Desportivo Brasil, que pertence à Traffic, Tombense, do empresário Eduardo Uram, e Rentistas-URU, do agente Juan Figer, todas com jogadores no São Paulo, têm como função principal intermediar negociações para times que servirão como vitrine. E, assim, aumentar o lucro gerado por uma futura venda, de preferência para a Europa.

‘É tudo legal. O parceiro privado quer o lucro, e nos desejamos o jogador. É uma forma de os dois ficarem contentes’, afirma Jesus Lopes.

Os chamados “clubes de aluguel” possuem direitos de jogadores profissionais, mas que não atuam no time do clube. Sua finalidade é justamente emprestar os jogadores aos clubes mais expressivos. De acordo com a notícia, isto ocorre como uma espécie de “manobra de agentes e fundos de investimento para driblar a regulamentação da Fifa que permite que apenas times de futebol sejam donos dos direitos dos jogadores”.

O mesmo jornal, no mesmo caderno, publicou, em 09.02.2012, a notícia segundo a qual “o Flamengo rompeu sua relação com a Traffic, empresa de marketing esportivo, tendo em vista especificamente os pagamentos dos rendimentos de um determinado jogador, em parte suportados pela Traffic, que por sua vez exigia determinadas prioridades de patrocínio na camisa do clube, o que não lhe foi concedido”.

A questão puramente esportiva – a contratação do atleta e a sua manutenção no time – são irrelevantes para esta matéria. Todavia, verifica-se que os clubes cada vez mais dependem de injeções externas de valores para continuar a remunerar seus plantéis (por vezes) milionários. Isto demonstra que futebol profissional e negócios têm uma enorme simbiose. Ou seja: futebol profissional é atividade empresarial.

Notícias como estas (aqui tratadas apenas como exemplos), evidenciam cada vez mais a importância econômica que o esporte profissional, com destaque ao futebol, vem ganhando nos últimos anos. Nota-se que os interesses em torno dos clubes e jogadores vão muito além do mero espírito esportivo de competição. O futebol e o esporte de uma maneira geral assumiram características de uma atividade econômica, como qualquer negócio que tenha por objetivo a lucratividade. As atividades econômicas não são reduzidas ao esporte em si, mas incluem todas aquelas em torno do esporte, tais como venda de material esportivo, locação de espaços publicitários e tantas outras, chegando até aos valores atribuíveis aos times.

Diante disso, percebe-se que muitos são os agentes que podem exercer controle sobre esta atividade econômica, de acordo com seus interesses, antagonísticos em boa parte (como, por exemplo, os patrocínios a times). Con-

Segundo ele, o São Paulo só aceita uma parceria se ficar com pelo menos 20% dos direitos econômicos do jogador, permanecer com ele por um ano e meio e, principalmente, tiver a palavra final sobre uma eventual venda.

‘Ganhamos dinheiro com os jovens formados aqui’, completa o cartola, ressaltando que o time não costuma negociar parcelas dos direitos das crias de sua base para levantar dinheiro (RR).”

siderando que tais agentes podem ser dotados de poder econômico, sua atuação, como qualquer outra atividade econômica, está sujeita também à legislação concorrencial. Isto porque a concorrência entre os diversos clubes no mercado futebolístico não pode ser falseada, a exemplo do que ocorre em qualquer outro mercado.

O presente artigo trata justamente das questões de aspecto concorrencial que surgem no âmbito do esporte profissional, analisando as situações que podem caracterizar condutas anticompetitivas, de acordo com a Lei brasileira de Defesa da Concorrência.

2. A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O ABUSO DE PODER ECONÔMICO

O Direito da Concorrência, inclusive e, sobretudo, no Brasil, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Esta Lei tem por objetivo garantir os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, por meio da repressão ao abuso de poder econômico e de posição dominante.

Um dos principais aspectos estudados pelo Direito da Concorrência é justamente o poder econômico. Isto porque o principal pressuposto de um agente apto a causar danos ao ambiente concorrencial e à economia é que ele seja detentor de poder econômico, ou seja, que detenha poder suficiente para atuar em determinado mercado de forma independente e com indiferença à existência ou comportamento de outros agentes.³

Em virtude da ausência de um ambiente competitivo, o agente econômico titular de “razoável” poder não sofre maiores pressões de competidores. Assim, a posição dos pequenos agentes será sempre de sujeição ao comportamento daquele que detém referido poder. Poderá ele fixar preços e comportamentos, determinando “as regras do jogo” de maneira unilateral e prejudicando de forma drástica o exercício da livre concorrência.

Por exemplo, um “time de aluguel”, conforme mencionado na notícia que dá início ao presente artigo, pode emprestar jogadores a distintos times que concorrem entre si e, assim, colocando e tirando jogadores, exercer influência sobre os resultados. Essa influência produz consequências na valorização (a) dos jogadores, (b) dos próprios times e, sobretudo, (c) de todos os produtos em torno do esporte.

3. FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 314.

Por estas razões, é necessária a regulamentação do exercício do poder econômico e da posição dominante. Sabe-se que, no Brasil, não se pune a detenção de poder econômico *per se*, mas sim o seu exercício abusivo. No momento em que há abuso do poder econômico, há abuso do direito à liberdade econômica, liberdade de iniciativa, liberdade de concorrência, pois o agente passa a fazer um uso anormal e reprovável desses direitos. Em outras palavras, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.⁴

Quanto aos sujeitos passivos das normas de defesa da concorrência, o art. 31 da Lei 12.529/2011 determina que ela se aplica “às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”. Ou seja, para fins de aplicação da lei antitruste, é irrelevante a personalidade jurídica do agente.

Deste modo, clubes esportivos, notadamente os clubes de futebol, que realizam atividades de caráter econômico, poderão praticar atos que venham a colidir com o direito da concorrência e, como consequência, poderão ser responsabilizados por tais atos. Vale observar que as federações, confederações e ligas também estão sujeitas à aplicação da Lei Antitruste, na medida em que suas atividades têm influência na economia em torno do esporte; não são imunes mesmo em virtude de se tratar, frequentemente, de entidades sem fins lucrativos.

Com efeito, o fenômeno do controle nem sempre é simples, mesmo nas sociedades comerciais. Ricardo Ferreira de Macedo menciona, em matéria de controle de sociedades, “os limites da inter-relação entre o fenômeno jurídico-societário e o fenômeno econômico-empresarial e, consequentemente, os limites da pressuposta concentricidade entre a propriedade sobre a maioria do capital votante e o controle empresarial”.⁵

Marco Lamandini, ao tratar outras formas de controle que não a societária, menciona “diritti, contratti o altri rapporti giuridici che conferiscono un’influenza determinante sulla composizione, sulle deliberazioni o sulle decisioni degli organi di un’impresa.”⁶ Obviamente essas formas distintas de controle, tendo o patrocínio como exemplo, aplicam-se ao esporte profissional.

4. Idem, p. 323.

5. FERREIRA DE MACEDO. *Controle não societário*. São Paulo: Renovar, 2004, p. 29.

6. LAMANDINI. *Il “controllo” nozioni e “tipo” nella legislazione economica*. Milão: Giuffrè, 1995. p. 35. Trad. livre: “direitos, contratos ou outros relacionamentos que caracteri-

No direito societário, isto significa que o controlador do capital nem sempre é o controlador da sociedade; este controle pode ser exercido fora dos limites da sociedade, sob a forma de dependência total ou parcial. Extrapolando o raciocínio para o esporte profissional, percebemos que o controle dos clubes nem sempre é exercido pelos seus órgãos diretivos. Da mesma forma que no direito societário, tal forma de controle externo tende a ser uma anomalia, mas a realidade não pode ser ignorada.

3. O ESPORTE PROFISSIONAL

O esporte passou de mera atividade de lazer para um negócio, muitas vezes altamente lucrativo. Sabe-se que a indústria do espetáculo desportivo congrega publicidade estática, patrocínio nos uniformes de competição, licenciamento de produtos dos clubes, comercialização de marcas desportivas, investimentos de empresas em clubes e instalações desportivas, parcerias de clubes com empresas etc. Assim, não restam dúvidas de que os interesses comerciais exercem hoje um papel predominante na esfera desportiva, resultando em uma complexa rede de negócios formada em torno do desporto.⁷

A própria Constituição Federal, em seu art. 217, III, impõe a necessidade de um tratamento diferenciado entre o desporto profissional e o não profissional. Isto porque o desporto não profissional possui caráter eminentemente social, sendo que as atividades e negócios que envolvem o esporte profissional devem ser tratadas como qualquer outra atividade comercial que tenha entre seus objetivos a lucratividade, já que, neste caso, o seu caráter é predominantemente econômico.

4. O ESPORTE COMO ATIVIDADE ECONÔMICA

No Brasil, a prática desportiva é caracterizada pela formação de associações, ou seja, pela união de pessoas para a realização de atividades físicas de diversas modalidades esportivas. Isto porque, à época da constituição da maioria das entidades desportivas, o esporte ainda não era visto como uma atividade de caráter econômico, sendo que as associações eram a melhor forma de organização deste tipo de atividade, pois permitiam aos participantes a mesma liberdade de organização.

zam influência determinante na composição, votação ou decisões dos órgãos de uma empresa”.

7. MELO FILHO, Álvaro. *O novo direito desportivo*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002. p. 16.

No entanto, houve uma evolução do esporte com o passar dos anos, tanto na esfera técnica (equipamentos, regras etc.), quanto na esfera organizacional. Esta evolução resultou em novas necessidades para a atividade desportiva, já que ela deixou de ser apenas uma união de pessoas para a prática de determinada atividade física e passou a representar uma relação de extrema competitividade, onde cada entidade ou atleta busca ser o melhor em sua modalidade.⁸ A competitividade, por consequência, originou um número cada vez maior de torcedores (aqui tratados como consumidores), que foram formando um mercado de consumo bastante promissor.

Percebendo o potencial de consumo deste novo mercado, as emissoras de televisão passaram a realizar grandes investimentos na transmissão de eventos desportivos, principalmente porque o número de interessados aumentava exponencialmente. Com o aumento do número de telespectadores de eventos desportivos, as empresas passaram a ter mais interesse em anunciar seus produtos ou sua marca neste mercado, em franca ascensão. Assim, diversos outros setores também passaram a adotar estratégias visando relacionar seu produto, marca ou serviço a uma entidade desportiva, atleta profissional ou competição.⁹

A visualização do esporte profissional, principalmente do futebol, passou a ser redimensionada (obviamente em distintos graus), sendo que foram se tornando cada vez mais necessárias técnicas de gestão profissional específicas e estruturas jurídicas que comportassem este novo modelo de negócio. Diante disso, não restam dúvidas acerca da natureza econômica que passou a caracterizar a atividade desportiva, sujeitando-a, portanto, à aplicação de leis de diversos âmbitos, entre eles o direito da concorrência.

Mais ainda, o esporte profissional depende de várias fontes de renda, o que demonstra as várias influências que pode sofrer. Assim, Alexandre Bueno Cateb menciona as receitas ordinárias (que são, na verdade, as mensalidades dos sócios) e as receitas extraordinárias, mencionando (a) “audiência e televisionamento dos jogos”, (b) “venda de atletas”, (c) exploração das marcas, (e) “lojas próprias para comercialização de material esportivo, lembranças e presentes com a marca do clube”, (f) “patrocínio no uniforme” (“fonte típica de atividade econômica”), (g) “locação do patrimônio e catering” (incluindo eventos artísticos e sociais), e (h) participação em “concursos de prognósticos”.¹⁰

8. CARLEZZO, Eduardo. *Direito desportivo empresarial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 27-28.

9. *Idem*, p. 28.

10. CATEB, Alexandre Bueno. *Desporto profissional e direito de empresa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 89-111.

Verifica-se, assim, que existem várias formas pelas quais os clubes obtêm suas receitas, sendo que algumas podem levar a alguma forma de controle em decorrência da dependência que o fornecimento de tais receitas pode gerar. Esse possível controle tem óbvios contornos econômicos e empresariais, de modo a fazer incidir várias outras regulamentações jurídicas além das simplesmente esportivas. Isto significa que não se pode falar em irregularidades apenas sob o ponto de vista da legislação esportiva.

5. O PODER ECONÔMICO DOS CLUBES DE FUTEBOL

Dentre todas as modalidades de esporte, o futebol tem se mostrado a mais popular entre grande parte das pessoas. Isto pode ser facilmente constatado por meio do número crescente de torcedores, bem como de produtos que envolvam determinado time.

Tamanha popularidade não é por acaso. A paixão e a tradição da população brasileira pelo futebol é algo que vem se construindo desde o regime oligárquico. Colégios confessionais e laicos de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul praticavam futebol desde a década de 1880. Há ainda notícias de marinheiros ingleses que jogaram em praias brasileiras em seus dias de folga e há, inclusive, o registro de uma partida realizada em 1878, no Rio de Janeiro, em frente à residência da princesa Isabel.¹¹

A prática deste esporte foi se desenvolvendo com o passar do tempo e, na sociedade brasileira, marcada pela heterogeneidade e fragmentação de interesses regionais, a construção da nacionalidade teve no futebol um de seus alicerces. A competição contra times estrangeiros e as primeiras partidas da seleção brasileira alimentaram, em todos os setores sociais, certa dose de patriotismo e de sentimento de unidade.¹²

Hoje, sabe-se que o futebol é um negócio que movimenta milhões ao redor do mundo, seja pela exploração da marca do clube, do televisionamento dos jogos, da venda de direitos sobre as atividades de atletas, dos patrocínios etc. Torneios nacionais e internacionais são capazes de gerar receitas extraordinárias aos clubes, patrocinadores e demais envolvidos em sua transmissão. Isto confere aos clubes de futebol mais populares e detentores das maiores torcidas um elevado grau de poder econômico.

11. FRANCO JR., Hilário. *A dança dos deuses. Futebol, sociedade, cultura*. São Paulo: Cia. das Letras, 2007. p. 61-62.

12. Idem, *ibidem*.

6. DAS NORMAS DESPORTIVAS DO FUTEBOL

As normas que regulam a prática do futebol profissional no Brasil e no cenário internacional (Fifa) contêm disposições que impedem a influência de terceiros na gestão dos clubes. Entre os terceiros estão patrocinadores, empresas de licenciamento, fundos de investimento ou qualquer agente que não pertença ao clube em questão.

A chamada Lei Pelé (Lei 9.615/1988) proíbe que qualquer terceiro exerça qualquer influência nos clubes, seja para definir escalação de jogadores, transferência para outros clubes ou qualquer outra decisão estratégica, que possa afetar o desempenho do clube nas competições. Dispõem os arts. 27-A e 27-B:

“Art. 27-A. Nenhuma pessoa física ou jurídica que, direta ou indiretamente, seja detentora de parcela do capital com direito a voto ou, de qualquer forma, participe da administração de qualquer entidade de prática desportiva poderá ter participação simultânea no capital social ou na gestão de outra entidade de prática desportiva disputante da mesma competição profissional. (...)”

Art. 27-B. São nulas de pleno direito as cláusulas de contratos firmados entre as entidades de prática desportiva e terceiros, ou entre estes e atletas, *que possam intervir ou influenciar nas transferências de atletas ou, ainda, que interfiram no desempenho do atleta ou da entidade de prática desportiva*, exceto quando objeto de acordo ou convenção coletiva de trabalho” – Grifos nossos.

O art. 27-B foi incluído na Lei recentemente (em 2011), baseado no art. 18-Bis¹³ do Regulamento da Fifa, que trata da influência de terceiros sobre os clubes de futebol. O objetivo foi justamente o de evitar que empresas, investidores, patrocinadores, entre outros, exerçam alguma espécie de controle sobre o clube de modo a falsear resultados de competições. Isto demonstra que a influência de terceiros sobre a atuação dos clubes não é um tema inédito no futebol. Mas há quem não tenha dúvidas a respeito da possível condição, imposta por um patrocinador, da presença de determinados jogadores para aumento ou até mesmo viabilização do próprio patrocínio. Isso tem a sua lógica (talvez perversa,

13. “Article 18bis: Third-party influence on clubs

1. No club shall enter into a contract which enables any other party to that contract or any third party to acquire the ability to influence in employment and transfer-related matters its independence, its policies or the performance of its teams.
2. The Fifa Disciplinary Committee may impose disciplinary measures on clubs that do not observe the obligations set out in this article.”

mas lógica mesmo assim) na medida em que determinados jogadores atraem públicos maiores, que ficam expostos à publicidade decorrente do patrocínio.

7. O DIREITO CONCORRENCIAL

Ocorre que, além das sanções previstas pela legislação desportiva, certos atos também podem ser caracterizados como condutas anticoncorrenciais, em razão da grande relevância econômica dos campeonatos esportivos e do poder econômico dos clubes. Deste modo, podem gerar penalidades também no âmbito concorrencial.

Isto pode ocorrer na hipótese (aqui tratada apenas em tese) em que uma empresa patrocina dois times de futebol e aumenta o patrocínio de um deles – com maior torcida e consequentemente maior visibilidade da publicidade – para viabilizar a contratação de determinados jogadores. No Brasil não existe propriedade de times, como na Europa e nos Estados Unidos, mas podem existir outras formas de controle não explícito (mas controle assim mesmo). Esse controle é chamado também de influência relevante. Desta forma, os resultados podem ser influenciados.

Aliás, Ricardo Ferreira de Macedo menciona a dependência estrutural como forma de controle, incluindo aí “uma sociedade cuja atividade dependa de um específico *know-how*, tecnologia ou mesmo de uma específica marca a ela transferidos ou licenciados por uma segunda empresa, através de contrato de franquia ou contrato de transferência de tecnologia ou licença de marca ou instrumentos assemelhados”.¹⁴ Isto bem demonstra que o patrocínio no esporte profissional pode – da mesma forma que a tecnologia no ambiente societário – ser forjado de modo a exercer este controle via dependência estrutural.

Carlos E. J. Ragazzo, discorrendo sobre as entidades organizadoras do esporte profissional, diz: “Under the rule of reason approach, the question, therefore, is whether a particular restraint devised by a professional sports league is reasonably purported to promote and produce the sports product itself, and whether the benefits of such a restraint are not outweighed by its harms to competition”.¹⁵ Mostra-se aqui, basicamente, a influência que determinadas entidades do esporte profissional podem ter sobre as atividades econômicas

14. MACEDO, Ricardo Ferreira de. *Controle não societário*. São Paulo: Renovar, 2004. p. 146.

15. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Sports and the rule of reason. *RIBRAC* 10/244. Trad. livre: “De acordo com a regra da razão, a questão, portanto, é se uma restrição especial inventada por algum campeonato profissional é razoavelmente suposta para

que envolvem o esporte. Da mesma forma que as entidades – matéria tratada pelo autor – podem exercer tal influência, empresas em geral e os próprios times podem fazê-lo.

O controle não tem que ser necessariamente societário; pode ser por meio de patrocínio (em que um patrocinador tem direito de fazer determinadas exigências com relação à formação do time), contrato de gestão (em que o gestor recebe do clube, mediante certas prerrogativas de nomear patrocinadores e outras, a incumbência de controlar o time), etc. O problema que aqui surge é o controle múltiplo de clubes que disputam as mesmas competições. É sabido, por exemplo, que determinadas empresas ou entidades detêm direitos federativos de certos atletas; há aí uma outra forma de controle.

Assim, por todas as razões aqui expostas, destaca-se também o aspecto anti-concorrencial de certos tipos de controle – cuja enumeração é impossível, face à criatividade empresarial – que pode ser exercido sobre os clubes de futebol, principalmente ao se considerar a expressividade econômica de alguns deles.

8. JURISDIÇÕES ESTRANGEIRAS

Em fevereiro de 1999, a Comissão Europeia, no seu *Consultation Document* denominado *The European Model of Sport*, dizia: “(...) investment companies control different football clubs listed on the stock exchange. This might be detrimental to sport, for genuine sporting competition might be distorted”¹⁶ (p. 8). O controle aqui referido é o acionário, mas sabemos que há outras formas de controle sob a ótica do Direito Concorrencial.

O texto acima faz referência à Arbitragem CAS 98/200, tendo, de um lado, o AEK Athens e o SK Slavia Prague e, de outro lado, a Union of European Football Association (UEFA). O início do relatório final é sintomático: “If clubs with the same owner can take part in the same competitions, whether national or international, doubts may arise as to whether the outcome is really undecided in advance”.¹⁷ A arbitragem manteve a decisão anterior da Uefa, impe-

promover e produzir o esporte em si, e se os benefícios de tal restrição não são superados por seus malefícios para a concorrência”.

16. Trad. livre: “(...) fundos de investimento controlam diferentes clubes de futebol listados em bolsa de valores. Isto pode ser prejudicial para o esporte, pois a competição desportiva genuína pode ser distorcida”.
17. Trad. livre: “Se os clubes com o mesmo proprietário puderem participar das mesmas competições, sejam nacionais ou internacionais, pode haver suspeitas sobre o resultado ser ou não decidido com antecedência”.

dindo a propriedade conjunta de mais de um time na mesma competição. Ou seja, um mesmo controlador não pode exercer influência relevante sobre mais de um time, qualquer que seja a forma de controle.

A Folha de São Paulo noticiou, em 26.12.2012 (p. B-10), que a Uefa criou regra proibindo que empresas e pessoas tenham direitos sobre jogadores, pressionando a entidade mundial para que tome a mesma atitude. A matéria menciona alguns casos de controle de direitos federativos e explica: “O exemplo é simples: se o Chelsea tiver 20 milhões no orçamento para contratar um jogador de 40 milhões, seu dono (...) ou um laranja pode adquirir os outros 50% dos direitos e ficar com metade do valor de uma transferência futura”.

No caso brasileiro, a matéria diz (e aqui estamos falando de momentos específicos, embora seja conhecida a atemporalidade do sistema): “O Corinthians campeão da Libertadores e do Mundial foi montado com a compra de parcelas mínimas de jogadores. O Fluminense, vencedor da Série A, recebeu seus principais astros da Unimed. E o Inter usa o grupo Sonda para financiar seus reforços”. Ora, se esses grupos econômicos, que fornecem jogadores para um determinado time, o fazem também para times concorrentes, a preocupação concorrencial demonstra-se mais do que evidente.

Em 24.05.2010, a Suprema Corte dos Estados Unidos tomou decisão em tema que até então havia gerado muita polêmica.¹⁸ A *National Football League (NFL)*, por meio de sua subsidiária *NFL Properties (NFLP)*, licenciava, em nome dos 32 clubes da Liga, a confecção de material esportivo destinada à venda ao público. Em dezembro de 2000, foi assinado acordo de exclusividade com a Reebok, valendo para todos os times. Insurgiu-se a American Needle, fabricante menor.

A acusação da American Needle era de ação concertada por parte da NFLP, ao negociar em conjunto os direitos de propriedade intelectual dos 32 times participantes da Liga. Em resposta, a NFLP argumentou que jamais poderia incorrer em ação concertada, pois a NFL e todos os times participantes da Liga deveriam ser considerados, para fins concorrenciais, como uma entidade única. A discussão central foi então a fim de esclarecer se os times deveriam ser ou não considerados como um único agente econômico.

Ao final, a Suprema Corte decidiu que a NFLP não poderia agir como entidade única, sendo que cada time deveria ter a sua contratação própria, com ou sem exclusividade. Isto porque, ainda que todos eles tenham o interesse

18. American Needle, Inc. v. National Football League et. Al., Supreme Court of the United States, May 24, 2010.

comum de promover a Liga em si, eles são competidores no que diz respeito às suas respectivas propriedades intelectuais (tais como marca, logotipo, entre outros).¹⁹

Ademais, a Suprema Corte entendeu que os times possuem interesses econômicos distintos, evidenciando também o caráter econômico de sua atuação: "Although NFL teams have common interests such as promoting the NFL brand, they are still separate, profit-maximizing entities, and their interests in licensing team trademarks are not necessarily aligned".²⁰ Ou seja, as equipes e clubes esportivos estão sujeitos ao direito da concorrência como qualquer outro agente econômico.

A própria Comissão Europeia editou em 10.12.1999 um relatório – chamado de *Helsinki Report* – em que deixou claro: "While the Treaty contains no specific provisions on sport, the Community must nevertheless ensure that the initiatives taken by the national State authorities or sporting organizations comply with Community law, including competition law (...)".²¹

9. O MERCADO RELEVANTE

É crucial, em qualquer análise que se faça de matéria concorrencial, a análise do mercado relevante. Este é, tanto em termos materiais (ou de produto) quanto em termos geográficos, a parcela do mercado em que se dá a concorrência. Em termos materiais, em um primeiro momento não se tem grandes

19. "Directly relevant to this case, the teams compete in the market for intellectual property. To a firm making hats, the Saints and the Colts are two potentially competing suppliers of valuable trademarks. When each NFL team licenses its intellectual property, it is not pursuing the 'common interests of the whole' league but is instead pursuing interests of each 'corporation itself'". Trad. livre: "Diretamente relevante para este caso, as equipes competem no mercado de propriedade intelectual. Para uma empresa fazer chapéus, os Saints e os Colts são dois concorrentes fornecedores de marcas valiosas. Quando cada time da NFL licencia sua propriedade intelectual, não está perseguindo os 'interesses comuns de toda a Liga', mas sim os interesses de cada 'equipe em si'".

20. Trad. livre: "Ainda que os times da NFL tenham interesses comuns, como promover a marca NFL, eles ainda são entidades separadas, a maximização do lucro, e seus interesses no licenciamento de marcas da equipe não estão necessariamente alinhadas".

21. Trad. livre: "Apesar de o Tratado não conter disposições específicas sobre esporte, a Comunidade deve assegurar que as iniciativas tomadas pelas autoridades públicas nacionais ou organizações desportivas estejam em conformidade com as leis da Comunidade, incluindo as leis de defesa da concorrência".

dúvidas: cada esporte constitui seu próprio mercado. Todavia, se passamos às várias divisões, podemos indagar se um time de segunda divisão concorre com um time de primeira divisão, sendo que a resposta parece ser negativa.

Todavia, ao se questionar sobre o mercado relevante em termos geográficos, tem-se uma dúvida mais acentuada. Tomemos o futebol profissional no Brasil: os times disputam campeonatos nacionais e estaduais, sendo que podem competir diretamente em um e não em outro. Um determinado time pode estar na primeira divisão em um campeonato e na segunda divisão em outro. Isto faz com que o mercado relevante tenha que ser definido a cada ocasião em que a matéria concorrencial for abordada.

Assim, por exemplo, se um determinado patrocinador tiver influência relevante sobre três times, é importante considerar se esses três times disputam os mesmos campeonatos e se a influência relevante do patrocinador tem o condão de causar alterações potenciais nos resultados. Desta forma, cada campeonato é um mercado relevante em si.

10. CONCLUSÃO

A transformação do futebol de mera atividade social em atividade econômica, ocorrida nas últimas décadas, trouxe implicações não só com relação à complexidade das normas desportivas, que hoje se faz necessária, mas também com relações a outros aspectos, como o concorrencial. Se a concorrência é prejudicada, não é só a competição esportiva que fica maculada, mas também e, sobretudo, a atividade econômica que gira em torno da competição esportiva.

Deste modo, é importante estar atento a eventuais efeitos anticoncorrenciais que podem ser causados por certos atos que impliquem em influência sobre a gestão dos clubes de futebol, hoje responsáveis pela movimentação de importantes setores da economia. Afinal, como qualquer outra atividade econômica, o esporte profissional também está sujeito às normas concorrenciais em vigor no país. Há, todavia, um difícil caminho a ser percorrido até que as autoridades concorrenciais e a sociedade como um todo reconheçam este fato.

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CARLEZZO, Eduardo. *Direito desportivo empresarial*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- CATEB, Alexandre Bueno. *Desporto profissional e direito de empresa*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- FRANCO JR., Hilário. *A dança dos deuses. Futebol, sociedade, cultura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008.

LAMANDINI. *Il "controllo" nozioni e "tipo" nella legislazione economica*. Milão: Giuffrè, 1995.

MACEDO, Ricardo Ferreira de. *Controle não societário*. São Paulo: Renovar, 2004.

MELO FILHO, Álvaro. *O novo direito desportivo*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Sports and the rule of reason. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. vol. 10. p. 239. São Paulo: Ed. RT, jan. 2003.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda, de Mauro Grinberg – *RIBRAC* 3/59;
- O direito da concorrência empresarial e a defesa comercial, de Mauro Grinberg – *RIBRAC* 3/36; e
- O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial, de Mauro Grinberg – *RIBRAC* 3/43.

O NOVO DESENHO INSTITUCIONAL DO ANTITRUSTE BRASILEIRO: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL PRECONIZADA PELA LEI 12.529/2011

3

FERNANDO AMORIM SOARES DE MELLO

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP (2012). Graduando em Economia pela FEA-USP. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Comercial/Empresarial

RESUMO: O presente artigo aborda as alterações promovidas pela Lei 12.529/2011 sobre a estrutura organizacional do antitruste brasileiro. Partindo da análise do modelo vigente sob a égide da Lei 8.884/1994, são tecidas considerações sobre os principais conflitos enfrentados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) durante a vigência do aludido diploma, analisando como determinadas soluções poderiam ser concretizadas a partir da formulação de um desenho institucional apropriado. Além, o artigo esboça comentários acerca dos métodos e critérios de avaliação das agências antitruste, apresentando, em derradeiro instante, uma perspectiva sobre a atuação do novo SBDC a partir do funcionamento da estrutura organizacional preconizada pela Lei 12.529/2011.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste – Estrutura organizacional – Desenho institucional – Cade – Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

ABSTRACT: The present article approaches the changes promoted by Law 12.529/2011 on the organizational structure of Brazilian System of Competition Policy (BSCP). Initially it describes the model once in force under the Law 8.884/1994, highlighting the main issues faced then by BSCP and analyzing how some of them could be overcome by structural change only. It also presents a few comments about the methods and criteria for evaluating antitrust agencies, offering, at last, its perspective about the organizational structure enunciated by Law 12.529/2011.

KEYWORDS: Antitrust – Organizational Structure – Institutional Design – Cade – Brazilian System of Competition Policy (BSCP).

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O aprimoramento institucional do antitruste brasileiro: 2.1 A estrutura organizacional do antitruste brasileiro na Lei 12.529/2011: 2.1.1 A contribuição da OCDE e os novos aspectos estruturais; 2.1.2 A nova estrutura organizacional – 3. Avaliação institucional das agências antitruste: 3.1 Possíveis critérios de avaliação – 4. Considerações finais – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Douglass North, ao ponderar a respeito do papel assumido pelos diferentes entes econômicos no processo de desenvolvimento das sociedades, correlaciona o conceito do termo “instituição” com os *standards* organizacionais internamente aos quais devem atuar as personagens responsáveis por conceder movimento às macroestruturas em que estão contidas.¹ Dito de outro modo, as instituições equivaleriam às molduras competentes para ditar as rédeas de atuação dos respectivos atores com base em certas finalidades políticas previamente determinadas.

Um dos aspectos elencados por North diz respeito aos elementos normativos (instituições *lato sensu*) a partir dos quais são criadas e desenvolvidas as instituições em sentido estrito (compreendidas como “órgãos”, “entidades”, enfim, entes operacionais). No caso do antitruste, trataríamos, respectivamente, próprio corpo legislativo responsável por regulamentar a ordem econômica nos ditames da Constituição da República e dos órgãos públicos responsáveis pelo seu “enforcement”.

A Lei 12.529/2011 promove uma notável alteração na estrutura organizacional do SBDC, principalmente no que tange à sua composição e distribuição de competências. Promoveu-se uma efetiva renovação das estruturas responsáveis pela integração das normas concorrenciais, dando origem, pois, a um novo sistema.

E o conceito de sistema, neste caso, decorre exatamente de uma ordenação racional de elementos teleologicamente relacionados, constituintes de “unidades de significação” dispostas em enunciados normativos.²

O presente artigo parte da premissa de que o desenho institucional (de origem legislativa) constitui apenas um dos componentes organizacionais de um sistema

1. NORTH, Douglass C. Institutions. *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 5, n. 1, p. 97.

2. Cf. DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Dircito antitruste: o combate aos cartéis*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22-23.

antitruste, a ser reforçado por uma ética consolidada *a posteriori*. Em outros termos, este componente estrutural da defesa da concorrência não se limita à enunciação de uma estrutura organizacional pelos termos frios da lei, estendendo-se, ainda, ao fator cultural oriundo da operação de suas instituições/órgãos.

Ciente de que o SBDC não é composto apenas pelas entidades expressamente previstas na lei antitruste – mas por todo um conjunto de entes públicos e privados relacionados com a promoção da defesa da concorrência em território brasileiro³ –, este artigo restringe suas análises essencialmente à estrutura organizacional do Cade propriamente dita.

O modelo de estrutura organizacional proposto pela Lei 8.884/1994 é inicialmente apresentado enfatizando-se os principais problemas enfrentados durante sua vigência. Em seguida, são tecidas considerações sobre como tanto as alterações organizacionais quanto as materiais promovidas pelo novo diploma antitruste tenderão a influenciar a eficiência da atuação destes órgãos. Por fim, o debate sobre a metodologia de avaliação das agências antitruste é apresentado de forma sintética, analisando a definição de critérios objetivos contextualizadamente em face das mudanças promovidas pela Lei 12.529/2011 sobre a estrutura organizacional do SBDC.

2. O APRIMORAMENTO INSTITUCIONAL DO ANTITRUSTE BRASILEIRO

Em que pese o notório desenvolvimento da aplicação das políticas de concorrência durante a vigência da Lei 8.884/1994, o significativo aumento na demanda de atuação do Cade deixou clara a premência de se rediscutir as estruturas do SBDC.⁴

E, conforme visto, a elaboração de um novo desenho institucional não constituiria, por si só, uma panaceia para os problemas enfrentados na defesa da concorrência, representando apenas um ponto de partida para a estruturação operacional ótima dos órgãos integrantes do sistema.

A este respeito, Eleanor Fox aduz, alegoricamente, que o *desenho* das instituições responsáveis pelo *enforcement* da defesa da concorrência assemelha-se

3. A exemplo das agências reguladoras setoriais, do Banco Central e do próprio Ministério Público.

4. Cf. MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Singular, 2012. p. 53.

ao de uma residência.⁵ Em síntese, recomenda-se a adoção de um *design* capaz de garantir um “conforto” que facilite a convivência no recinto. Um bom desenho institucional, portanto, deverá adequar-se aos valores, preferências, aspirações e limitações dos respectivos “moradores” – no caso, as instituições responsáveis pelo *enforcement* do antitruste.

Não seria suficiente, deste modo, uma mera valoração estético-normativa da estrutura de determinada agência para classificá-la como ideal ou ineficiente, ignorando sua inserção no respectivo plano de fundo (sob o risco de, por exemplo, promover a “importação” de instituições que não necessariamente serão compatíveis com a cultura interna).

Fox assevera que o contexto histórico/social/político/econômico é o fator determinante para a delimitação daquilo que se enquadraria em um desenho institucional adequado para determinada jurisdição,⁶ ressaltando a importância das revisões pelos pares no processo de aprimoramento institucional.

Ademais, conforme salientado por Vinícius Marques de Carvalho, há três indagações que devem constantemente pautar a atuação do novo SBDC: (a) temos as melhores regras?; (b) criamos os melhores meios de implementação?; (c) nossas políticas atingem bons resultados?⁷

Para encontrar respostas/soluções para tais questionamentos, assume peculiar relevância a descrição das mudanças promovidas pelo novo diploma concorrencial especificamente em relação à sua estrutura organizacional, o que será realizado a partir da análise dos principais problemas enfrentados pelo modelo preconizado pela Lei 8.884/1994.

5. Fox, Eleanor. Antitrust and institutions: design and change. *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 41, n. 3, p. 487-488.

6. Nesta seara, Douglass North pondera ainda sobre o descabimento em se analisar determinadas instituições (sejam elas normativas, organizacionais, operacionais etc.) deslocadas de sua evolução histórica: “[t]hey [instituições] evolve incrementally, connecting the past with the present and the future; history in consequence is largely a story of institutional evolution in which the historical performance of economies can only be understood as a part of a sequential story. Institutions provide the incentive structure of an economy; as that structure evolves, it shapes the direction of economic change towards growth, stagnation, or decline” (NORTH, Douglass C. Op. cit., p. 97).

7. CARVALHO, Vinícius Marques de. Discurso de posse na presidência do Cade. 18.07.2012. p. 8. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Discurso%20de%20posse%20do%20presidente%20do%20Cade%20%28vinicius%29.pdf]. Acesso em: 18.03.2013.

2.1 A estrutura organizacional do antitruste brasileiro na Lei 12.529/2011

2.1.1 A contribuição da OCDE e os novos aspectos estruturais

A OCDE é uma entidade internacional cuja missão consiste em promover políticas públicas que auxiliem no desenvolvimento econômico e bem-estar social da população mundial. Para tanto, promove estudos, pesquisas e fóruns internacionais em que representantes de diferentes jurisdições realizam um intercâmbio de experiências e informações com o intuito de solucionar as questões de seu interesse.⁸

A Revisão pelos Pares (“peer review”) de 2010, realizada pela OCDE a respeito da situação da defesa da concorrência no Brasil, foi objeto de discussão no Fórum Global em Concorrência promovido pela entidade naquele ano, oportunidade em que o contexto brasileiro foi discutido por autoridades de mais de 80 países, membros e não membros da organização.

O relatório final conteve uma análise detalhada sobre o funcionamento material e estrutural das normas concorrenciais brasileiras, culminando em uma série de apontamentos e recomendações.⁹

A Revisão pelos Pares de 2010 ressaltou alguns importantes avanços obtidos pelo SBDC ao longo da primeira década do século 21. Enfaticamente, foram tecidos elogios ao programa brasileiro de combate a cartéis, que praticamente inexistia em 2000 e em 2010 já havia se tornado referência na América Latina.¹⁰ De outro lado, uma série de problemas foi pontuada.

Em primeiro lugar, a OCDE demonstrou¹¹ que uma das questões mais graves enfrentadas pelo SBDC ao longo do tempo foi o alto índice de rotatividade de pessoal, o que afetava dos funcionários (pela falta de cargos de carreira)¹²

8. Cf. OCDE. About the OECD. Disponível em: [www.oecd.org/about/]. Acesso em: 14.03.2013.

9. De acordo com Domingues e Gaban, as recomendações da OCDE assumem o caráter de *soft law*, ou seja, representam indicações não vinculativas aos Estados analisados, cujo adimplemento não decorre de aspectos coercitivos, mas da própria conveniência política de fazê-lo. (Cf. DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Op. cit., p. 223).

10. Cf. OCDE (Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico); BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento). *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris, 2010. p. 80.

11. Idem, p. 83-84.

12. Segundo o relatório “Rating the Enforcers 2012”, produzido pela Global Competition Review (GCR), constavam no ano anterior apenas 184 funcionários designados para

aos próprios Conselheiros (em razão do curto mandato que os sujeitava a injunções políticas e, ainda que em tese, a certo direcionamento ideológico).¹³

A OCDE ainda ressaltou veementemente a necessidade de se prover recursos suficientes para a contratação de um corpo efetivo de funcionários, salientando que a própria cooperação dos agentes de mercado com o SBDC se vincularia diretamente à eficiência prestada no trato das matérias de sua competência.

A Lei 12.529/2011 previu a criação de 200 cargos com exercício prioritariamente no Cade, a serem disponibilizados gradativamente. Espera-se, desta forma, a solução de um problema até então crônico por meio da tardia – mas não menos válida – correspondência entre o tamanho da estrutura do Cade e o das causas de sua competência.

Além, a alteração dos critérios para submissão de atos de concentração econômica entre a elevação dos valores mínimos de faturamento dos grupos econômicos e a exclusão do fator “domínio de mercado” quantitativamente considerado (20%) teve o declarado intuito de reduzir a sobrecarga¹⁴ dos órgãos de um SBDC que vinha dedicando cerca de 70% de seu contingente operacional à análise atos de concentração concorrencialmente irrelevantes.¹⁵

atuar junto ao Cade (dos quais apenas 35% especializados em concorrência), 136 para a Seae (18% voltados ao antitruste) e 115 para a SDE (61% dos quais atuando diretamente em tarefas atinentes ao SBDC), ao passo que um órgão como a Federal Trade Commission, por exemplo, contava com cerca de 1.043 funcionários. (Cf. GLOBAL COMPETITION REVIEW (GCR). Rating the enforcers 2012. Disponível em: [www.global-competitionreview.com/rating-enforcement/]. Acesso em: 05.09.2012.).

13. A este respeito, Carlos Alberto Bello elenca dois casos em que o Governo teria efetivamente utilizado o poder de – não recondução como represália ao posicionamento de determinados Conselheiros: “[s]em a perspectiva de angariar amplos apoios sociais, um Cade com maior autonomia tenderá a levar a um estreitamento dos vínculos entre os conselheiros e o empresariado, distanciando-se das demandas de outros segmentos sociais. Aqueles que exerceram autonomia noutra direção não foram mantidos no Cade, caso do conselheiro Thompson de Andrade em 2004. Cleveland Prates também vetou a aquisição e assim se manteve (Luiz Scaloppe voltou atrás), mas desistiu de sua recondução ao Cade, pois ela está parada há seis meses no Senado, ao que parece refletindo uma aliança entre os senadores capixabas e a Nestlé, à qual o Governo ainda não se contrapôs” (BELLO, Carlos Alberto. A nova chance do Cade. *Revista de Economia da UFPR*, vol. 32, n. 1, ano 30, p. 163).
14. Cf. FARINA, Elizabeth; TITO, Fabiana. Análise prévia dos atos de concentração e eficácia do controle de fusões: perspectivas a partir de uma análise prévia da Lei 12.529. In: FARINA, Laércio et al. *A nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. p. 46.
15. Cf. OCDE; BID. Op. cit., p. 8. Não obstante, reconhecendo a impossibilidade se de estipular critérios objetivos que abarcassem todas as hipóteses de operações poten-

Deste modo, será possível às autoridades da concorrência concentrar sua atuação na atividade que muitos julgam a finalidade principal de um sistema antitruste: uma eficaz repressão às condutas anticompetitivas.¹⁶

A partir da análise da opção pelo modelo de análise prévia dos atos de concentração, é possível se observar também a construção de um desenho legislativo baseado em uma estrutura de incentivos entre os órgãos da Administração Pública e o administrado.

Com a nova lei, o administrado – no caso, as empresas (ou grupos) interessadas na aprovação de determinado ato concentracional – assume a responsabilidade de prestar o maior número de informações possíveis sobre a operação à Superintendência-geral. Desta forma, o órgão terá elementos suficientes para determinar o nível de complexidade da operação no menor tempo possível, definindo, assim, o rito processual a ser seguido.

Assim, a prestação do máximo de informações no dito “dia zero”, ou seja, no momento da notificação do ato, torna-se o método mais eficaz de garantir uma maior segurança jurídica na análise de seus pedidos, aumentando os potenciais ganhos do administrado.

Percebe-se, portanto, que a sistemática da análise prévia permitiu a estruturação de um mecanismo de incentivos condizente com o princípio colaborativo preconizado pelo art. 4.º, IV, da Lei 9.784/1999.¹⁷ Uma vez consolidado, referido mecanismo tenderá a deixar transparecer suas vantagens ao administrado, que terá a celeridade na apreciação de seu pedido condicionada à suficiência das informações prestadas ao SBDC.

cialmente capazes de engendrar riscos concorrenciais, a Lei 12.529/2011 garantiu ao Cade a possibilidade de requerer a notificação de atos que não se enquadrem nos critérios do art. 88, respeitado o prazo de até um ano após a realização da operação (v. art. 88, § 7.º).

16. “Carvalho entende que o principal objetivo do novo Cade será o de julgar condutas anticompetitivas das empresas. No ano passado, o órgão antitruste decidiu mais de 800 fusões e aquisições, das quais 95% eram casos simples, que não envolveram elevadas participações de mercado. Para o presidente do Cade, se forem julgadas entre 350 e 450 operações por ano, os objetivos da nova lei de proteção à competição serão atingidos. ‘Um órgão com recursos financeiros limitados e quadro pessoal escasso não pode se dar ao luxo de se dedicar à análise de fusões e aquisições que não têm maiores repercussões à economia’, disse Carvalho” (Cf. BASILE, Juliano. Prioridade do novo Cade é coibir cartéis. *Valor Econômico*, 19.06.2012).
17. “Art. 4.º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo: (...) IV – prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.”

2.1.2 A nova estrutura organizacional

Conveniente destacar a recomendação¹⁸ de que fossem consolidadas em uma única agência as funções de investigação, acusação e decisão, modelo já aplicado com sucesso em jurisdições distintas. Neste ponto, cabe uma descrição pormenorizada da nova estrutura organizacional do antitruste brasileiro.

É de se observar que a unificação organizacional promovida Nova Lei de Concorrência (NLC) visou a elevar a organicidade do SBDC, reconhecendo que a qualidade/eficiência dessa composição mostra-se indispensável para que o sistema opere em conformidade com as políticas a partir das quais fora elaborado.

Para Gesner de Oliveira, eram cinco os principais pontos sobre os quais deveria se debruçar a reflexão sobre o desenho institucional ideal para uma autoridade antitruste:

“i) flexibilidade institucional para lidar com as rápidas alterações estruturais do mercado, possibilitando uma célere e efetiva compreensão sobre as alterações ocorridas tanto no âmbito da produção quanto do consumo;

ii) eficiência e capacidade de decisão em tempo econômico, complementando o ponto anterior e inferindo a necessidade de ‘desburocratização’ do sistema;

iii) análise do custo burocrático de transação, compreendido como aquele decorrente da elaboração de acordos e estabelecimento das rotinas operacionais entre as instituições;¹⁹

iv) minimização do risco de conflito de competências, eliminando as desnecessárias sobreposições de atribuição entre os órgãos do sistema e garantindo maior celeridade ao trâmite processual;

18. Cf. OCDE; BID. Op. cit., p. 82-83.

19. Tais “acordos” evidentemente não dizem respeito aos mecanismos de consensualização entre Administração Pública e administrado, mas às metodologias comunicacionais estabelecidas entre as agências (compreendidas, aqui, como órgãos do sistema) para conferir maior eficiência aos procedimentos que demandem uma atuação conjunta. Gesner de Oliveira conclui que tais acordos devem conter, principalmente, “um sistema de triagem de casos, um tratamento diferenciado para casos mais simples, uma transparência de regras para o administrado, principalmente em relação aos critérios para tomada conjunta de decisão entre as agências” etc. (OLIVEIRA, Gesner de. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 74). Neste ponto, necessário aludir à Res. Cade 4/2012, que estipulou um verdadeiro guia (não vinculativo) para a realização de pareceres no âmbito do SBDC, padronização procedimental da qual se esperam ganhos em termos de celeridade e segurança jurídica ao administrado.

v) minimização do risco de 'captura' dos reguladores pela influência dos segmentos regulados, muitas vezes causada pela assimetria de informações entre o administrado e a Administração Pública."²⁰

A OCDE, de outra banda, também elencou em 2010 alguns fatores que deveriam ser preponderantemente levados em consideração nos debates que então ocorriam a respeito da nova lei antitruste brasileira: (a) a alta rotatividade de pessoal nas três agências (decorrente de fatores como a curta duração do mandato dos Conselheiros e insuficiência do quadro próprio de pessoal, do que decorria, na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ)), um grande acúmulo nas investigações de conduta e um aumento do tempo processual enfrentado pelo administrado); (b) a falta de um mecanismo de análise prévia dos atos de concentração econômica; (c) a ineficiência do modelo dos três "guichês", reconhecendo, não obstante, os esforços do SBDC em superar a questão ainda sob a Lei 8.884/1994.²¹

Áurea Ramim, em sentido semelhante, enfatizava a preocupação de órgãos da sociedade civil com o "excesso de burocracia e morosidade das análises, órgãos sujeito a injunções políticas, estrutura voltada para análise de transações que não geram impactos para os mercados",²² além da repetição de competências/atribuições e disputas internas envolvendo os três guichês da Lei 8.884/1994.²³ Cumpre analisar cada um dos aludidos aspectos de forma contextualizada, a partir da atuação dos componentes da estrutura organizacional do novo SBDC.

2.1.2.1 O novo Cade

É de se notar o fortíssimo aprimoramento institucional promovido não apenas pela NLC, mas também pela Res. Cade 1/2012, que aprovou o novo Regimento Interno do Cade, dotado de uma clareza e adequação metodológica nitidamente superior à Res. 45/2007.

Gesner de Oliveira já apontava²⁴ uma série de fatores para o fortalecimento institucional do órgão antitruste, dentre os quais:

20. OLIVEIRA, Gesner de. Op. cit., p. 68-69.

21. Cf. OCDE; BID. Op. cit., p.81-82.

22. RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. *As instituições brasileiras de defesa da concorrência*. Brasília: Fortium, 2005. p. 75.

23. Idem, p. 86.

24. OLIVEIRA, Gesner de. Op. cit., p. 139.

“a) a criação, por meio de lei, de um quadro permanente de funcionários do Cade;

b) o desenvolvimento de mecanismos de autonomia orçamentária;

c) o reforço da independência do Cade, com a ampliação do período de mandato e a criação de mandato para o responsável pela instrução processual;

d) a instituição de salvaguardas para a transparência institucional e a minimização do risco de captura (quarentena, relatório anual e prestação de contas dos membros do Cade).”

Em termos processuais e procedimentais, Gesner ainda preconizava três medidas principais para uma racionalização administrativa do SBDC, visando a reduzir o custo burocrático e aprimorar a condução das atividades no âmbito do sistema: (a) redução da fragmentação e duplicação de tarefas entre Cade, SDE e Seae; (b) o reforço do controle de prazos para a conclusão dos processos; (c) o aprimoramento do caráter preventivo e educativo da lei, introduzindo ainda o controle prévio de atos de concentração.²⁵

Um dos grandes feitos do novo diploma consistiu, efetivamente, na eliminação das redundâncias operacionais do mecanismo então vigente,²⁶ representadas mormente pela dispersão instrutória/decisória peculiar às jurisdições que adotam o sistema de agências múltiplas.²⁷ Diversos fatores distanciavam a atuação dos “três guichês” da concorrência do organicismo imprescindível a um sistema otimamente funcional,²⁸ e o desenho institucional proposto pela Lei 12.529/2011 soa como uma interessante alternativa para o problema.

25. Idem, p. 140.

26. Cf. FARINA, Elizabeth; TITO, Fabiana. *Análise...* op.cit., p. 43.

27. Daniel Crane, ao analisar o sistema norte-americano – em que há dois órgãos potencialmente decisórios –, enuncia uma série de “interações patológicas” decorrentes do desenho dualista das agências antitruste, ressaltando, principalmente, a) a confusão de competências e atribuições entre as agências e a b) duplicação dos custos e dificuldade em alcançar uma economia de escala. Segundo o autor, as expertises de cada uma das agências, caso combinadas em um só órgão, reduziriam os custos e melhor operacionalizariam a aplicação do direito antitruste (cf. CRANE, Daniel. *The institutional design of antitrust enforcement*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 43). Em semelhante ponderação, Gesner de Oliveira atentava ainda ao fato de que a criação de novas instituições poderia gerar um elevado custo de transição para o desenvolvimento de uma expertise setorial (cf. OLIVEIRA, Gesner de. Op. cit., p. 71), o que, no caso do novo SBDC, tenta-se evitar por meio da incorporação de antigos funcionários das agências – sem prejuízo dos novos cargos criados pela Lei 12.529/2011.

28. A ex-Procuradora do Cade Áurea Ramim já alertava para uma preocupação de órgãos da sociedade civil com o “excesso de burocracia e morosidade das análises, órgãos

2.1.2.1.1 Tribunal Administrativo de Defesa Econômica

A Lei 12.529/2011 engendrou a figura do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, análogo ao antigo Plenário do Cade, constituído por seis Conselheiros e um Presidente. O novo diploma não promoveu alterações na forma de composição do Plenário, reservando-se, principalmente, a rever as políticas legislativas referentes ao tempo de mandato de seus integrantes e ao quórum de operação e julgamento do Tribunal.

Com efeito, acatando as sugestões de que um mandato muito curto (como os dois anos previstos pela Lei 8.884/1994) tornaria os Conselheiros propícios ao controle externo (exercido pelo Poder Executivo por meio da possibilidade de não recondução), a Lei 12.529/2011 optou por fixar os períodos de investidura em quatro anos improrrogáveis.²⁹

O Tribunal passa, ainda, a representar o segundo grau de “jurisdição” administrativa no caso das decisões tomadas no âmbito da Superintendência-geral no campo da análise de estruturas de mercado. No campo das condutas, concentra em si o papel de instância judicante,³⁰ proferindo decisões após a instrução processual realizada pela Superintendência.

2.1.2.1.2 Superintendência-geral (SG)

No contexto da concentração das competências instrutórias e decisórias no âmbito do Cade, assume relevância a criação da Superintendência-geral (SG) pela Lei 12.529/2011.

Com a abolição do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) da Secretaria de Direito Econômico, tendo em vista a retirada de suas competências pelo novo diploma, as atribuições antes delegadas à SDE passam à novel Superintendência.

Trata-se de inovação particularmente relevante por retirar as competências instrutórias de um órgão da administração direta (SDE), afastando em defi-

sujeito a injunções políticas, estrutura voltada para análise de transações que não geram impactos para os mercados”, além da repetição de competências/atribuições e disputas internas envolvendo os três guichês da Lei 8.884/1994. (RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. Op. cit., p. 86).

29. Cf. art. 6.º, § 1.º, da Lei 12.529/2011.

30. Termo semanticamente compreendido no sentido de “instância competente para proferir decisões”, equivalente ao “poder judicante” do juiz, sem se confundir, por óbvio, com as atribuições delegadas pelo art. 92 da CF/1988 aos Tribunais do Poder Judiciário.

nitivo os riscos de controle direto pelo Poder Executivo³¹ – haja vista ser a Superintendência-geral investida dos autárquicos privilégios³² conferidos ao Cade de 1994 em diante.

Ao elencar as competências no novo órgão, a Lei 12.529/2011 deixa claro que a SG passa a não apenas concentrar as funções de investigar/instruir os processos referentes a condutas anticompetitivas, assumindo também atribuições instrutórias e até mesmo decisórias no âmbito do controle de estruturas.³³

No que diz respeito às condutas potencialmente anticompetitivas, o art. 13 da Lei 12.529/2011 conferiu à SG plenos poderes para a instrução dos processos e procedimentos referidos no diploma, incluindo a polêmica possibilidade de, havendo interesse instrutório, realizar inspeção na sede social, estabelecimento, escritório, filial ou sucursal de empresa investigada, sem a necessidade do aviso prévio de 24 horas previsto no art. 35 da revogada Lei 8.884/1994.

A SG é um órgão encabeçado pela figura do Superintendente-geral, investido de mandato (ainda que curto – dois anos)³⁴ após processo de indicação e nomeação idêntico ao dos Conselheiros do Tribunal.

31. A Secretaria de Direito Econômico, então responsável pelos procedimentos/processos instrutórios durante a vigência da Lei 8.884/1994, era órgão vinculado ao Ministério da Justiça, de forma que o Secretário poderia ser demitido a qualquer momento, o que não ocorre com o Superintendente-geral, que passa a ser investido de mandato (em que pese a curta duração – dois anos).

32. Dentre os quais “personalidade jurídica, orçamento ou quadro de servidores próprio”, ressaltando-se a notável retirada dos órgãos da administração indireta da estrutura hierárquica do Poder Executivo, sendo-lhes conferida maior independência administrativa (cf. RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. Op. cit., p. 71).

33. À SG também foi conferida competência para celebração dos chamados acordos substitutivos no âmbito do direito da concorrência. No caso dos Termos de Compromisso de Cessação (TCC), a competência para receber, analisar e, eventualmente, celebrar o acordo varia conforme o instante processual/procedimental. Qualquer interessado poderá submeter o termo ao Cade, endereçando ou ao Conselheiro-relator, caso os autos do processo administrativo já estejam no Tribunal, ou ao Presidente do Tribunal, caso esteja em fase preparatória ou de instrução na Superintendência-geral. O novo Regimento Interno do Cade (cf. arts. 179-189) prevê, ainda, a possibilidade do próprio Superintendente-geral propor requerimento de TCC na hipótese de procedimento preparatório, inquérito ou processo administrativo em curso na Superintendência, situação em que as partes deverão ser notificadas pelo Presidente do Cade para se manifestarem sobre eventual interesse na celebração do termo.

34. Cf. art. 12, §§ 1.º a 6.º, da Lei 12.529/2011.

O órgão conta ainda com uma divisão entre Coordenadorias especializadas,³⁵ o que tende a engendrar bolsões de expertise técnica – assumindo peculiar relevância, portanto, o desenvolvimento de políticas de retenção de funcionários com o fito de desenvolver uma cultura institucional no órgão.

Partindo do declarado objetivo político de priorizar a efetiva repressão às condutas anticompetitivas em detrimento da utilização do aparato burocrático em operações irrelevantes sob a ótica da concorrência, a atuação eficiente do novo órgão no controle prévio de estruturas é elemento imprescindível para a consolidação de um desenho institucional condizente com a robustez e complexidade do contexto mercadológico em que o Brasil se encontra inserido.

Com efeito, na esteira da tendência de “desafogamento” do Cade da forçosa análise de atos de concentração com ínfimo potencial de causar efeitos anticompetitivos, regulamentou-se por meio de resolução o Procedimento Sumário para Análise de Atos de Concentração.

Segundo dados do próprio Cade, 93,2% dos atos submetidos à análise do Conselho entre janeiro de 2004 e dezembro de 2011 não possuíam qualquer risco ao ambiente competitivo (aprovadas, pois, sem restrições). O índice de reprovação, por sua vez, não ultrapassou 0,1%, sendo que de todos estes processos 76,21% tramitaram sob o rito sumário.³⁶

A mobilização de duas Secretarias e um Plenário para o processamento destes atos, além de não se fazer necessária, representava óbice à eficiência operacional do SBDC – contando, porém, com o respaldo das molduras normativas que delimitavam o desenho do sistema até então.

A adoção de um controle prévio de estruturas, além de conferir maior segurança jurídica ao mercado (e também aos consumidores e aos próprios investidores), evita as estafantes situações de desconstrução de atos já consumados. Neste âmbito, a Superintendência-geral assume a tarefa de proceder ao exame da complexidade das operações, decidindo de forma discricionária se deverão tramitar sob o rito sumário ou ordinário.

35. Em síntese, quatro Coordenadorias-gerais especializadas em atos de concentração complexos e condutas unilaterais, divididas setorialmente; uma voltada mormente à análise preliminar de atos de concentração e exame de complexidade das operações para enquadramento (ou não) no rito ordinário; e três dirigidas principalmente ao combate a cartéis (cartéis em geral, cartéis em licitação e cartéis internacionais).

36. Disponível em: [<http://cade.gov.br/Default.aspx?30f033fd0200005aca6c>]. Acesso em: 15.02.2013.

As operações complexas passarão por instrução complementar, ao passo que aquelas definidas como simples serão objeto de decisão simplificada por parte da própria SG. E, de acordo com o art. 54, I, da Lei 12.529/2011, nos casos de menor potencial ofensivo à concorrência (descritos no art. 8.º da Res. Cade 2/2012 e processados, pois, no *fast track* do rito sumário) competirá à própria Superintendência-geral conhecer do pedido e proferir decisão terminativa.³⁷

Como visto, pela primeira vez é retirada do âmbito do Tribunal a atribuição de decidir sobre a aprovação de determinados atos de concentração, conferindo tal competência ao próprio órgão instrutório. Todavia, observe-se que não se trata de decisão absoluta e em instância administrativa única, tendo a nova Lei da Concorrência estabelecido a possibilidade de recurso contra decisão de aprovação do ato pela Superintendência-geral, além da hipótese do incidente de avocação passível de ser promovido pelo Tribunal.^{38,39}

No âmbito das condutas, como observado pela OCDE,⁴⁰ fazia-se necessário eliminar o modelo que concentrava no Plenário as competências “decisórias” no âmbito das investigações preliminares: caso opinasse pelo arquivamento de determinada averiguação preliminar (equivalente ao inquérito administrativo da Lei 12.529/2011), o órgão instrutório (SDE) deveria encaminhar relatório circunstanciado para decisão formal do Cade, o que deixa de existir nos termos da nova Lei, que preconizou procedimento mais célere.⁴¹

37. Em 05.07.2012 foi publicada a primeira decisão sobre ato de concentração econômica analisado nos termos da Lei 12.529/2011. Trata-se do processo n. 08700.003962/2012-87 (Requerentes: GPS Participações e Top Service Ltda.), operação envolvendo aquisições societárias e aprovada sem restrições pelo Superintendente-geral Carlos Ragozo 27 dias após a notificação.

38. Cf. art. 122, II, da Res. Cade 1/2012 (“o Tribunal poderá, mediante provocação de um de seus Conselheiros e em decisão fundamentada, avocar o processo para julgamento”).

39. Além, caso a decisão da SG seja pela não aprovação ou aprovação com restrições, e igualmente na hipótese de inexistência de elementos conclusivos sobre os efeitos da operação no mercado, nota-se ainda a figura da “impugnação perante o Tribunal”, prevista no art. 57, II, da Lei 12.529/2011. Realizada pela própria Superintendência, o ato de impugnação deve demonstrar, circunstancialmente, o potencial lesivo do ato à concorrência e as razões que fundamentarem sua não aprovação ou aprovação com restrições.

40. Cf. OCDE; BID. Op. cit., p. 86.

41. Encerrado o inquérito, o Superintendente-geral decidirá, em até 10 dias, pela instauração do processo administrativo ou pelo arquivamento do inquérito, decisão da

Por fim, é de se repisar que a transferência das competências instrutórias do então órgão da administração direta (SDE) ao próprio Cade afasta em definitivo os riscos de controle direto pelo Poder Executivo, considerando os privilégios autárquicos⁴² conferidos pela lei aos órgãos do Conselho.

2.1.2.1.3 Departamento de Estudos Econômicos

De alguma forma subutilizado durante a vigência da Lei 8.884/1994, o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) assume, com a Nova Lei de Concorrência, as atribuições antes desempenhadas pela Seae no âmbito do controle de estruturas e repressão a condutas anticompetitivas.

Dirigido por um Economista-Chefe, nomeado por decisão conjunta tomada entre o Superintendente-geral e o Presidente do Tribunal, ao Departamento de Estudos Econômicos incumbe a realização de estudos e pareceres em sua área de expertise.

Em suma, passa ao DEE a responsabilidade de auxiliar tanto a Superintendência quanto o próprio Tribunal no decorrer dos processos/procedimentos de instrução e julgamento, ressaltando-se, aqui, o papel a ser desempenhado na análise econômica dos atos de concentração econômica.

Ressalte-se que, em termos organizacionais, trata-se de órgão subordinado (inclusive orçamentariamente) tanto ao Tribunal quanto à Superintendência-geral, o que pode limitar, ainda que em tese, a autonomia científica de seus pareceres.

2.1.2.2 Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (Seae/MF)

Nos termos da Lei 12.529/2011, a Seae/MF permanece integrando o SBDC – externamente, contudo, ao Cade. Prossegue subordinada ao Ministério da Fazenda, encontrando nos incisos do art. 19 da Lei 12.529/2011, suas competências no âmbito do SBDC, todas com caráter essencialmente opinativo.

qual, como no procedimento preparatório, caberá recurso em cinco dias ao próprio Superintendente-geral (cf. art. 144 da Res. Cade 1/2012). Na hipótese de decisão pelo arquivamento, caberá o chamado incidente de avocação, por meio do qual o Tribunal poderá, a partir da provocação de um Conselheiro, avocar o inquérito.

42. Dentre os quais “personalidade jurídica, orçamento ou quadro de servidores próprio”, ressaltando-se a notável retirada dos órgãos da administração indireta da estrutura hierárquica do Poder Executivo, sendo-lhes conferida maior independência administrativa. (cf. RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. Op. cit., p. 71).

Parte das competências conferidas à Seae pela Lei 8.884/1994 no âmbito do SBDC, como visto, passaram ao Departamento de Estudos Econômicos do Cade, de modo que o órgão vinculado ao Ministério da Fazenda perde suas então consolidadas atribuições nos processos de análise de atos de concentração, bem como a possibilidade de opinar nos casos de conduta.

A nova distribuição de atribuições à Seae coaduna com uma política legislativa de ampliar o papel da advocacia da concorrência no país. Tal como explica Carlos Ragazzo, é possível observar um papel residual na promoção da advocacia da concorrência. *In verbis*:

“[a]dvocacia da concorrência é qualquer ação de promoção de concorrência que não esteja relacionada com o controle de atos de concentração (função preventiva) ou com a repressão de condutas anticompetitivas (função repressiva), estas últimas consideradas pela literatura internacional como ações de *enforcement*.”⁴³

Aprofundando o conceito, a OCDE apresenta ainda uma divisão das atividades de advocacia da concorrência em duas dimensões: (a) a participação como consultora do Governo e agências reguladoras a respeito da legislação e regulamentos que constituem a política de concorrência;⁴⁴ (b) a difusão das políticas de defesa da concorrência pelos diferentes estratos econômico-sociais do país, elevando o nível de conhecimento e aceitação da opinião pública sobre o antitruste.

Espera-se que a concentração das funções de advocacia da concorrência na Seae confira maior eficiência à promoção de ambas as dimensões elencadas pela OCDE, enfatizando a relevância da atuação do órgão junto às instâncias reguladoras no processo de produção normativa que possa implicar efeitos concorrenciais.⁴⁵

3. AVALIAÇÃO INSTITUCIONAL DAS AGÊNCIAS ANTITRUSTE

Nove anos após a ruidosa classificação do Brasil como dotado do pior sistema de defesa da concorrência entre as 26 jurisdições analisadas pela Global

43. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Análise econômica da regulação: o papel da advocacia da concorrência*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em: [http://escholarship.org/uc/item/6k0688wp]. Acesso em: 18.03.2013.

44. Tendo a Seae atuado e adquirido experiência em diversos setores, como transporte (terrestre de superfície, aéreo civil e urbano), saúde, atividades bancárias, telecomunicações, e setor portuário. Para maior detalhamento sobre a atuação da SEAE durante a vigência da Lei 8.884/1994, cf. OCDE. Op. cit., p. 77-80).

45. Cf. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Op. cit., p. 15-16.

Competition Review,⁴⁶ a mesma GCR conferiu ao Cade, em 2011, o prêmio de “melhor agência antitruste das Américas no ano”.

Explicando as razões que teriam levado à premiação, Elizabeth Farina e Fabiana Tito citam: (a) melhora na eficiência, na transparência e na qualidade técnica das decisões do Cade; (b) redução do tempo de análise dos atos de concentração; (c) adoção de uma postura mais agressiva no combate aos cartéis; (d) promoção de treinamento dos funcionários e realização de consultas bilaterais com autoridades de concorrência de outros países; (e) atuação efetiva do Brasil em fóruns internacionais, como o Comitê de Concorrência da OCDE e a International Competition Network (ICN), cujo Grupo de Trabalho sobre a Efetividade das Agências era então copresidido pelo próprio Cade.⁴⁷

Espera-se que a aplicação prática das recomendações propostas pela OCDE e adotadas pela nova Lei de Concorrência a partir de 2012 tenda a elevar ainda mais a credibilidade do SBDC perante as demais autoridades da concorrência e, principalmente, aos atentos olhos do mercado globalizado.

3.1 Possíveis critérios de avaliação

Daniel Sokol propõe uma metodologia baseada em um questionário composto de 17 quesitos, a serem avaliados com uma nota de 1 a 5 por membros da comunidade atuante no meio antitruste.⁴⁸ Trata-se de mecanismo semelhante ao utilizado pelas pesquisas independentes da Global Competition Review, envolvendo, dentre outros, critérios como a transparência no processo decisório, a razoabilidade dos procedimentos estabelecidos, a expertise dos funcionários da agência, a análise dos atos de concentração (tanto o procedimento quanto a qualidade técnica das decisões) e a efetividade no combate aos cartéis e em outras condutas específicas (exclusividade, fechamento de mercados etc.).

46. Cf. GLOBAL COMPETITION REVIEW (GCR). Rating the Enforcers (2002). Disponível em: [www.globalcompetitionreview.com/_files/_surveys/gcr_re_2002.pdf]. Acesso em: 20.09.2012. Para uma compreensão analítica dos fatores que levaram à péssima colocação do Cade, cf. GRINBERG, Mauro. Método arriscado: os motivos que deixaram o Cade atrás de 25 agências no mundo. *Conjur.* 02.09.2002. Disponível em: [www.gcba.com.br/pdf/012public_anufl3639__mauro01.pdf]. Acesso em: 20.08.2012.

47. FARINA, Elizabeth; TITO, Fabiana. *A premiação internacional do CADE e o Projeto de Lei em tramitação no Congresso*. Informações FIPE (Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas). n. 366, mar. 2011, p. 8. Disponível em: [www.fipec.org.br/publicacoes/downloads/bif/2011/3_8-10-farina.pdf]. Acesso em: 18.03.2013.

48. Cf. SOKOL, D. Daniel. Designing Antitrust Agencies for More Effective Outcomes. *Loyola University Chicago Law Journal*, vol. 41, n. 3, p. 578-582.

William Kovacic também ressalta a necessidade de uma estipulação de critérios objetivos para a qualificação de uma agência antitruste.⁴⁹ O autor apresenta uma divisão dos referidos quesitos entre aspectos substanciais dos resultados (ou seja, se o *enforcement* promovido pela agência tem afetado a atividade econômica de forma a garantir a livre-concorrência e o bem-estar do consumidor, sem uma proliferação de práticas anticompetitivas no mercado) e aspectos procedimentais/processuais (cujo aprimoramento pode garantir, por si só, uma maior efetividade das agências na promoção de seus propósitos).

No que diz respeito a estes “propósitos” da agência, Kovacic sustenta ainda a necessidade de uma formulação e ampla comunicação ao corpo de funcionários e grupos atuantes na agência sobre um planejamento interno das metas, além de uma maior clareza sobre o que se pretende alcançar por meio da atuação funcional em determinado período.⁵⁰

Neste sentido, foi publicada em 27 de agosto a Portaria Cade 154/2012,⁵¹ que estabeleceu um plano de metas (globais e intermediárias) de desempenho institucional do período de 01.07.2012 até 30.06.2013. Tal Portaria instituiu, ainda, um mecanismo de reforço positivo aos funcionários do SBDC, haja vista que a avaliação dos resultados obtidos servirá também para fins de cálculo do valor das gratificações dos servidores ocupantes de cargos efetivos no âmbito do Cade.

Para o período ressaltado acima, a Portaria Cade 154 estabeleceu como metas globais o julgamento de 715 casos, além da instrução de 600 atos de concentração econômica e 350 inquéritos/processos administrativos, reduzindo o “estoque” processual referente aos casos temporalmente vinculados aos ritos da Lei 8.884/1994.

Já como metas intermediárias, estipulou-se a realização de 100 medidas relacionadas à disseminação da cultura da concorrência (dentre “seminários, fóruns, *workshops*, palestras, papers, assinaturas de convênios de cooperação técnica, visitas e reuniões técnicas, entrevistas, publicações e peças publicitárias”), consolidando, assim, uma cultura institucional positiva que naturalmente garantirá ao Cade o recebimento das devidas qualificações internacionais e a elevação de seu prestígio institucional.

49. KOVACIC, W. E.; HOLLMAN, H. M.; GRANT, P. How Does Your Competition Agency Measure Up? *European Competition Journal*, p. 30.

50. Idem, p. 31.

51. DOU 27.08.2012, n. 166, Seção 1, p. 22.

Pois bem, tendo como ponto de partida as aludidas análises objetivas do funcionamento de um sistema antitruste, é possível interpretar a atuação de seus órgãos como um mecanismo de linguagem institucional.

Especificamente, o arranjo administrativo-organizacional descrito pela faceta normativa é a base estrutural de um processo comunicativo⁵² a ser necessariamente realizado entre o Estado (no caso, a própria Agência) e seus interlocutores (receptores da mensagem), representados, a título de exemplo: (a) pelo mercado (nacional e globalizado, englobando empresários e investidores, que por meio das decisões tomadas no âmbito do Conselho tomam ciência de fatores indicativos das políticas públicas priorizadas); (b) pelo próprio Estado, em diálogo interno com as demais agências e órgãos que atuam direta ou indiretamente na promoção da concorrência – incluso, portanto, o próprio Poder Judiciário (assumindo relevância o fortalecimento da Agência como forma de reduzir o índice de revisão judicial de suas decisões); e (c) pelas instituições de defesa da concorrência estrangeiras e organismos internacionais voltados à promoção de políticas públicas correlatas.

É possível concluir, portanto, que o sistema bem-sucedido em transmitir com clareza e precisão sua mensagem política tenderá naturalmente a um desenvolvimento mais profícuo em relação àquele que preconizar métodos e procedimentos os quais, se não obscuros, são de difícil assimilação e pouco compatíveis com o comportamento do mercado e dos consumidores em seu respectivo contexto.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em plano teórico, não há dúvidas de que o desenho institucional engendrado pela Lei 12.529/2011 se aproxima de um formato compatível com seus propósitos declarados. Contudo, retomando as assertivas de Eleanor Fox (cf. item 2), não seria razoável promover julgamentos sobre a qualidade de um modelo de estrutura organizacional sem uma compreensão analítica do contexto social/político/econômico em que está inserido.

Desta feita, é possível concluir que, considerando o momento econômico brasileiro, a experiência empiricamente adquirida pelo SBDC durante a vigência da Lei 8.884/1994 e, principalmente, a adoção das recomendações pro-

52. Forçoso notar que a própria terminologia de que se vale a Lei indica um viés comunicativo. Em contraposição ao antigo “Plenário”, a Lei 12.529/2011 instituiu o “Tribunal da Concorrência”, enfatizando seu caráter judicante (e não meramente opinativo/consultivo – semas usualmente relacionados ao vocábulo “Conselho”).

postas pela OCDE, a opção do legislador pelo novo arranjo institucional se revestiu de ampla razoabilidade e apuração técnica.

A escolha político-legislativa por um modelo de notificações prévias e pela nova estrutura organizacional pode ser facilmente enquadrada no rol de medidas que visam a reduzir as incertezas no relacionamento estabelecido entre a Administração Pública (na figura do SBDC) e o administrado (no caso, os agentes econômicos cuja atuação é submetida ao escrutínio do Cade).

E, tal como explica North, é na redução dessas incertezas (e dos custos de transação dela decorrentes) que exsurge um dos principais papéis das instituições.⁵³ Valendo-se do dito “monopólio” legislativo, o Estado assume a função não apenas de decidir sobre questões envolvendo os direitos (referentes, de modo geral, ao direito de propriedade e seu exercício – em face do mercado, no caso do antitruste), mas também de delimitar e atribuir referidos direitos, o que se dá por meio das estruturas viabilizadas a partir da escolha por determinado modelo de desenho institucional, cuja eficiência será inversamente proporcional ao nível de incerteza sobre sua atuação.

A escolha deste modelo (abordado, no presente artigo, a partir de sua estrutura organizacional), para North, ocorre por meio de um processo que parte do reconhecimento da Administração como parte integrante do sistema econômico, dotada de interesses particulares tendo em vista o modelo de desenvolvimento econômico em voga. Uma vez delimitadas tais particularidades, parte-se em busca de uma “solução cooperativa” entre os legisladores e grupos de interesse,⁵⁴ resultando em um modelo institucional que, em última análise, corresponderá ao ponto médio entre as forças políticas envolvidas.

Ademais, faz-se necessária uma interação cada vez maior entre agências públicas e instituições privadas com o objetivo de aprimorar o sistema. Não obstante, a divergência de interesses entre as esferas presentes neste forçoso diálogo interinstitucional – incluídos aqui tanto os vetores de interação público-público quanto os público-privado – engendra um ambiente suscetível de captura das autoridades por interesses não necessariamente condizentes com os da coletividade (logo, potencialmente contrários ao interesse público).

A elaboração de mecanismos e estratégias visando a reduzir tais riscos de captura merece também um relevante capítulo na nova agenda do antitruste

53. GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglass North. *Revista de Economia Política*, vol. 23, n. 2 (90), p. 100.

54. FIANI, Ronaldo. Estado e economia no institucionalismo de Douglass North. *Revista de Economia Política*, vol. 23, n. 2, p. 149.

brasileiro, conferindo ao Administrador um arcabouço normativo que enseje não apenas uma articulação institucional eficaz (meio), mas também a execução de políticas públicas com olhos voltados ao efetivo interesse público que deve nortear a atuação do Estado.

Igualmente, as respectivas molduras normativas devem viabilizar ao Cade um regime administrativo que propicie a flexibilidade e revisibilidade⁵⁵ necessárias para a constante adequação às particularidades de um mercado cada vez mais dinâmico e complexo. Com a paulatina evolução do novo antitruste brasileiro, seus problemas e conflitos se tornarão claros e, com sorte, passíveis de solução pelos mecanismos normativos colocados à disposição do Administrador.

De se esperar, portanto, que as alterações promovidas pela Lei 12.529/2011 na substância do antitruste brasileiro também contribuam para a efetivação dos propósitos declarados do novo SBDC: um controle de estruturas eficiente – mas que não implique uma desnecessária sobrecarga ao sistema –, além de um maior foco na repressão às condutas anticompetitivas, aprimorando as condições para a defesa dos direitos econômicos e reafirmando o compromisso institucional com um modelo de desenvolvimento inclusivo pautado na plena proteção ao consumidor.⁵⁶

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BASILE, Juliano. Prioridade do novo Cade é coibir cartéis. *Valor Econômico*, 19.06.2012.
- BELLO, Carlos Alberto. A nova chance do Cade. *Revista de Economia da UFPR*, vol. 32, n. 1 (ano 30), p. 163. Curitiba: UFPR, jan.-jun. 2006.
- CARVALHO, Vinícius Marques de. Discurso de posse na presidência do Cade. 18.07.2012. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Discurso%20de%20posse%20do%20presidente%20do%20Cade%20%28vinicius%29.pdf]. Acesso em: 18.03.2013.
- COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, no prelo.
- CRANE, Daniel. *The institutional design of antitrust enforcement*. New York: Oxford University Press, 2011.

55. COUTINHO, Diogo, R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. *Política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, no prelo, p. 10.

56. Cf. CARVALHO, Vinicius Marques de. Op. cit., p. 8.

- DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. *Direito antitruste: o combate aos cartéis*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FARINA, Elizabeth; TITO, Fabiana. Análise prévia dos atos de concentração e eficácia do controle de fusões: perspectivas a partir de uma análise prévia da Lei 12.529. In: FARINA, Laércio et al. *A nova Lei do Cade*. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012.
- _____; _____. *A premiação internacional do Cade e o projeto de lei em tramitação no Congresso*. Informações Fipe (Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas). n. 366. mar. 2011. Disponível em: [www.fipe.org.br/publicacoes/downloads/bif/2011/3_8-10-far.pdf]. Acesso em: 18.03.2013.
- FIANI, Ronaldo. Estado e economia no institucionalismo de Douglass North. *Revista de Economia Política*. vol. 23. n. 2. São Paulo: Centro de Economia Política, abr.-jun. 2003.
- FOX, Eleanor. Antitrust and institutions: design and change. *Loyola University Chicago Law Journal*. vol. 41. n. 3. ago. 2010. Disponível em: [www.luc.edu/law/media/law/students/publications/lj/pdfs/fox_design.pdf]. Acesso em: 18.03.2013.
- GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglass North. *Revista de Economia Política*. vol. 23. n. 2. São Paulo: Centro de Economia Política, abr.-jun. 2003.
- GLOBAL COMPETITION REVIEW (GCR). Rating the enforcers 2012. Disponível em: [www.globalcompetitionreview.com/rating-enforcement/]. Acesso em: 05.09.2012.
- _____. Rating the Enforcers 2002. Disponível em: [www.globalcompetitionreview.com/_files/_surveys/gcr_re_2002.pdf]. Acesso em: 20.09.2012.
- GRINBERG, Mauro. Método arriscado: os motivos que deixaram o Cade atrás de 25 agências no mundo. *Conjur*. 02.09.2002. Disponível em: [www.gcba.com.br/pdf/012public_anuft3639__mauro01.pdf]. Acesso em: 20.08.2012.
- KOVACIC, W. E.; HOLLMAN, H. M.; GRANT, P. How Does Your Competition Agency Measure Up? *European Competition Journal*. Abril 2011. Disponível em: [www.ftc.gov/speeches/kovac/1104agencycompetition.pdf]. Acesso em: 18.03.2013.
- MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: GILBERTO, André Marques; CAMPILONGO, Celso Fernandes; VILELA, Juliana Girardelli (org.). *Concentração de empresas no direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Singular, 2012.
- NORTH, Douglass C. Institutions. *The Journal of Economic Perspectives*. vol. 5. n. 1. 1991. Disponível em: [www.econ.uchile.cl/uploads/documento/94ced618aa1aa4d59bf48a17b1c7f605cc9ace73.pdf]. Acesso em: 18.03.2013.
- OCDE. About the OECD. Disponível em: [www.oecd.org/about/]. Acesso em: 14.03.2013.
- _____; BID (BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO). *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris, 2010.

- OLIVEIRA, Gesner de. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Análise econômica da regulação: o papel da advocacia da concorrência*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em: [<http://escholarship.org/uc/item/6k0688wp>]. Acesso em: 18.03.2013.
- RAMIM, Áurea Regina Sócio de Queiroz. *As instituições brasileiras de defesa da concorrência*. Brasília: Fortium, 2005.
- SOKOL, D. Daniel. Designing Antitrust Agencies for More Effective Outcomes. *Loyola University Chicago Law Journal*. vol. 41. n. 3. ago. 2010. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1597115]. Acesso em: 18.03.2013.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/2011, de Leopoldo Pagotto, Bruno Oliveira Maggi e Gabriel Noronha Grecco – *RDB* 55/15;
- A nova legislação brasileira de defesa da concorrência: perspectivas e desafios – Comentários à Lei 12.529/2011, de José Antonio Batista de Moura Ziebarth – *RIBRAC* 20/471; e
- As recomendações da OCDE para o desenvolvimento do direito concorrencial no Brasil e a Lei 12.529/2011, de Gustavo Flausino Coelho e Ricardo Mafra – *RIBRAC* 22/307.

DIREITO DE CONCORRÊNCIA E DIREITO DO CONSUMIDOR

4

Em busca de maior proteção dos direitos dos consumidores

DANIELA VASCONCELLOS GOMES

Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Especialista em Direito Civil Contemporâneo pela Universidade de Caxias do Sul. Relatora do Tribunal de Ética e Disciplina da OAB – Subseção de Farroupilha/RS. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Constitucional; Consumidor; Comercial/Empresarial

RESUMO: Diante da grande ocorrência de práticas abusivas no mercado de consumo em decorrência do abuso do poder econômico, mostra-se necessário maior debate sobre a aplicação do direito de concorrência. Nesse sentido, o presente artigo tem por objetivo analisar a relação existente entre a legislação antitruste e as normas de direito do consumidor, buscando seus pontos de contato e suas particularidades. Para tanto, foram analisados aspectos relacionados ao fundamento constitucional da defesa da concorrência, ao fundamento constitucional da defesa do consumidor, e aos destinatários dos valores protegidos pelo direito de concorrência. Os resultados permitem concluir que aplicação conjunta das

ABSTRACT: Given the high incidence of abusive practices in the consumer market due to the abuse of economic power, it appears necessary to further discussion on the application of competition law. In this sense, this article aims at analyzing the relationship between antitrust laws and the rules of consumer law, seeking their points of contact and their particularities. Therefore, we analyzed aspects related to constitutional basis of antitrust, the constitutional foundation of consumer protection, and the recipients of the values protected by competition law. The results indicate that application of the standards imposed by these two branches of law is of great importance to society, plays a fundamental

normas impostas por esses dois ramos do Direito é de grande importância para a sociedade, pois exerce papel fundamental em busca da efetiva proteção dos direitos dos consumidores.

PALAVRAS-CHAVE: Concorrência – Consumidor – Constituição – Poder econômico – Mercado de consumo.

role since in search of effective protection of consumer rights.

KEYWORDS: Competition – Consumer – Constitution – Economic power – Consumer market.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O fundamento constitucional da defesa da concorrência – 3. O fundamento constitucional da defesa do consumidor – 4. O consumidor como destinatário dos valores protegidos pelo direito de concorrência – 5. Considerações finais – 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Muitos estudos existem sobre a defesa da concorrência, e outros tantos sobre o direito do consumidor. No entanto, na maior parte das vezes estes dois ramos do Direito são tratados de forma isolada, ainda que possuam importantes aspectos em comum, os quais deveriam ser abordados conjuntamente, para que sua aplicação possa ser ainda mais eficaz.

Nesse sentido, este trabalho se justifica diante da frequente ocorrência de práticas abusivas no mercado de consumo em decorrência do abuso do poder econômico, mostrando-se necessário maior debate sobre a aplicação do direito de concorrência e do direito do consumidor, avaliando seus distintos objetos e a possibilidade de integração destes diferentes ramos da ciência jurídica.

De modo que este trabalho tem por objetivo analisar a relação existente entre a legislação antitruste e as normas de direito do consumidor, abordando seus pontos de contato e suas particularidades, em busca de uma proteção mais efetiva dos direitos dos consumidores, verdadeiros destinatários destas legislações. Para o desenvolvimento deste raciocínio, o estudo divide-se em três partes.

A primeira parte aborda o fundamento constitucional da defesa da concorrência, trazendo seus aspectos mais importantes, tais como sua definição, seu objeto, sua origem constitucional e infraconstitucional, além de outras características relevantes.

A segunda parte trata das principais características do direito do consumidor, abordando seu fundamento constitucional, sua finalidade, as normas aplicáveis, e o fundamento para a aplicabilidade de diversas normas em busca da proteção dos direitos dos consumidores.

A terceira parte faz uma análise sobre a relação existente entre a defesa da concorrência e a defesa do consumidor, trazendo o consumidor como destinatário dos valores protegidos pelo direito de concorrência. Neste ponto, são abordados os pontos de contato e as divergências destes ramos do Direito, sempre sob o viés da proteção dos direitos dos consumidores, buscando minimizar sua reconhecida hipossuficiência nas relações de consumo.

A importância deste trabalho, ressalta-se, é a busca de uma proteção mais efetiva dos direitos dos consumidores, com a aplicação conjunta das normas impostas pelo direito concorrencial e pelo direito do consumidor, os quais não podem mais ser observados de forma fragmentada e isolada, de maneira a dar maior efetividade a seus dispositivos, o que evidentemente beneficia toda a sociedade.

2. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Conforme Plácido e Silva, concorrência é “vocábulo que se deriva do latim *concurrentia*, de *concurrere* (disputar, pretender, combater, contribuir)”, e que diz respeito ao esforço empreendido por comerciantes ou industriais buscando atrair mais clientes, de modo a ampliar seus negócios.¹

Nesse sentido, Carpena define concorrência da seguinte forma: “Concorrência, na economia de mercado, significa a circunstância na qual se encontram fornecedores de produtos ou serviços, disputando uma clientela que se disponha a adquiri-los, e tendo por fim um objetivo empresarial, que pode ser maior lucratividade, maior volume de vendas ou simplesmente maior parcela de mercado”.²

A defesa da concorrência é uma forma de refrear abusos cometidos pelos agentes econômicos em detrimento de concorrentes e consumidores. Seu fundamento está previsto constitucionalmente, já que a livre concorrência é elencada como princípio da ordem econômica no art. 170 da CF/1988. Conforme Carpena, “o fundamento constitucional do direito à concorrência é o princípio da livre concorrência”.³

A livre concorrência, para Plácido e Silva, “(...) assim se entende a liberdade deixada aos comerciantes, para que exerçam suas atividades comerciais,

1. DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 331-332.

2. CARPENA, Heloísa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 9.

3. *Idem*, p. 34.

seguindo a orientação que é ditada pelos seus próprios interesses. Nestas circunstâncias, mostram-se as atividades comerciais, a que não se impõe qualquer espécie de restrição, nem quanto às pessoas nem quanto a seu objeto; desenvolvem-se ou se desenrolam naturalmente, subjugadas, simplesmente, pela força das leis econômicas. A livre concorrência, como teoria, opõe-se ao sistema de monopólios ou de restrições ao exercício das atividades comerciais".⁴

A primeira Constituição que tratou de forma sistemática a atividade econômica foi a Constituição alemã de 1919, conhecida como a Constituição de Weimar, a qual influenciou diversas constituições, inclusive a Constituição brasileira de 1934, que incluiu um título dedicado à ordem econômica e social, e contemplou em seu art. 115 pela primeira vez a garantia da liberdade econômica.⁵⁻⁶ A Constituição de 1937, a que muitos atribuem caráter fascista, também contemplou a ordem econômica, em seu art. 135.⁷ No art. 145 da Constituição de 1946, a liberdade econômica foi igualmente contemplada.⁸⁻⁹

4. DE PLÁCIDO E SILVA. Op. cit., p. 858.

5. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 344-345.

6. "Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica". POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. p. 161.

7. "Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta". COSTA PORTO, Walter. *Constituições brasileiras: 1937*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 104.

8. "Art. 145. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único. A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social". BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 103.

9. Além disso, pela primeira vez houve previsão expressa à repressão ao abuso do poder econômico no texto constitucional: "Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma

Na Constituição de 1967, o título referente à ordem econômica e social, foi mantida a preocupação de garantir a liberdade de iniciativa e a repressão ao abuso do poder econômico.¹⁰

Na Constituição Federal de 1988, a ordem econômica foi tratada da seguinte forma: "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; (...) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei."¹¹

De modo que as constituições de 1824 e 1891 não contemplaram especificamente a ordem econômica e social.¹²⁻¹³ As Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967 dedicaram um título próprio ao assunto, com algumas variações na forma de proteger a liberdade econômica. Já a Constituição Federal de 1988 disciplinou a ordem econômica e a ordem social em títulos distintos.¹⁴

Na legislação infraconstitucional, a origem histórica da tutela da concorrência está no Dec.-lei 869/1938, que tratava da economia popular. Posteriormente, houve o advento Dec.-lei 7.666/1945, o qual definiu os abusos do poder econômico e criou um órgão administrativo específico (Cade) para observância de seus dispositivos. Com a edição da Lei 4.137/1962, a defesa da concorrência

de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros" (BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. Op. cit., p. 103).

10. "Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I – liberdade de iniciativa; (...) V – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros; e (...)". CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1967*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 168.
11. TACITO, Caio. *Constituições brasileiras: 1988*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 177.
12. NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 103-105.
13. BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 97-99.
14. TACITO, Caio. Op. cit., p. 32-33.

começou a ter regulamentação mais efetiva, e após o advento da Constituição Federal de 1988, e da edição das Leis 8.158/1991 e 8.884/1994, também ligadas à matéria concorrencial, esta começou a ter a delimitação atual.¹⁵

A legislação hoje vigente, a Lei 12.529/2011, que tem por objeto a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, é conduzida pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, e é verdadeiro instrumento de efetivação do princípio constitucional da livre concorrência.

Conforme Pfeiffer, “Necessário, ainda, deixar claro que o objeto de repressão pela Constituição Federal e pela legislação de defesa da concorrência não é o *poder econômico* em si, mas sim o seu uso abusivo, que ocorrerá sempre que ele visar à dominação de mercado, à eliminação da concorrência ou ao aumento arbitrário dos lucros”.¹⁶

Ao proteger o mercado competitivo, a lei antitruste protege toda a população, já que os consumidores podem ser considerados os verdadeiros destinatários dessa norma. Conforme Schmitt, “embora possa parecer, inicialmente, que a liberdade de concorrência seja uma premissa que expresse uma relação entre empresários, ou fornecedores, esta atinge diretamente o interesse dos consumidores que clama por competitividade saudável”.¹⁷

No mesmo sentido, Martinez entende que “(...) a política de defesa da concorrência serve como instrumento que garante a satisfação dos interesses dos consumidores por meio da manutenção de um ambiente concorrencial, que garantirá eficiência, preços mais baixos, amplo acesso à informação e maior possibilidade de escolha de produtos e serviços pelo consumidor”.¹⁸

De modo que a defesa da concorrência está estreitamente ligada à proteção dos direitos dos consumidores, impondo que a livre iniciativa seja pratica-

15. OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da concorrência e proteção do consumidor. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 94/89; MAIA, Alneir Fernando Santos. Direito concorrencial e direito do consumidor: diálogos de influências recíprocas. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor* 2/84.

16. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. *RDC* 76/135.

17. Schmitt, Cristiano Heineck. A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência. *RT* 880/18.

18. MARTINEZ, Ana Paula. A defesa dos interesses dos consumidores pelo direito da concorrência. *RIBRAC* 11/84.

da em consonância não apenas com os princípios constantes no art. 170 da CF/1988, mas principalmente em respeito ao princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1.º, III, do Texto Constitucional.¹⁹

3. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA DEFESA DO CONSUMIDOR

O direito do consumidor é um direito especial, aplicável a todas as relações de consumo. Por contratos de consumo, entende-se “todas aquelas relações contratuais ligando um consumidor a um profissional, fornecedor de bens ou serviços”.²⁰ De modo que, independentemente da espécie de contrato realizado, havendo de um lado um consumidor e de outro um fornecedor, tal relação submete-se às normas previstas pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).

Conforme Marques, Benjamin e Miragem, “Em princípio, estão submetidos às regras do Código os contratos firmados entre o fornecedor e o consumidor não profissional, e entre o fornecedor e o consumidor, que pode ser um profissional, mas que, no contrato em questão, não visa o lucro, pois o contrato não se relaciona com sua atividade profissional, seja este consumidor pessoa física ou jurídica”.²¹

O Código de Defesa Consumidor é uma lei de função social,²² que impõe uma nova conduta, visando tutelar um grupo específico de indivíduos – os consumidores –, considerados vulneráveis diante de algumas práticas abusivas

19. Nesse sentido, ressalta Schmitt: “Por fim cabe-nos frisar que a questão da dignidade da pessoa humana, na Constituição Federal de 1988 é apresentada como fundamento do Estado Democrático e de Direito (art. 1.º, III), sendo pauta inafastável na conformação da ordem econômica (*caput* do art. 170 da CF/1988). Desta forma, o direito à livre iniciativa e o direito da concorrência devem se submeter a estrutura da preservação da dignidade da pessoa humana, assim como toda a atividade desempenhada pelo fornecedor no mercado de consumo”. SCHMITT, Cristiano Heineck. Op. cit., p. 27.

20. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 301.

21. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 109.

22. As leis de função social são as leis típicas do intervencionismo do Estado Social no domínio econômico, criadas com a finalidade de servir de parâmetro de nova orientação, de efetivo instrumento para alcançar o equilíbrio social que o legislador moderno pretende realizar, ao buscar a proteção dos interesses da parte mais fraca de uma relação jurídica.

ocorridas no mercado, dando efetividade à norma constitucional determinada da proteção dos consumidores, vez que reconhecida a sua vulnerabilidade no mercado de consumo face aos demais agentes econômicos.

De acordo com Marques, Benjamin e Miragem, “O Código de Defesa do Consumidor constitui verdadeiramente uma lei de *função social*, lei de ordem pública econômica, de origem claramente constitucional. A entrada em vigor de uma lei de *função social* traz como consequência modificações profundas nas relações juridicamente relevantes na sociedade. Visando tutelar um grupo específico de indivíduos, considerados vulneráveis às práticas abusivas do livre mercado, esta nova lei de *função social* intervém de maneira imperativa em relações jurídicas de direito privado, antes dominadas pelo dogma da autonomia da vontade. São normas de interesse social, cuja finalidade é impor uma nova conduta, transformar a própria realidade social. (...) São leis, portanto, que nascem com a árdua tarefa de transformar uma realidade social, de conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonizar e respeito nas relações jurídicas. Para que possam cumprir sua função, o legislador costuma conceder a essas novas leis um abrangente e interdisciplinar campo de aplicação” – (grifo original).²³

A finalidade do direito do consumidor é restabelecer o equilíbrio contratual, com o estabelecimento de uma igualdade jurídica entre as partes na relação de consumo, para compensar a desigualdade entre os contratantes, com base nos princípios da boa-fé, da transparência e da lealdade. Tal desequilíbrio se demonstra pela superioridade técnica e econômica do fornecedor, que tem condições e conhecimentos muito mais amplos do que o consumidor, o qual muitas vezes não tem condições de manifestar sua vontade de maneira consciente e livre.

Conforme Bittar, “Na ânsia de prover a exigências pessoais ou familiares – portanto, sob pressão da necessidade –, os consumidores têm sua vontade desprezada, ou obscurecida, pela capacidade de imposição de contratação e, mesmo, de regras para a sua celebração, de que dispõem as grandes empresas, em face da força de seu poder negocial, decorrente de suas condições econômicas, técnicas e políticas. A vontade individual fica comprimida; evidencia-se um descompasso entre a vontade real e a declaração emitida, limitando-se esta à aceitação pura e simples, em bloco, do negócio (contratos de simples adesão)”.²⁴

23. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 68.

24. BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos do consumidor: Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 2.

Diante de tal realidade, o Código de Defesa do Consumidor restringiu a liberdade contratual no âmbito das relações de consumo, invalidando cláusulas abusivas e instituindo padrões de conduta a serem seguidos pelos fornecedores de produtos e serviços, de modo que os fornecedores não se aproveitem indevidamente da vulnerabilidade dos consumidores.²⁵

Assim, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor nas relações contratuais e extracontratuais havidas no mercado de consumo fundamenta toda a proteção conferida pelo Código de Defesa do Consumidor. De modo que o tratamento desigual dispensado para as partes envolvidas tem o claro propósito de estabelecer maior equilíbrio nas relações, evitando imposições unilaterais por parte dos fornecedores em detrimento dos consumidores.

A defesa do consumidor está prevista constitucionalmente, tanto como direito fundamental, previsto no art. 5.º, XXXII, da CF/1988, quanto princípio da ordem econômica, elencado no art. 170, V, da CF/1988.²⁶

Conforme Miragem, “A defesa do consumidor é princípio informador da ordem econômica (art. 170, V, da CF/1988). Contudo, é ao regular a relação de consumo, impondo deveres aos fornecedores, que as normas de direito do consumidor efetivamente influenciam/determinam comportamentos dos agentes econômicos em geral, seja determinando (intervenção por direção), seja induzindo e promovendo (intervenção por indução) a conduta dos agentes econômicos no mercado. Esta intervenção estatal, por intermédio do direito, tem por finalidade, como é sabido, a correção de falhas de mercado”.²⁷

25. Segundo Bittar, o Código de Defesa do Consumidor “veda práticas comerciais consideradas abusivas, resultantes do aproveitamento indevido de inferioridade do consumidor; condicionamento de vendas; recusa de atendimento e outras, prevendo, quanto à comercialização, mecanismos diversos de satisfação dos interesses dos consumidores em casos de vícios de bens ou de serviços”. BITTAR, Carlos Alberto. Op. cit., p. 21.

26. Conforme Nishiyama, “Dentro do *microsistema normativo* o princípio da *defesa do consumidor* (CF art. 5.º, XXXII) foi eleito pelo constituinte originário umas das cláusulas pétreas expressas e, portanto, não poderá ser objeto de projeto de emenda constitucional que venha a abolir-lo, o que demonstra a importância desse *princípio constitucional* dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Assim, o CDC e as demais *normas infraconstitucionais* que *orientam a defesa do consumidor* devem obedecer o comando contido no art. 60, § 4.º, IV, da Magna Carta” – (grifo original). NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16-17.

27. MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor e ordenação do mercado: o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e proteção do meio ambiente. RDC 81/40.

Já para Ferreira Filho, a inclusão da defesa do consumidor no art. 170 da CF/1988 não significa que o constituinte quis propriamente transformá-lo em princípio da ordenação econômica, mas sim enfatizar a necessidade de se proteger o consumidor contra abusos, o qual está protegido constitucionalmente pela norma contida no art. 5.º, XXXII, que estabelece que o Estado deve promover a defesa do consumidor.²⁸

Para Marques, Benjamin e Miragem, “A Constituição Federal de 1988, ao regular os direitos e garantias fundamentais no Brasil, estabelece em seu art. 5.º, XXXII, a obrigatoriedade da promoção pelo Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário) da defesa do consumidor. Igualmente, consciente da função limitadora desta garantia perante o regime liberal-capitalista da economia, estabeleceu o legislador constitucional a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica brasileira, a limitar a livre iniciativa e seu reflexo jurídico, a autonomia da vontade (art. 170, V)”.²⁹

Nesse sentido, é importante ressaltar que constituições brasileiras anteriores não reconheciam o consumidor como sujeito de direitos. A proteção aos direitos dos consumidores somente passou a ser tutelada constitucionalmente com o advento da Constituição Federal de 1988. Somente a partir de então, com o reconhecimento do constituinte da necessidade de proteção especial ao consumidor é que sua figura jurídica passou existir no Direito brasileiro, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, possibilitando a construção de um sistema de normas com o objetivo de proteger e efetivar seus direitos.³⁰

Ademais, não é possível esquecer que, se a defesa do consumidor é direito fundamental previsto expressamente pela Constituição Federal de 1988, a efetivação de tal direito está relacionada ao princípio da dignidade humana. De modo que toda a interpretação e aplicação do direito do consumidor devem preservar a dignidade do consumidor, sob pena de desrespeito a preceito constitucional fundamental – o que não pode ser admitido sob nenhuma hipótese em um Estado Democrático de Direito.³¹

28. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Op. cit., p. 356.

29. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 201-202.

30. NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. Op. cit., p. 119; MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 66.

31. ANDRADE, Ronaldo Alves de. Op. cit., p. 7; NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. Op. cit., p. 120.

4. O CONSUMIDOR COMO DESTINATÁRIO DOS VALORES PROTEGIDOS PELO DIREITO DE CONCORRÊNCIA

Em busca da efetiva proteção dos direitos dos consumidores, o Código de Defesa do Consumidor deve ser visto “como uma sobre-estrutura jurídica, que se impõe sobre as demais normas que com ela coabitem ou conflitem, porque trata ele de normas de ordem pública e interesse social”.³²

Nesse sentido, esclarece Cavalieri Filho: “As relações de consumo, portanto, são o campo de aplicação do Código do Consumidor, qualquer que seja a área do Direito onde ocorrerem. Um campo abrangente, difuso, que permeia todas as áreas do Direito, razão pela qual temos sustentado que o Código criou uma *sobre-estrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito* aplicáveis em todos os ramos do Direito onde ocorrem relações de consumo” – (grifo original).³³

O Código de Defesa do Consumidor foi concebido com o objetivo de disciplinar todos os aspectos jurídicos das relações de consumo. Conforme Gama, “o Código tornou o Direito do Consumidor um direito especializado, com a instituição do seu subsistema jurídico englobando normas de todos os ramos do direito”.³⁴

Por esta razão, a legislação consumerista contempla normas que abrangem as esferas civil, penal, administrativa e processual. No entanto, mesmo contendo normas de diferentes ramos do direito, o microssistema que regula as relações de consumo não é completo, havendo muitos casos em que é necessária a aplicação subsidiária de outras legislações, tais como o Código Civil, o Código de Processo Civil, e leis específicas que regulam determinadas matérias.³⁵

Conforme Nery Jr., “O CDC é lei composta por normas oriundas de vários ramos do Direito tradicional: Civil, Comercial, Econômico, Administrativo, Penal, Processual Civil, Processual Penal, etc. Tem natureza de *microssistema*, isto é, de lei que procura regular, tanto quanto possível, *completamente* a matéria de que se ocupa. Havendo lacuna no microssistema, deve ser preenchida

32. GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 33.

33. CAVALIEIRI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 13.

34. GAMA, Hélio Zaghetto. *Op. cit.*, p. 33.

35. ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Op. cit.*, p. 13-14.

com os mecanismos próprios, desde que a aplicação de norma subsidiária seja compatível com o microsistema” – [grifo original].³⁶

No entanto, apesar de o Código de Defesa do Consumidor contemplar quase todos os aspectos jurídicos das relações de consumo, não houve por parte do legislador a pretensão de completude do sistema. Tal fato se revela por meio do art. 7 da referida Codificação, que faz referência a outras fontes para a aplicação do direito do consumidor que não a própria legislação.³⁷⁻³⁸

De modo que o fato de o microsistema que regula as relações de consumo não ser completo em nada altera a sua aplicação, já que o Código de Defesa do Consumidor tem como função integrar o sistema jurídico de proteção ao consumidor, coordenando as normas que integram tal sistema, não somente aquelas contidas na codificação, mas também aquelas providas de legislações específicas.³⁹

Assim, a vigência da legislação consumerista não exclui a incidência de outras normas específicas aplicáveis a determinadas relações de consumo, desde que estas normas não se sobreponham ao Código de Defesa do Consumidor, nem desrespeitem os princípios por ele impostos. Isso ocorre porque a proteção do consumidor é valor fundamental protegido constitucionalmente, em que a proteção dos direitos dos consumidores deve ser efetiva, seja com a aplicação de normas previstas no Código de Defesa do Consumidor ou de normas previstas em outras fontes.⁴⁰

36. NERY JR., Nelson. Visão sobre a principiologia do Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado* 31/100.

37. Art. 7 do CDC: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

38. Conforme Marques, “Os microsistemas, geralmente, tratam exaustivamente de um tema, regulam exclusivamente um tipo de contrato ou regulam as relações jurídicas de um grupo social, como os consumidores. Neste sentido, o CDC é lei especial das relações de consumo, mas não é exaustiva ou com pretensão de completude, como demonstra claramente o art. 7 do CDC”. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 53.

39. Conforme Andrade, “em realidade, o microsistema não regula inteiramente as relações de consumo e nem proíbe a aplicação de outras normas que também as regulam. Sua função é de coordenação e integração do sistema jurídico de regulação dessas”. ANDRADE, Ronaldo Alves de. Op. cit., p. 14.

40. MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 70.

Assim, a tutela do consumidor não está limitada ao respeito às regras impostas pelo Código de Defesa do Consumidor, mas deve observar também as normas estabelecidas pela legislação antitruste, que regulamenta o mercado, evitando o seu domínio pela atuação abusiva de determinados agentes.⁴¹

Conforme Maia, “Destarte, é impensável relegar ou limitar a tutela do consumidor apenas ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor e às relações nele descritas o que, na realidade, comprometeria não somente a sua estrutura básica senão, e acima de tudo, a sua correta aplicabilidade. Por isso, nada mais eficaz e nítido para ampliar a tutela do consumidor do que a utilização de outras normas para a sua defesa, como no caso, a Lei de Proteção da Concorrência”.⁴²

Essa relação entre o direito do consumidor e o direito de concorrência possui grande importância para a regulação do mercado,⁴³ já que a proteção da concorrência proporciona aos consumidores maior opção de escolha, maior qualidade e melhores preços dos produtos e serviços oferecidos, o que beneficia toda a sociedade, vez que todos são consumidores. Conforme ressalta Maia, “todas as pessoas são consumidores, nesse contexto enquadrando-se os cidadãos, as empresas, o próprio Estado. Assim, todos estão incluídos dentro da cadeia de produção, integrando diretamente o mercado”.⁴⁴

Conforme Pfeiffer, “A defesa da concorrência é importante para a proteção do consumidor, uma vez que amplia a sua possibilidade de escolha e aumenta

41. Conforme Maia, “Nenhum dos concorrentes pode ocupar situação de dominação de mercado de modo a suprimir dos consumidores as possibilidades ora mencionadas. Essa impossibilidade de abuso de posição dominante será garantida pela defesa da concorrência, sendo benéfica a todos os competidores e também aos consumidores”. MAIA, Alneir Fernando Santos. Op. cit., p. 88.

42. MAIA, Alneir Fernando Santos. Direito concorrencial e direito do consumidor: diálogos de influências recíprocas. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor* 2/80.

43. Conforme Miron: “O direito do consumidor e o direito da concorrência são determinados por lógicas distintas. Enquanto este visa ao resguardo da economia do mercado, para a livre ação dos agentes na economia, aquele preconiza a proteção dos interesses individuais e coletivos desses sujeitos. Um prima pelo desenvolvimento da economia nacional, por meio do jogo concorrencial. O outro procura suprir a situação de desequilíbrio nas relações de consumo. Não obstante, pontos de contato entre essas disciplinas mostram-se evidentes”. MIRON, Rafael Brum. O direito da concorrência como instrumento de defesa do consumidor. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. *Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 201-237.

44. MAIA, Alneir Fernando Santos. Op. cit., p. 87.

o incentivo para o incremento de qualidade, o aumento da diversidade e a diminuição dos preços de produtos e serviços. Por seu turno, a proteção do consumidor traz efetivos benefícios à concorrência, na medida em que impõe um padrão ético de competição, em que a conquista de participação do mercado seja efetivada com respeito ao consumidor e à boa-fé”.⁴⁵

Ainda que a tutela do consumidor pelas normas concorrenciais ocorra de forma mediata, já que este não é o objetivo principal da lei antitruste, não há como negar que todos os consumidores são beneficiados sempre que tais normas são respeitadas, já que “a concorrência é indispensável para a dinâmica do mercado e o mercado tem por destinatário final o consumidor”.⁴⁶

Para Maia, “independentemente de toda a discussão acerca do fato de ser o consumidor o objeto mediato ou imediato da concorrência, situação inegável é que em um mercado onde exista proteção à concorrência, de uma forma ou de outra o consumidor será beneficiado em seus interesses”.⁴⁷

Assim, ainda que possuam objetos imediatos distintos, já que o direito de concorrência tem por objetivo a regulamentação do mercado e o direito do consumidor busca restabelecer o equilíbrio contratual, o consumidor pode ser considerado a “finalidade axiológica da concorrência”, pois ao equilibrar as forças do mercado, garante que o consumidor possa exercer seu direito de escolha.⁴⁸⁻⁴⁹

Conforme Eberlin, “O direito do consumidor e o direito concorrencial apresentam inúmeros pontos de convergência decorrentes de suas origens e princípios comuns. Contudo, as doutrinas consumerista e concorrencial seguem, por vezes, linhas divergentes: a primeira se preocupa com a pessoa do consumidor para consagrar o princípio da dignidade humana, criticando certas condutas dos agentes econômicos e o comportamento do mercado; a segunda analisa o mercado, defendendo certas condutas de seus agentes e criticando abusos do poder econômico, critica esta que não tem o intuito de proteger as pessoas, mas de buscar a melhor e mais otimizada maneira de fazer com que o mercado funcione”.⁵⁰

45. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. cit., p. 150.

46. MARTINEZ, Ana Paula. Op. cit., p. 75.

47. MAIA, Alneir Fernando Santos. Op. cit., p. 86.

48. CARPENA, Heloísa. Op. cit., p. 258.

49. Nesse sentido, ressalta Miragem: “O direito da concorrência protege essencialmente a liberdade de escolha do consumidor”. MIRAGEM, Bruno. Op. cit., p. 68.

50. EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. O concorrente como consumidor equiparado: proteção ao consumidor contra práticas abusivas por meio do diálogo entre o CDC e as normas concorrenciais. RDC 66/10.

De modo que a defesa do consumidor e a tutela da concorrência não são incompatíveis, e sim complementares em busca da proteção dos direitos dos consumidores, verdadeiros destinatários dos valores protegidos pelo direito de concorrência.

Tal complementaridade também é percebida por meio do art. 4.º, VI, do CDC, que estabelece como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo a “coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores”.⁵¹

Nesse sentido, deve-se mencionar ainda que o art. 39 do CDC, o qual elenca diversas práticas comerciais consideradas abusivas, em que o fornecedor abusa da vulnerabilidade do consumidor, buscando obter vantagem indevida.⁵²

Conforme ressalta Eberlin, “Como se vê, os mesmos fatores que prejudicam o mercado (venda casada, prática de preços abusivos, recusa de venda, entre outras) prejudicam, de um modo geral, os direitos dos consumidores. As práticas que as leis do mercado e que as leis do consumo coíbem são, muitas vezes, as mesmas”.⁵³

Ou seja, o direito do consumidor e o direito da concorrência estão ligados ao direito econômico, e as práticas combatidas pelo direito concorrencial também são reprimidas pelas normas de direito do consumidor, e o respeito a estes dispositivos legais beneficiam não apenas os consumidores, mas toda a sociedade.

De modo que, apesar de terem objetivos imediatos distintos, a defesa do consumidor norteia a aplicação da lei antitruste no ordenamento jurídico brasileiro.⁵⁴ Ou, visto sob outro aspecto, a tutela da concorrência pode ser considerada um instrumento de realização da ordem econômica constitucional, a qual tem por objetivo assegurar a todos existência digna, sem a qual não é possível alcançar a dignidade humana, fundamento norteador de todo o sistema jurídico brasileiro.

51. MIRAGEM, BRUNO. Op. cit., p. 42; EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Op. cit., p. 23.

52. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Op. cit., p. 133.

53. EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. Op. cit., p. 25.

54. GATTO, Ana Carolina dos Santos. A defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor. *RIBRAC* 9/259.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A defesa da concorrência busca evitar o cometimento de abusos por parte de agentes econômicos em detrimento de concorrentes e consumidores. A legislação hoje vigente, a Lei 12.529/2011, é conduzida pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, e é verdadeiro instrumento de efetivação do princípio constitucional da livre concorrência.

Tanto o direito do consumidor quanto o direito de concorrência possuem sua origem no direito econômico e, na prática, buscam assegurar o bem-estar do consumidor – critério este que define a admissibilidade das condutas dos agentes econômicos, reprimindo aquelas consideradas prejudiciais à livre concorrência.

De modo que a defesa da concorrência está estreitamente ligada à proteção dos direitos dos consumidores, impondo que a livre iniciativa seja praticada em consonância não apenas com os princípios constantes no art. 170 da CF/1988, mas principalmente em respeito ao princípio da dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o art. 1.º, III, da CF/1988.

Assim, ainda que possuam objetos imediatos distintos, já que o direito de concorrência tem por objetivo a regulamentação do mercado e o direito do consumidor busca restabelecer o equilíbrio contratual, o consumidor pode ser considerado o verdadeiro destinatário das normas concorrenciais, pois ao equilibrar as forças do mercado, a Lei Antitruste garante que os consumidores possam ter seus direitos assegurados.

De modo que não há como negar que a proteção do consumidor está estritamente ligada à garantia da livre concorrência entre fornecedores, já que a proteção da concorrência proporciona aos consumidores maior opção de escolha, maior qualidade e melhores preços dos produtos e serviços oferecidos, o que beneficia toda a sociedade, vez que todos são consumidores.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que não existe qualquer óbice para a aplicação conjunta das normas concorrenciais e das normas de direito do consumidor, especialmente diante do mandamento constitucional de proteção do consumidor previsto pelo no art. 5.º, XXXII, da CF/1988, o qual estabelece que todo o sistema jurídico brasileiro deve ser estabelecido com o objetivo de assegurar os direitos dos consumidores.

Assim, a proteção constitucional da atividade econômica está pautada na função social da propriedade, na livre concorrência e na defesa do consumi-

dor, e a efetiva aplicação das normas concorrenciais e das normas de direito do consumidor é essencial para a garantia da dignidade da pessoa humana, objetivo da ordem econômica constitucional e fundamento basilar do ordenamento jurídico brasileiro.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Ronaldo Alves de. *Curso de direito do consumidor*. Barueri: Manole, 2006.
- BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- _____; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Dirctos do consumidor: Código de Defesa do Consumidor*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- CARPENA, Heloísa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1967*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008.
- COSTA PORTO, Walter. *Constituições brasileiras: 1937*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.
- DE PLACIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- EBERLIN, Fernando Büscher Von Teschenhausen. O concorrente como consumidor equiparado: proteção ao consumidor contra práticas abusivas por meio do diálogo entre o CDC e as normas concorrenciais. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 66. p. 9. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- GAMA, Hélio Zaghetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GATTO, Ana Carolina dos Santos. A defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. vol. 9. p. 257-281. São Paulo: Ed. RT, jan. 2002.
- MAIA, Alneir Fernando Santos. Direito concorrencial e direito do consumidor: diálogos de influências recíprocas. *Revista Magister de Direito Empresarial*,

Concorrencial e do Consumidor. vol. 2. n. 9. p. 77-90. Porto Alegre: Magister, jun.-jul. 2006.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

_____; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.

MARTINEZ, Ana Paula. A defesa dos interesses dos consumidores pelo direito da concorrência. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. vol. 11. p. 67-99. São Paulo: Ed. RT, 2004.

MIRAGEM, Bruno. Direito do consumidor e ordenação do mercado: o princípio da defesa do consumidor e sua aplicação na regulação da propriedade intelectual, livre concorrência e proteção do meio ambiente. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 81. p. 39-88. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2012.

MIRON, Rafael Brum. O direito da concorrência como instrumento de defesa do consumidor. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho et al. *Lei antitruste: 10 anos de combate ao abuso de poder econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NERY JR., Nelson. Visão sobre a principiologia do Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*. vol. 31. n. 114. p. 95-102. São Paulo: AASP, dez. 2011.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2010.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da concorrência e proteção do consumidor. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. vol. 94. p. 85-101. Belo Horizonte: UFMG, jul.-dez. 2006.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Proteção do consumidor e defesa da concorrência: paralelo entre práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 76. p. 131-151. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2010.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A proteção do interesse do consumidor por meio da garantia à liberdade de concorrência. *Revista dos Tribunais*. vol. 880. p. 9-32. São Paulo: Ed. RT, fev. 2009.

TACITO, Caio. *Constituições brasileiras: 1988*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência, de Danièle Meledo-Briand – *RDC* 35/39.
- Direito da concorrência e direito do consumidor, de José Reinaldo de Lima Lopes, *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial*, organizada Arnoldo Wald, São Paulo, Ed. RT, 2010, vol. 2, p. 939.

PROPRIEDADE INTELECTUAL NO CADE: A EVOLUÇÃO PARA A AFIRMAÇÃO DE UMA COMPETÊNCIA

5

CARLA FRADE DE PAULA CASTRO

Graduanda em Direito pela Universidade de Brasília. Estagiária da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (2011-2012).

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a relação entre direito antitruste e direito de propriedade intelectual, a partir da doutrina e da jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). A nível teórico, a concepção de que tais ramos são antagônicos tem sido progressivamente abandonada em favor de outra, segundo a qual não só eles têm fundamentos e objetivos comuns, como também se necessitam mutuamente. Essa evolução doutrinária, no entanto, foi acompanhada pelo Cade apenas recentemente, mais especificamente em 2010, quando apareceram os primeiros julgados atestando a competência do órgão para investigar e remediar ilícitos antitrustes cuja causa seja a lesão ou o abuso a um direito de propriedade intelectual.

PALAVRAS-CHAVE: Concorrência – Propriedade intelectual – Cade – Jurisprudência – Competência.

ABSTRACT: This study aims to analyze the connection between antitrust law and intellectual property law, from the perspective of both doctrine and Cade's (Brazil's antitrust authority) case law. As far as doctrine is concerned, the idea that such branches are antagonistic has been progressively abandoned in favour of another one, according to which not only do they have shared foundations and goals, but they also need each other mutually. When it comes to Cade, however, this "change of heart" was seen as lately as 2010, when first appeared decisions attesting the organ's power to investigate and repair antitrust crimes which were somehow related to the disrespect or abuse of intellectual property rights.

KEYWORDS: Competition – Intellectual Property – Cade – Case Law – Jurisdiction.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Do antagonismo à complementaridade – 3. O Cade e a propriedade intelectual – 4. Conclusão – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A promulgação da Lei 12.529/2011 trouxe novo fôlego para o direito antitruste brasileiro ao reestruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC),¹ incorporando a antiga Secretaria de Direito Econômico (SDE) ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e deixando à Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) as atividades relativas à advocacia da concorrência. A nova lei tem como principal objetivo tornar o Cade menos burocratizado e, conseqüentemente, mais eficiente na sua tarefa de implementação da política brasileira de defesa da concorrência. Mas não é só isso.

Para além da reestruturação do SBDC, a nova lei antitruste conta com novos dispositivos relativos à propriedade intelectual,² dando com isso pequenos, porém importantes passos no sentido de reconhecer e reforçar a importância entre a relação do direito antitruste e o direito de propriedade intelectual, seguindo a tendência internacional.³

O presente trabalho se propõe a contribuir para o debate, buscando investigar como se dá a aparentemente conflituosa relação entre esses dois ramos do direito, tanto a nível teórico quanto a nível prático.

A questão será abordada primeiramente segundo um viés doutrinário, explicando-se que, ao contrário do que possa parecer, a relação entre direito de propriedade intelectual e direito antitruste está longe de ser antagônica. Adotando-se uma análise custo-benefício a longo prazo, o que na verdade se vê é que a relação entre eles pode ser definida como complementar, na qual eles se reforçam mutuamente.

1. Prêmio IBRAC TIM 2012 – Categoria: Graduação.

2. Para um estudo mais detalhado sobre as inovações da Lei 12.529/2011 no que diz respeito à propriedade intelectual, v. SALGADO, Lucia Helena; MORAIS, Rafael Pinho de. The new Brazilian antitrust law: beyond the basics. *Boletim Latino-Americano de Concorrência* 31/62-68.

3. A Organização Mundial de Propriedade Intelectual – Ompi, conta desde 2010 com um Projeto Temático sobre Propriedade Intelectual e Política de Concorrência, cujos objetivos são: (a) promover medidas que ajudem os países a lutar contra as práticas contrárias à livre concorrência relativas à propriedade intelectual; (b) estudar como fomentar mais adequadamente as práticas de concessão de licenças de propriedade intelectual em prol da concorrência, com vistas a impulsionar a criatividade, a inovação, e a transferência e difusão de tecnologia nos países interessados; e (c) possibilitar a troca, no seio da Ompi, de experiências e informações sobre a relação existente entre os direitos de propriedade intelectual e as políticas de concorrência, a âmbito nacional e regional. Mais informações podem ser obtidas em: [www.wipo.int/ip-competition/en/].

Explicadas as formas pelas quais propriedade intelectual e concorrência interagem, passar-se-á a um enfoque prático do tema, investigando como a questão da propriedade intelectual – e a da competência do Cade para analisá-la – tem sido enfrentada pelo órgão, analisando desde os julgados proferidos nos seus primeiros anos de atividade, quando vigia a Lei 4.137/1962, até os mais recentes, proferidos sob a vigência da recém revogada Lei 8.884/94.

Por fim, segue-se uma conclusão.

2. DO ANTAGONISMO À COMPLEMENTARIDADE

A economia do conhecimento caracteriza-se pela revalorização do conhecimento como fonte de riqueza e, consequentemente, como componente indispensável para o crescimento econômico. Ela, no entanto, não lida com qualquer tipo de informação, mas apenas aquela útil e transportável: os ativos intangíveis;⁴ nesse contexto, é fácil entender a verdadeira ascensão pela qual vem passando o direito de propriedade intelectual. Paralelamente, o direito antitruste também vem afirmando sua imprescindibilidade para o bom funcionamento dos mercados, tendo diversos países estabelecido ou reforçado – como é o caso da Lei 12.529/2011 no Brasil – o papel de suas autoridades encarregadas da política antitruste.

Assim, e principalmente no que diz respeito à economia do conhecimento, percebeu-se que o sistema de propriedade intelectual e a política de concorrência não só precisam, como devem andar juntas, com vistas a garantir uma ecologia de mercado sustentável e o bem-estar dos consumidores. Mas quais são exatamente os termos dessa relação?

Em um primeiro momento, é bem provável que a pensemos como inexistente ou, no mínimo, antagonica: de um lado tem-se o direito de propriedade intelectual, que concede aos seus detentores uma exclusividade relativa ao aproveitamento econômico da invenção, criando, com isso, uma espécie de monopólio; de outro, tem-se o direito antitruste, que, em sua missão de manter os mercados abertos, sanciona os monopólios. Essa visão, no entanto, tem como base certa confusão conceitual, que precisa ser melhor esclarecida.

Como explica Hovenkamp, direitos de propriedade intelectual são um fato corriqueiro em mercados modernos, onde cada firma busca diferenciação de

4. MARZETTI, Maximiliano. ¿Antagonismo o Complementariedad? Una breve aproximación a la compleja y poco estudiada relación entre propiedad intelectual y derecho de la competencia. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*, n. 30-extra, p. 2.

produtos aos olhos do consumidor.⁵ Assim, apesar de uma marca registrada, *copyright* ou patente ter o condão de impedir que outros utilizem determinado nome, palavra, imagem ou produto (proteção contra a chamada *concorrência de imitação*), isso não lhe confere poder de excluir concorrentes, na medida em que existem outros produtos e serviços substitutos – os quais podem ou não estar protegidos pelo direito de propriedade intelectual – naquele mesmo mercado relevante. Assim, possuir um direito de propriedade intelectual não implica necessariamente poder de mercado substancial e, menos ainda, a criação de um monopólio.

Ademais, ainda que supuséssemos uma situação em que a ausência de substitutos conferisse ao detentor do direito de propriedade intelectual poder de mercado, este, por si só, não pode ser sancionado pelas normas antitruste. Como bem ressaltado por Posner, “a conquista de um monopólio através de meios lícitos não é uma violação dessas normas, e dentre tais meios incluem-se as inovações protegidas da concorrência pelas leis de propriedade intelectual”.⁶ No Brasil, inclusive, a Lei 12.529/2011 é clara ao prever, no § 1.º de seu art. 36, que a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inc. II do *caput* do mesmo artigo.⁷

A contradição, portanto, é meramente aparente. O entendimento moderno supera essa visão simplista e generalizada e entende que tais disciplinas não são contraditórias e sim complementares, possuindo diversos – e complexos – pontos de contato.

O primeiro deles é bem abordado por Marzetti, que explica que:

“Ambos corpos normativos possuem sólidas fundamentações econômicas e ambos representam uma solução regulatória ante falhas de mercado, porém de tipos distintos: a PI corrige a falha decorrente da natureza dos bens públicos

5. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3. ed. Nova York: Thomson West, 2005. p. 142-143.

6. POSNER, Richard A. *Antitrust in the new economy*. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper 106/5. Tradução livre do original: “It is not a violation of those laws to acquire a monopoly by lawful means, and those means include innovations protected from competition by the intellectual-property laws”.

7. “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços.”

(cujo consumo é não rival⁸ e não excludente)⁹ enquanto o direito antitruste propõe-se a desconstituir estruturas de mercado de concorrência imperfeita, isto é, situações em que os atores econômicos são *price makers* em vez de *price takers*.¹⁰

Outro ponto de contato é o fato de que ambos contribuem para estimular a atividade inovadora/criativa e para aumentar o bem-estar dos consumidores em geral.

O direito da concorrência preocupa-se com o bom funcionamento do sistema competitivo dos mercados, que é garantido através da livre concorrência. Quando ela se faz presente, as empresas, a fim de aumentarem seus lucros, buscam formas de se tornarem mais eficientes e, à medida que tais ganhos de eficiência são conquistados e difundidos entre os produtores, ocorre uma readequação de preços que beneficia o consumidor. Dessa forma, a livre concorrência garante, de um lado, bem-estar dos consumidores (traduzido em produtos mais baratos e de maior qualidade) e, de outro, o estímulo à criatividade e inovação das empresas.

Os direitos de propriedade intelectual, por sua vez, estimulam a inovação ao garantir aos criadores de bens e serviços intelectuais certos direitos temporários que lhes permitirão controlar o uso que terão tais invenções,¹¹ podendo inclusive impedir que outros as explorem. Já o maior bem-estar dos consumi-

8. A não rivalidade no consumo implica que uma vez que o bem está disponível, o custo marginal de provê-lo, para um indivíduo adicional, é nulo; isto é, o fato de nos apropriarmos do bem público não o torna indisponível para outras pessoas. SOUSA, Maria da Conceição Sampaio de. Bens públicos e externalidades. Brasília: IEMonit, 2010. p. 15.

9. A impossibilidade de exclusão “implica que os indivíduos não podem ser privados dos benefícios do usufruto do bem e/ou serviço, mesmo se não tiverem contribuído para seu financiamento”. SOUSA, Maria da Conceição Sampaio de. *Bens públicos e externalidades*. Brasília: IEMonit, 2010. p. 14.

10. MARZETTI, Maximiliano, op. cit., p. 5. Tradução livre do original: “ambos cuerpos normativos poseen sólidas fundamentaciones económicas y ambos representan una solución regulatoria ante un quiebre de mercado, pero de distinto tipo: la PI corrige la falla derivada de la naturaleza de los bienes públicos (no-rivales y no excluibles) mientras que el derecho antitrust pretende deshacer estructuras de mercado de competencia imperfecta (es decir, situaciones en que los actores económicos son *price makers* en vez de *price takers*)”.

11. OMPI. Wipo intellectual property handbook: policy, law and use. Genebra, 2004. Disponível em: [www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ip_handbook.pdf]. Acesso em: 05.10.2012. p. 3.

dores é garantido na medida em que a otimização da produtividade, processo natural em um mercado que inova tecnologicamente, traz consigo preços menores e maior variedade de produtos e serviços.

É possível afirmar, portanto, que ambas as disciplinas se ocupam da eficiência econômica: dinâmica no caso da propriedade intelectual (aumento da taxa de inovação e criatividade no tempo) e estática no caso do direito antitruste (incentivo à livre concorrência).¹²

Essa índole distinta, porém, não significa incompatível.

É inegável que a propriedade intelectual produz uma limitação à concorrência de imitação, o que confere uma vantagem concorrencial a seu detentor e gera perdas estáticas a curto prazo (diminuições da oferta, aumentos de preços e exclusão de consumidores). Essa limitação temporária, no entanto, justifica-se econômica e socialmente na medida em que promove outra modalidade de concorrência, a chamada *concorrência de superação*, responsável por trazer ganhos dinâmicos a longo prazo (aumento da competição por inovações e a introdução de novos e melhores produtos e serviços), em favor do desenvolvimento econômico dos consumidores. Karin Grau-Kuntz, coordenadora acadêmica do Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual, explica como se dá esse fenômeno:

“O legislador, ao *transformar* informações em bens dotados de valor econômico, garante ao titular do direito de propriedade sobre bens intelectuais uma *vantagem concorrencial*. Essa *vantagem concorrencial* que, como bem expressa o termo ‘concorrencial’ é vantagem *destinada exclusivamente a ser aplicada no mercado* (e daí, mais uma vez, evidencia-se uma diferença entre as naturezas da propriedade imaterial e do direito de propriedade sobre as coisas), apela (e aqui, no verbo ‘apelar’, vem ressaltado um caráter instrumental) aos interesses dos outros agentes econômicos, que também aspiram alcançar uma vantagem concorrencial semelhante. Em outras palavras, a vantagem concorrencial de um significa um *meio* (portanto, instrumento) de estímulo para que outros se esforcem em superar aquele agente agraciado. Esse processo, por sua vez, gera aquilo que denomino de *concorrência de superação*.”

A vantagem concorrencial, por sua vez, pode ser comparada a um ‘escudo’ de duração limitada a ser empregado contra a *concorrência de imitação*. Mas o emprego dessa vantagem concorrencial em forma de um ‘escudo’ não poderá ocorrer de modo a impedir aquilo que foi aqui denominado como *concorrência de superação*. A vantagem concorrencial está expressa no ‘escudo’ que impede,

12. MARZETTI, Maximiliano, op. cit., p. 7.

durante um determinado período de tempo, a *concorrência de imitação*; os limites do *escudo*, por sua vez, são traçados em consideração à proibição de fazer valer essa vantagem de forma a impedir a *concorrência de superação*.¹³

Se bem entendida, portanto, a interface entre propriedade intelectual e concorrência tende a minimizar o impacto dos custos sociais, pois os benefícios agregados do sistema seriam maiores que seus custos. É por isso que a teoria econômica, em geral, apoia a proteção da propriedade intelectual (e que o Direito abarcou, juridicamente, essa proteção).¹⁴

Nada impede, porém, que a limitação à concorrência de imitação transponha a medida do que seria suficiente para o resguardo da propriedade intelectual e estenda-se à concorrência de superação, gerando ou tendo a aptidão de gerar efeitos anticompetitivos. Nesse momento, a propriedade intelectual torna-se limitação abusiva da concorrência e punível, portanto, pelas normas antitruste.

É o que acontece, por exemplo, no caso de uso abusivo de direito de propriedade intelectual – mais especificamente patentes –, onde seu exercício indiscriminado desvirtua a exclusividade legal e passa a visar à produção de posição dominante e ao domínio de mercado. Também é possível citar como exemplo a inclusão de cláusulas restritivas de concorrência em contratos de licença de tecnologia, no sentido de restringir a produção, os investimentos tecnológicos ou outra condição que suponha um prejuízo a outros competidores ou ao consumidor. Por fim, há também as condutas de concorrência desleal, que têm por objetivo excluir um concorrente de mercado através da simulação com um produto concorrente, de sua difamação ou da publicidade comparativa falsa ou enganosa.

É importante ressaltar que essa possibilidade de intervenção do direito antitruste na propriedade intelectual não se trata de mera elucubração teórica, mas decorre de previsão legal expressa.

No direito pátrio a Lei 12.529/2011, no art. 38, IV, a,¹⁵ prevê a possibilidade de que as infrações contra a ordem econômica estejam relacionadas ao uso do

13. GRAU-KUNTZ, Karin. O que é direito de propriedade intelectual e qual a importância de seu estudo? *Revista Eletrônica do IBPI*. Disponível em: [www.ibpibrasil.org/44072.html]. Acesso em: 05.10.2012.

14. BRASIL. Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51, j. 15.12.2010. Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Disponível em: [www.cade.gov.br]. p. 54.

15. “Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

direito de propriedade intelectual e, no art. 61, § 2.º, V,¹⁶ o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual como condição para a aprovação do ato de concentração econômica. A Lei 9.279/1996, por sua vez, institui a repressão à concorrência desleal no seu art. 2.º, V,¹⁷ bem como elenca, no art. 195 quais condutas a configurariam. A mesma lei prevê ainda, no art. 68,¹⁸ a licença compulsória de patentes como pena aplicável às situações em que o respectivo titular exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva ou, por meio dela, praticar abuso de poder econômico.

Já no direito internacional, o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (em inglês, *Trips*) consigna em seu art. 40 que: (a) algumas práticas ou condições de licenciamento relativas a direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem afetar adversamente o comércio e impedir a transferência e disseminação de tecnologia; e (b) nenhuma disposição do acordo impedirá que os membros especifiquem em suas legislações condições ou práticas de licenciamento que possam, em determinados casos, constituir um abuso dos direitos de propriedade intelectual que tenha efeitos adversos sobre a concorrência no mercado relevante.¹⁹

(...)

IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito.”

16. “Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.

§ 1.º O Tribunal determinará as restrições cabíveis no sentido de mitigar os eventuais efeitos nocivos do ato de concentração sobre os mercados relevantes afetados.

§ 2.º As restrições mencionadas no § 1º deste artigo incluem:

(...)

V – o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual.”

17. “Art. 2.º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante:

(...)

V – repressão à concorrência desleal.”

18. “Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.”

19. ARAÚJO, Lucas Bernardes; FORTES, Flávia Teixeira. O direito da concorrência e direito de propriedade intelectual. Uma análise de sua interface. *Jus Navigandi*. n. 2.350.

Vê-se, portanto, que para além de uma fundamentação e de objetivos comuns, propriedade intelectual e concorrência se necessitam mutuamente. O direito antitruste da propriedade intelectual porque esta fomenta a concorrência – a longo prazo – e a propriedade intelectual do antitruste, pois ele reforça a propriedade intelectual e a protege de eventuais abusos que desvirtuem os fins constitucionalmente previstos (art. 5.º, XXIX) de interesse social e de desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

3. O CADE E A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Como visto no tópico anterior, o direito de propriedade intelectual pode, por vezes, ser exercido de maneira abusiva por um agente de mercado. Havendo suspeitas de que esse exercício irregular esteja afetando ou possa afetar adversamente o ambiente concorrencial, gerando problemas substanciais, a autoridade antitruste não só pode como deve intervir.

A nível internacional, isso foi visto em vários e diversos casos, que abrangem condutas tais como recusas de licenciar (Intel, IBM, Magill TV Guide,²⁰ IMS Health²¹ e Microsoft²²), venda casada (Microsoft²³ e Kodak²⁴), *sham litiga-*

ano 14. Teresina, dez. 2009. Disponível em: [<http://jus.com.br/revista/texto/13969>]. Acesso em: 29.09.2012. Passim.

20. A Magill desejava publicar um guia de TV semanal único com a programação de três emissoras de TV do Reino Unido e da Irlanda, algo até então inexistente no mercado. Tendo em vista que a lista de programação de cada emissora era protegida por direitos de propriedade intelectual, a Magill requereu o licenciamento às respectivas empresas, que lhe negaram o pedido. Tal recusa foi considerada pela Comissão Europeia, e posteriormente pela Corte de Justiça Europeia (em 1995), como um abuso de posição dominante por parte das emissoras de TV detentoras dos registros de propriedade intelectual. WISH, Richard. *Competition Law*. 4. ed. Bath, Reino Unido: Butterworths, 2001. p. 759-760.
21. A IMS Health, líder mundial em coleta de dados sobre vendas e prescrições farmacêuticas, recusou-se a conceder a seus concorrentes uma licença de propriedade intelectual que lhes permitiria acesso a um formato registrado pela IMS de processamento de dados de vendas regionais (conhecido como *brick structure*). A Comissão Europeia e a Corte de Justiça (2004) consideraram que a *brick structure* da IMS Health havia se tornado um padrão da indústria, da qual as empresas farmacêuticas dependiam, e considerou que a recusa de licenciamento aos concorrentes causaria danos substanciais ao mercado. WISH, Richard, op. cit., p. 760-762.
22. A Microsoft se recusou a fornecer a seus concorrentes informações confidenciais que possibilitariam a interoperabilidade entre *softwares* de seus rivais e o sistema operacional da Microsoft, sendo condenada pela Comissão Europeia e pela Corte de Primeira Instância (2007) por abuso de posição dominante. Embora não se trate

tion²⁵ (uso indevido de procedimentos e regulamentações públicas, incluindo processos administrativos e judiciais com o intuito de prejudicar concorrentes) ou ainda práticas *sui generis*, como as das farmacêuticas Astra Zeneca²⁶ (Comissão Europeia) e Reckitt (Inglaterra).²⁷

A experiência brasileira, não obstante se estender por 43 anos, ainda não é expressiva. Os primeiros casos são bem relatados por Barbosa, que identifica, durante o período de vigência da Lei 4.137/1962, duas vertentes de julgados.²⁸

A primeira, correspondente aos primeiros anos de atuação do órgão, concentrava-se na aplicação do art. 4.º daquela lei, que prescrevia a declaração automática de cassação de patente que, extinta no país de origem, permanecesse em vigor no Brasil. A caducidade da patente no estrangeiro, no entanto, não bastava para sua cassação no Brasil, sendo necessário que a vigência do privilégio no Brasil estivesse criando dificuldades ao desenvolvimento harmônico

propriamente de um caso de recusa de licenciar (não houve licenciamento compulsório do direito de propriedade intelectual e sim a disponibilização de informações confidenciais), o caso envolve discussão semelhante, já que diz respeito à flexibilização de um direito de propriedade intelectual de uma firma dominante, a fim de evitar danos concorrenciais ao mercado. OECD. Comitê para a Concorrência. Patents and Innovation II. *Policy Roundtables*. Paris, jun. 2009. p. 161-163 e CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do Cade. *Revista do IBRAC* 16/129-130.

23. A Microsoft, no mesmo processo detalhado na nota anterior, também foi condenada por condicionar a venda do Windows Media Player ao sistema operacional do Windows. OECD, op. cit., p. 161-163.
24. A Kodak, produtora de copiadoras com registro de propriedade intelectual, recusou-se a vender partes de reposição de seus produtos aos usuários, a não ser que os mesmos contratassem os serviços de manutenção da própria Kodak também. HOVENKAMP, Herbert, op. cit., p. 94.
25. A Ompi, em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), desenvolveu um Estudo em que se analisam os casos de *sham litigation* envolvendo direitos de propriedade intelectual, tanto na jurisprudência brasileira como na estrangeira, cuja leitura se recomenda. O Estudo está disponível em: [www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_9/cdip_9_inf_6_rev.pdf].
26. Multada pela Comissão Europeia em 60 milhões de euros por abuso do poder de mercado ao empregar meios fraudulentos para estender a propriedade intelectual de seu medicamento Losec entre 1993 e 2000, retardando ou impedindo a entrada de genéricos.
27. MORAIS, Rafael Pinho Senra de. Licenciamento de tecnologia e o Cade. *Valor Econômico*. 27.06.2011. Disponível em: [www.valor.com.br/arquivo/895093/licenciamento-de-tecnologia-e-o-cade]. Acesso em: 02.10.2012. *Passim*.
28. BARBOSA, Denis Borges, op. cit., *passim*.

da economia nacional pela configuração de uma das modalidades de abuso de poder econômico previstas no art. 2.º do mesmo diploma legal.

A outra vertente de julgados dizia respeito à possibilidade de o direito anti-truste interferir no direito de propriedade intelectual, com vistas a protegê-lo de eventuais lesões. O órgão, adotando a visão antagônica da questão, explicada no tópico anterior, deixava bem claro que a competência para apreciar eventuais violações de direito de propriedade intelectual era do Poder Judiciário, como se pode extrair das seguintes ementas:

“Violação de marcas e patentes – Empresa que, com respaldo em decisão judicial, se utiliza dos meios disponíveis, judiciais e publicitários, para fazer valer o ganho de causa – atipicidade. Eventual disputa relativa a marcas e patentes, máxime quando já dirimida pelo Poder Judiciário, constitui matéria alheia à competência do Cade.”²⁹

Uso indevido e ilegal de patente industrial – Possibilidade, em tese, de ofensa ao art. 2.º, inciso I, alínea g, da Lei 4.137, de 1962 – Competência, porém, do Poder Judiciário para apurar a eventual violação de direito de propriedade industrial. A utilização indevida de patente pode, em tese, ser uma das formas de eliminação da concorrência nos termos do art. 2.º, inciso I, alínea g, da Lei 4.137, de 1962, cabendo, entretanto, ao Poder Judiciário, e não ao Cade, a apuração da existência ou não de violação de direito da propriedade industrial.³⁰

Criação de dificuldades à Constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa – Exploração exclusiva de processo de fabricação – Invenção patenteada – Arguição de privilégio irregularmente concedido – Irrelevância – Incompetência do Cade reconhecida. A competência do Cade em matéria de patentes de invenção é restrita à hipótese única e de rígida tipicidade contida no art. 4.º da Lei 4.137/1962. Assim, enquanto não anulada pelo Poder Judiciário, não pode ser acusada de estar criando dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa a sociedade que pretende exclusividade de uso de processo de fabricação objeto de patente, ainda que esta tenha sido eventualmente concedida de modo irregular.”³¹⁻³²

29. Sindicância 7, de 05.06.1987. Representante: S.A. Vinhos e Bebidas Caldas; Representada: Indústria de Bebidas Cinzano Ltda.

30. Sindicância 30, de 10.12.1987. Representante: Cogumelo Indústria de Componentes para Tratores Ltda.; Representadas: Valmet do Brasil S.A. e Massey Perkins S.A.

31. Processo de Averiguações Preliminares n. 26, de 01.10.1968. Representante: Laboratório Hertape Ltda.; Representada: Rhodia Indústrias Químicas e Têxteis S.A.

32. BARBOSA, Denis Borges, op. cit.

Surpreendentemente, há uma única decisão, de 1989, em que se concluiu pela abusividade, em face da lei concorrencial, da conduta daquele que infringe direitos de propriedade intelectual:

“A manutenção de depósito clandestino de vasilhame de concorrente de modelo patenteado e seu transporte irregular, diretamente ou por interposta pessoa, representam formas de obtenção do efeito abusivo previsto no art. 2.º, inciso I, alínea g, da Lei 4.137, de 1962.”³³⁻³⁴

Na vigência da Lei 8.884/1994, no entanto, o Conselho começa a adotar a perspectiva de complementaridade entre direito antitruste e direito de propriedade intelectual, fazendo com que decisões como a anterior deixem de ser meros focos isolados para se tornarem entendimento comum da autarquia. Apesar de os resultados continuarem ainda não muito expressivos, essa nova leva de julgados preserva sua relevância na medida em que demonstra a possibilidade jurídica de análise e intervenção do Cade em condutas anticompetitivas e em estruturas de algumas forma relacionadas a direitos de propriedade intelectual.

Em relação às condutas investigadas e julgadas,³⁵ a maioria das decisões foi pelo arquivamento do feito, tendo o Cade proferido suas primeiras condenações apenas no ano de 2010: a primeira em agosto, no caso dos tacógrafos (PA 08012.004484/2005-51), no qual houve condenação pela prática de convite a cartel, muito embora o processo tenha sido instaurado para investigar *sham liti-*

33. Processo Administrativo 48, de 02.03.1989. Representante: Refrigerantes Vontobel S.A., Representada: Holbra Produtos Alimentícios e Participações Ltda.

34. BARBOSA, Denis Borges, op. cit.

35. Citam-se aqui alguns exemplos: a AP 08012.001315/2007-21, na qual discutiu-se suposto abuso do direito de patente da Philips relativo a hardwares de reprodução de DVDs; a AP 08012.005727/2006-50, na qual averiguou-se denúncia contra a Alcoa Alumínio por, supostamente, restringir a concorrência na oferta de perfis de alumínio, por meio de alegados pedidos fraudulentos de registros de desenho industrial e patentes de modelo de utilidade; o PA 08012.008659/1998-09, que apurou denúncia de que a Monsanto estaria condicionando a venda de sementes de soja transgênica à venda, concomitante, de seu herbicida, bem como estaria impedindo o acesso de concorrentes às sementes de soja transgênica; a AP 08012.002034/2005-24, instaurada contra a Microsoft para apurar supostas práticas destinadas a impedir o desenvolvimento de softwares por concorrentes; e a AP 08012.004570/2000-50, instaurada também contra a Microsoft, com vistas a investigar, entre outras condutas, a concessão de licenças de uso restrito e de venda casada de seu sistema operacional e navegador e de seus aplicativos. Brasil. Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51, j. 15.12.2010. Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Disponível em: [www.cade.gov.br]. p. 12.

gation, e a segunda em dezembro, no caso Shop Tour (PA 08012.004283/2000-40), onde as representadas foram condenadas por *sham litigation*, a primeira do Cade desta conduta. É de se ressaltar, porém, que o deslinde deste último caso ainda não é definitivo, visto que foi levado ao Judiciário e ainda não transitou em julgado.

Outro precedente bastante expressivo foi o caso das peças de reposição de automóveis (AP 08012.002673/2007-51), também de dezembro de 2010, no qual se denunciou que a Anfape estaria obrigando os pequenos fabricantes de autopeças a utilizarem seu desenho industrial de autopartes externas, o que caracterizaria exercício abusivo de direito de propriedade industrial. Também nesse caso não há, ainda, uma posição final do Cade, porquanto a decisão do Plenário foi tão somente no sentido de determinar a instauração de processo administrativo.

No que toca à análise de estruturas, a intervenção do Cade no domínio dos direitos de propriedade intelectual começou com a clássica aquisição da Kolynos pela Colgate, em que o Conselho houve por bem suspender a marca Kolynos por quatro anos. Desde então, a prática de imposição de restrições a marcas registradas e até mesmo a patentes como condição para a aprovação de operações tem sido cada vez mais frequente.³⁶ É de se observar, porém, conforme exposto no AC 47/1995 que o recurso ao licenciamento ou qualquer forma de cessão voluntária de direitos sobre marcas comerciais como instrumento de política de concorrência, com fulcro no art. 58 da Lei 8.884/1994, deve ser reservado para situações de clara dominação de mercado, exclusão ou eliminação de competidores efetivos ou potenciais através da elevação das barreiras à sua entrada no mercado e outras formas de lesão potencial à concorrência.

Também é relevante a cadeia de julgados que consideram pertinente à análise do órgão de tutela da concorrência os contratos relativos à propriedade intelectual, sempre que submetidos à regra do art. 54 da Lei 8.884/1994.³⁷ Nesses casos, não só o Cade entendeu ser de sua competência a análise de contratos de tecnologia, de cessão e de licença, como passou a analisar a razoabilidade de cláusulas de confidencialidade de *know how*.³⁸

36. SALGADO, Lucia Helena; MORAIS, Rafael Pinho de. The new Brazilian antitrust law: beyond the basics. *Boletim Latino-Americano de Concorrência* 31/66.

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

38. BARBOSA, Denis Borges, op. cit. Alguns exemplos: Ato de Concentração 08012.000409/00-36, de 23.08.2000, Requerentes: Novartis Consumer Health Ltda. e

Dentre esses contratos, vale destacar os referentes a licenciamentos de direitos de propriedade intelectual na área de biotecnologia (sementes transgênicas), que têm representado uma parcela expressiva da jurisprudência do Cade a partir de 2006. Na maioria desses casos a autarquia ressaltou o caráter pró-competitivo da operação, exprimindo preocupação apenas em relação a cláusulas de exclusividade e de não concorrência, em razão de seu potencial efeito de fechamento progressivo do mercado. Como consignado no voto do Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú, no AC 08012.004091/2007-18:

“Quando o contrato apresenta cláusulas em direção a uma vinculação de exclusividade no fornecimento de inovação, cria-se a dependência a apenas um produtor de tecnologia por meio de mecanismos que fecham o acesso ao mercado de melhoramento de empresas que seguem outras rotas tecnológicas que, com o tempo podem mostrar-se mais eficientes, o que é nocivo para a concorrência dentro da análise de mercados de inovação.

Mesmo que outras empresas desejem fornecer o produto tecnológico e consigam passar à frente da fronteira tecnológica, a concorrência tecnológica é inibida por conta de obrigações contratuais assumidas. Os detentores brasileiros de banco de germoplasma ficariam vinculados apenas ao produto da Monsanto. Tanto empresas existentes quanto entrantes nos mercados de biotecnologia veem seu acesso ao mercado obstaculizado.”³⁹

Nesses casos a jurisprudência do Conselho era uniforme e um tanto simplista, seguindo dois padrões de decisão: (a) aprovação da operação sem restrições, quando ausentes cláusulas de exclusividade ou de não concorrência; ou (b) se presentes tais cláusulas, condicionar a aprovação da operação à reforma de alguns dispositivos do contrato.⁴⁰

Argos Colibri Artigos Infantis Ltda; Ato de Concentração 100/96, de 24.03.1999, Requerentes: Frenesius Laboratórios Ltda., NMC do Brasil Ltda. e Maia de Almeida Indústria e Comércio Ltda; Ato de Concentração 08012.004310/00-84, de 21.02.2001, Requerentes: Terra Networks S/A e DPNET Soluções Internet Ltda; Ato de Concentração 08012.001856/02-45, de 26.02.2003, Requerentes: Coopers do Brasil Ltda. e Indústria Química e Farmacêutica Schering-Plough. DOU 02.04.2003, Seção 1, p. 38; e Ato de Concentração 08012.001409/01-13, de 24.10.2001, Requerentes: Metalúrgica Leogap S/A e Probat Projektgesellschaft GmbH.

39. BRASIL. Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.004091/2007-18, j. 12.12.2007. Voto do Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú. Disponível em: [www.cade.gov.br]. p. 3-4.

40. BRASIL. Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.005472/2010-10, j. 10.10.2010. Voto-vista do Presidente Arthur Badin. Disponível em: [www.cade.gov.br]. p. 3.

Em março de 2010, no entanto, ao julgar o AC 08012.000344/2010-71, de relatoria do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia, a autarquia mudou de entendimento, passando a não conhecer das operações que não apresentassem cláusulas de exclusividade e/ou de não concorrência, por entender que elas não se enquadram como concentração econômica e sim como “licenciamento de um direito de propriedade intelectual, equiparável, para todos os fins, à venda de um produto ou à prestação de serviços, no cotidiano das atividades das Requerentes”. Em voto-vista no AC 08012.005472/2010-10, o presidente do Cade procedeu a um estudo mais aprofundado da questão do conhecimento, ratificando aquele entendimento exposto pelo Conselheiro Chinaglia e estabelecendo critérios para descaracterização da operação como ato de concentração, quais sejam: (a) ausência de cláusula de exclusividade ou de não concorrência; (b) o ativo ou conjunto de ativos envolvidos não representar mais de 20% do faturamento da empresa ou do estabelecimento comercial.

Essa inovação de jurisprudência com certeza surpreende, indo em direção oposta à atuação mais incisiva que o Cade vem demonstrando nos últimos anos. Ao definir os dois critérios de conhecimento listados acima, a exclusividade passa a receber tratamento *per se* – o que nem sempre é de todo eficiente, já que ela pode ocorrer de fato ainda que o contrato de licenciamento diga o contrário – e um número maior de cláusulas e de efeitos dos acordos, que já eram negligenciados pelo foco restrito que o Conselho adotava⁴¹ vai deixar de passar pelo crivo da autoridade antitruste.

Com a promulgação da nova lei antitruste, que conta com mais dispositivos relativos aos direitos de propriedade intelectual, a expectativa é que o Cade abandone esse extravagante e perigoso último entendimento, reforçando seu papel de defesa da ordem econômica e, se preciso for, intervindo na seara da propriedade intelectual, certo de que detém competência para tanto.

4. CONCLUSÃO

No atual contexto de expansão das economias de conhecimento, o direito antitruste e o direito de propriedade intelectual são duas disciplinas que definitivamente não podem ser estanques. Como visto, o paradigma de que elas são antagônicas assenta-se numa confusão conceitual que, quando esclarecida, aponta na verdade para um outro de complementaridade, na medida em que

41. MORAIS, Rafael Pinho Senra de. Licenciamento de tecnologia e o Cade. *Valor Econômico*. 27.06.2011. Disponível em: [www.valor.com.br/arquivo/895093/licenciamento-de-tecnologia-e-o-cade]. Acesso em: 02.10.2012. *Passim*.

ambas visam ao estímulo à atividade criativa/inovadora e ao aumento do bem-estar dos consumidores em geral.

Analisando a jurisprudência do Cade, percebe-se que ela acompanha a evolução doutrinária em dois aspectos. No primeiro, mais perceptível, ela vai na direção de afirmar a complementaridade entre os dois ramos do direito, passando a conceber que ilícitos antitrustes podem ter como causa a lesão ou o abuso de um direito de propriedade intelectual. O segundo aspecto, que apesar de sutil é igualmente importante, aponta no sentido de reconhecer a competência do Conselho para investigar e remediar tais ilícitos.

Não obstante a louvável atuação do Cade, principalmente nos últimos anos, ainda há espaço para melhora. A pequena quantidade de precedentes concludentes sobre o uso abusivo dos direitos de propriedade intelectual, somada ao perigoso precedente que estabelece critérios para o não conhecimento de contratos de licenciamento de tecnologia, demonstram que o órgão ainda detém pouco conhecimento sobre a matéria.

Nesse contexto, o acordo de cooperação técnica que o Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (Inpi), a SDE e o Cade celebraram em junho de 2010 é certamente digno de nota, seja por reforçar a competência do Cade para analisar as condutas e atos de concentração que envolvam propriedade intelectual, seja por dotar o SBDC de melhor aparato técnico, proporcionando mais qualidade às decisões destes casos.

Essa maior quantidade de instrumentos à disposição do SBDC, no entanto, deve ser utilizada com extrema cautela. Por um lado, a condenação de atividades eficientes que envolvam direitos de propriedade intelectual pode minar o incentivo à inovação, freando assim um importante vetor do crescimento econômico. Por outro, o fracasso em impedir condutas concertadas ou excludentes envolvendo direitos intelectuais (e outras formas de propriedade também) pode ter consequências negativas substanciais para os consumidores.⁴²

É necessária, portanto, uma atuação equilibrada por parte do SBDC, pautada sempre pela regra da razão⁴³ e tendo em mira os interesses da coletividade, que é a verdadeira titular dos bens protegidos pela lei antitruste.

42. U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust enforcement and intellectual property rights: promoting innovation and competition (2007). Disponível em: [www.justice.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf]. Acesso em: 04.10.2012. p. 2.

43. A regra da razão determina que se ponderem os potenciais efeitos nocivos à concorrência e as eficiências advindos de dada situação fática (conduta ou ato de concentração), a fim de determinar se esta – desde que não constitua crime – deve ser proibida.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Lucas Bernardes; FORTES, Flávia Teixeira. O direito da concorrência e direito de propriedade intelectual. Uma análise de sua interface. *Jus Navigandi*. n. 2.350. ano 14. Teresina, dez. 2009. Disponível em: [http://jus.com.br/revista/texto/13969]. Acesso em: 29.09.2012.
- BARBOSA, Denis Borges. Jurisprudência sobre PI do Cade. *Universo Jurídico*. ano 11. Juiz de Fora, 01.03.2007. Disponível em: [http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/3215/jurisprudencia_sobre_pi_do_cade]. Acesso em: 08.10.2012.
- BRASIL. Lei 12.529, de 30.11.2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei 8.137, de 27.12.1990, o Decreto-Lei 3.689, de 03.10.1941 – Código de Processo Penal, e a Lei 7.347, de 24.07.1985; revoga dispositivos da Lei 8.884, de 11.06.1994, e a Lei 9.781, de 19.01.1999; e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. 01.12.2011. p. 1.
- _____. Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.005472/2010-10, j. 10.10.2010. Voto-vista do Presidente Arthur Badin. Disponível em: [www.cade.gov.br].
- _____. Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar 08012.002673/2007-51, j. 15.12.2010. Voto do Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. Disponível em: [www.cade.gov.br].
- _____. Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração 08012.004091/2007-18, j. 12.12.2007. Voto do Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú. Disponível em: [www.cade.gov.br].
- _____. Lei 9.279, de 14.05.1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade intelectual. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. 15.05.1996. p. 8353.
- _____. Lei 8.884, de 11.06.1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. 13.06.1994. p. 8437.
- CUEVA, Ricardo Villas Bôas. A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do Cade. *Revista do IBRAC*. vol. 16. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2009.

Do contrário, a aplicação da lei provocaria ineficiências nos mercados e teria um resultado contrário ao interesse social (POSSAS, Mario Luiz; MELLO, Maria Tereza Leopardi. Regulação da concorrência e propriedade intelectual: conflitos e convergências. Promovendo Respostas Estratégicas à Globalização – Seminário Internacional PPED. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: [www.idciad.com.br/seminariointernacional/arquivo16.pdf]. Acesso em: 07.10.2012. p. 11.

CARVALHO, Nuno Pires de. El Proyecto de La Ompi sobre Propiedad Intelectual y Política de Competencia. Rio de Janeiro. 2011. Apresentação na Mesa Redonda sobre Propriedade Intelectual e Política de Concorrência. Ompi. Disponível em: [www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/wipo_rt_ip_rio_11/wipo_rt_ip_rio_11_ref_ppt.ppt]. Acesso em: 05.10.2012.

_____. The interface between intellectual property and competition law in multilateral law – A new perspective. Nova York. 2011. Apresentação na Mesa Redonda sobre Propriedade Intelectual e Direito da Concorrência. Ompi. Disponível em: [www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_nyc_11/wipo_ip_nyc_11_4.ppt]. Acesso em: 05.10.2012.

ECHEVERRY, Aisen; YBAR, Mario. Interacción entre PI y libre competencia: experiencia práctica en Chile. Rio de Janeiro, 2011. Apresentação na Mesa Redonda sobre Propriedade Intelectual e Política de Concorrência. Ompi. Disponível em: [www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/es/wipo_rt_ip_rio_11/wipo_rt_ip_rio_11_ref_etccherry_ybar.pdf]. Acesso em: 05.10.2012.

GRAU-KUNTZ, Karin. O que é direito de propriedade intelectual e qual a importância de seu estudo? *Revista Eletrônica do IBPI*. Disponível em: [www.ibpibrasil.org/44072.html]. Acesso em: 05.10.2012.

_____. A interface da propriedade intelectual com o direito antitruste. Exposição Apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 22.08.2011. *Revista Eletrônica do IBPI*. Disponível em: [www.ibpibrasil.org/40693/64901.html]. Acesso em: 05.10.2012.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3. ed. Nova York: Thomson West, 2005.

_____. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. 3. ed. vol. IIB. Nova York: Aspen Publishers.

MARZETTI, Maximiliano. ¿Antagonismo o Complementariedad? Una breve aproximación a la compleja y poco estudiada relación entre propiedad intelectual y derecho de la competencia. *Bolctim Latino-Americano de Concorrência*. n. 30-extra. p. 2-12. jan. 2012. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/publications/bolctim/bolctim_30_es.pdf]. Acesso em: 02.10.2012.

MORAIS, Rafael Pinho Senra de. Licenciamento de tecnologia e o Cade. *Valor Econômico*. 27.06.2011. Disponível em: [www.valor.com.br/arquivo/895093/licenciamento-de-tecnologia-e-o-cade]. Acesso em: 02.10.2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE PROPRIEDADE INTELECTUAL. Committee on Development and Intellectual Property (CDIP) Project on Intellectual Property and Competition Policy. Genebra, 2009. Disponível em: [www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/cdip_5/cdip_5_ref_cdip_4_4_rev.pdf]. Acesso em: 05.10.2012.

_____. Wipo intellectual property handbook: policy, law and use. Genebra, 2004. Disponível em: [www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/iprm/pdf/ip_handbook.pdf]. Acesso em: 05.10.2012.

- ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – Comitê para a Concorrência. *Patents and Innovation II. Policy Roundtables*. Paris, jun. 2009.
- POSSAS, Mario Luiz; MELLO, Maria Tereza Leopardi. Regulação da concorrência e propriedade intelectual: conflitos e convergências. *Promovendo Respostas Estratégicas à Globalização – Seminário Internacional PPED*. Rio de Janeiro: 2009. p. 31. Disponível em: [www.ideiad.com.br/seminariointernacional/arquivo16.pdf]. Acesso em: 07.10.2012.
- POSNER, Richard A. Antitrust in the new economy. *John M. Olin Law & Economics Working Paper*. n. 106. Chicago, nov. 2010. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.249316]. Acesso em: 05.10.2012.
- SALGADO, Lucia Helena. O Caso Kolynos-Colgate e a introdução da economia antitruste na experiência brasileira. In: MATTOS, Cesar (ed.). *A revolução antitruste no Brasil: a economia aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular, 2006. Disponível em: [http://works.bepress.com/lucia_salgado/5]. Acesso em: 07.10.2012.
- _____; MORAIS, Rafael Pinho de. The new Brazilian antitrust law: beyond the basics. *Boletim Latino-Americano de Concorrência*. n. 31. p. 62-68. abr. 2012. Disponível em: [http://ec.europa.eu/competition/publications/bic/boletim_31_pt.pdf]. Acesso em: 28.09.2012.
- SOUSA, Maria da Conceição Sampaio de. *Bens públicos e externalidades*. Brasília: IEMonit, 2010.
- U. S. DEPARTMENT OF JUSTICE & FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property (1995). Disponível em: [www.justice.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf]. Acesso em: 04.10.2012.
- _____. Antitrust enforcement and intellectual property rights: promoting innovation and competition (2007). Disponível em: [www.justice.gov/atr/public/hearings/ip/222655.pdf]. Acesso em: 04.10.2012.
- WISH, Richard. *Competition Law*. 4. ed. Bath, Reino Unido: Butterworths, 2001.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A ordem econômica e a propriedade intelectual, de Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita – *RIBRAC* 12/123;
- A proposta de nova lei de defesa da concorrência e o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual, de Renato Dolabella Melo – *RIBRAC* 17/68;

- A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do Cade, de Ricardo Villas Bôas Cueva – *RIBRAC* 16/121;
- Concorrência e propriedade intelectual: harmonização, de Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita – *RIBRAC* 12/125;
- Interfaces entre direito concorrencial e propriedade intelectual, de Rafael Szmíd – *RIBRAC* 19/297; e
- Política de concorrência e os direitos de propriedade intelectual, de Antonio Carlos Machado de Andrade Jr. – *RIBRAC* 9/9.

A NOVA REALIDADE DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA (SBDC)

6

RICARDO BRUNING BELLON

Graduando em Direito pela USP.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico; Comercial/Empresarial

RESUMO: O cenário concorrencial brasileiro foi alterado com a entrada em vigor da lei 12.529/2011, na metade de 2012. Dentre as diversas mudanças, a nova lei operou duas principais: a retirada do país do sistema de análise obrigatória *a posteriori* para o sistema de análise prévia, e a mudança orgânica do SBDC, que deixou de ser segmentado em diferentes organismos, distantes até mesmo territorialmente, e passou a ser unificado, otimizando recursos financeiros, humanos e temporais. Esta breve contribuição trata dos principais pontos dessas mudanças, quais serão os desafios e porque eles se imporão ao novo modelo antitruste brasileiro e a autoridade que o imprime, o Cade.

PALAVRAS-CHAVE: Antitruste – Lei 12.529/2011 – Nova Lei Antitruste brasileira – Sistema de análise prévia – Mudança institucional.

ABSTRACT: The Brazilian competition framework has changed with the enactment of Law 12.529 of November 30, 2011 in mid-2012. Among the several changes, the new law introduced two main modifications: the replacement of the country's post-merger system of Mandatory filing to a pre-merger system, and the organic change of SBDC, which is no longer fragmented into different organisms, even geographically distant, evolving to be unified, optimizing financial, human and temporal resources. This brief contribution addresses the main aspects of the aforementioned changes, the challenges to be imposed on such new model and on the Brazilian antitrust authority, the Cade.

KEYWORDS: Antitrust – Brazilian new Antitrust Law – Law no. 12.529 of November 30, 2011 – Pre-merger control – Institutional change.

SUMARIO: 1. Introdução – 2. O sistema de análise prévia de atos de concentração – 3. A reestruturação do SBDC – 4. Considerações finais – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Por anos em gestação e tramitação no Congresso Nacional, a (nova) Lei brasileira de Defesa da Concorrência, 12.529 de 2011, operou duas grandes mudanças no direito antitruste brasileiro, além de outras inovações. Os dois grandes marcos da nova legislação foram: (a) a introdução do sistema de análise prévia de atos de concentração e (b) o rearranjo institucional do SBDC.

A desconfiança do mercado, de administrados e de advogados de direito concorrencial levou a uma explosão de notificações na véspera da entrada em vigor do novo diploma,¹ que buscaram enquadrar as transações no regime de análise *a posteriori* – o sistema da (antiga) Lei 8.884/1994.

Em poucos meses de vigência da nova Lei, a autoridade antitruste divulgou notícias que² revelaram que o temor do mercado, ao menos quanto a operações mais simples, não se justificou. A entidade brasileira, ainda que com o pequeno orçamento e corpo técnico por ser provido, deu sinais de eficiência.

Inúmeros são os temas possíveis de se discorrer em uma análise sobre a nova realidade do direito antitruste brasileiro. Para se citar alguns, (a) a disciplina da troca de informações no íterim entre a negociação e a notificação (o que pode ser trocado de informações em um processo de negociação sem que isso configure uma conduta ou uma consumação de operação? – temática que fica muito mais sensível com a mudança para o regime de análise prévia de AC); (b) propostas para futuras regulamentações do órgão – fundos de investimento e contratos associativos; (c) análise de decisões recentes (e.g., o caso do aeroporto de Curaçao e a aplicação pelo Cade do art. 2.º da Lei 12.529/2011, que representa o princípio da produção de efeitos; o caso BNDESPAR & Participar: o não conhecimento de operação e o novo conceito do Cade de “influência relevante”; ou o caso DirecTV: a necessidade de mudança de controle como parâmetro para notificação obrigatória); (d) o *gun-jumping* sob a égide

-
1. HENRIQUES, Andréia. Corrida por fusões antes da nova lei de defesa econômica. *Diário Comércio Indústria & Serviços*, Legislação, 30.05.2012. Essa corrida pela notificação antes da lei, gerou, para alguns analistas, um efeito de “ressaca” no mercado de fusões e aquisições, após a entrada em vigor da nova Lei. Nesse sentido, Nova Lei do Cade derruba fusões e aquisições na América Latina em agosto. *Folha de S. Paulo*, Valor, 03.10.2012.
 2. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DIREITO ECONÔMICO – CADE. Em quatro meses de vigência da nova lei, casos são decididos em 17 dias. 03.10.2012. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 31.03.2013.

da nova Lei de Direito da Concorrência ou (e) o regime de responsabilidade objetiva das condutas anticompetitivas e os parâmetros para dosimetria das penas aplicadas.

Nenhum destes temas trata, porém, da principal mudança operada pela nova Lei Antitruste brasileira. Por isso, como mencionado no início desta contribuição, focar-se-á na essência da nova lei e naquilo que mais trará impacto, em nossa opinião, à nova realidade do SBDC.

2. O SISTEMA DE ANÁLISE PRÉVIA DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Transações empresariais que (a) resultassem em uma concentração do mercado relevante superior a 20% ou (b) a transação em que ao menos uma das empresas envolvidas faturasse 400 milhões de reais no ano fiscal anterior ao fechamento da operação deveriam ser notificadas ao SBDC em até 15 dias úteis contados da assinatura do primeiro documento vinculativo.

O sistema de notificação obrigatória, até a nova lei vigente no Brasil, no Egito e no Paquistão, apresentava inúmeros contras. Custos sociais, econômicos e danos irreversíveis em razão da troca de informação entre concorrentes (especialmente danosa em mercados concentrados) resultavam no dilema dos ovos mexidos,³ em que se discute a própria possibilidade de se reverter a operação. Some-se a isso o potencial dano aos consumidores enquanto da análise da transação. Esse cenário levou as autoridades do SBDC a firmar os chamados Acordos Prévios de Reversibilidade de Operação (Apro). Plantou-se ali a semente de um sistema de análise prévia, já que, por estes acordos, as partes cuja operação estava sobre a análise se comprometiam a, entre outros, não consumir a operação até a sinalização do Cade.

A partir do dia 29.05.2012, o Brasil deixou o sistema *a posteriori* para integrar a dinâmica adotada por países de direito concorrencial mais maduro: o sistema de análise *a priori*. Atos de concentração que se encaixem nos novos requisitos deverão ser notificados ao SBDC e sua consumação deverá permanecer suspensa. O sinal verde do Cade (não necessariamente do Tribunal, podendo ser da Superintendência-Geral em casos sumários) representa agora condição suspensiva à consumação da transação.

3. Termo comumente cunhado pela doutrina estrangeira (*scrambled eggs*) para referir-se à dificuldade em se desconstituir uma operação em que os agentes já tenham se integrado e consumado à concentração. Metaforicamente, mexidos os ovos, não é mais possível separar a clara da gema.

Novos requisitos à necessidade de se notificar uma concentração foram adotados. As mudanças essenciais foram: (a) a supressão do critério de concentração baseada no percentual de *market share* do mercado relevante (a Lei 8.884/1994 exigia que fosse notificada operação que resultasse em concentração de 20% do mercado relevante);⁴ (b) a instituição de um critério combinado de faturamento⁵ em que a empresa contraparte na negociação que resulta em concentração também deverá ter um faturamento mínimo; e (c) a elevação dos patamares de faturamento⁶ necessários para que uma transação seja notificada (de 400 para 750 milhões e de 40 para 75 milhões).⁷

Operações que não se encaixem nesse crivo não estão imunes à vigilância concorrencial. Estão, apenas, dispensadas da notificação obrigatória. O Cade poderá (art. 88, § 7.º, da Lei 12.529/2011) requisitar a submissão de operações que não se enquadrem nas especificações providas pela lei. Nem toda operação de empresas que superem os patamares de faturamento são também de notificação obrigatória. A Res. Cade 2/2012, em seus arts. 9.º, 10 e 11, aguçam as disposições quanto à natureza de uma concentração (em que a notificação seja obrigatória). Tais dispositivos da Resolução limitam até mesmo uma noção de “influência relevante”. A autoridade decidiu muito recentemente⁸ pelo não conhecimento de operação em que havia influência relevante de acordo com

-
4. Tal supressão se deu em razão dos custos investigatórios, operacionais, orçamentários, de ordem temporal e da própria possibilidade de averiguação destes percentuais de participação de mercado. O critério de participação do mercado relevante demanda análise custosa e longa, portanto, de difícil apuração pela autoridade (que lida com recursos escassos, como se delineará abaixo).
 5. Essa disposição vem a acabar com um problema que se colocava à dinâmica econômica de grandes agentes sob a égide da lei antiga. Pela literalidade das disposições da Lei 8.884/1994, se grandes companhias (com faturamento anual acima de 400 milhões de reais) comprassem quaisquer ativos (no limite, uma padaria), a transação, em tese, teria de ser notificada ao Cade.
 6. Mudança essa operada pela Portaria Interministerial MJ/MF 994, de 30.05.2012, autorizada pelo § 1.º do art. 88 da Lei 12.529/2011.
 7. Essa elevação evidencia o posicionamento do órgão, que lida com recursos escassos e opera em um país em desenvolvimento. O foco passa a ser qualitativo, em detrimento do quesito quantitativo. Com os patamares duplo e superiores de faturamento, além da abolição do critério de participação de mercado, apenas as mais relevantes operações passarão (automaticamente, sem ser requisitadas) pelo crivo do órgão. A lei – em verdade, a Portaria Interministerial MJ/MF 994, de 30.05.2012, que opera a mudança – decide por grandes concentrações.
 8. Ato de Concentração 08700.007119/2012-70, BNDESPAR & Praticapar, em que se aprovou o Parecer 343/2012 – Procade, 28.09.2012.

a jurisprudência do Cade (indicação de administradores, veto em operações de fusão/incorporação/cisão, decisão sobre investimentos), mas os percentuais adquiridos não atingiam os percentuais de participação exigidos pela Resolução (nos artigos citados acima). No caso, a aquisição, por não concorrente, de 10% do capital social, ainda que com influência relevante, não foi conhecida como concentração.

Quando da aprovação da nova Lei, muito se discutiu sobre a eficácia do sistema de análise prévia. A lei originalmente dispunha de dois mecanismos para fazer com que agentes esperassem o sinal verde do Cade: por um lado, (a) impondo multa para a consumação de operações antes do parecer do Conselho e, por outro, (b) estabelecendo um prazo de espera (na doutrina estrangeira e prática antitruste estrangeiras, identificado como *waiting period*) para que a autoridade emitisse o parecer. Caso este prazo não fosse cumprido pela autoridade, o art. 64 da Lei 12.529/2011 instituía o que se conhece por “aprovação tácita”. É verdadeira decadência do direito da autoridade antitruste questionar a transação econômica sob análise. Procurava-se com isso evitar que a dinâmica econômica fosse barrada (ou subjugada) pelo passo jurídico. Os prazos previstos pela lei são generosos. Um ato de concentração poderá ser apreciado em até 330 dias (somando-se pedidos de dilação de prazo à previsão original de 240 dias do art. 88, § 2.º, da Lei 12.529/2011). Não há estipulação na Lei quanto a períodos menores de espera para casos mais simples (que tramitam sob o regime sumário de análise) – concentrações menos complexas e que, em tese, geram menos preocupações concorrenciais. A aprovação tácita operada pela Lei foi, porém, vetada pela Presidente Dilma, por ser “*medida desproporcional e com o potencial de acarretar graves prejuízos à sociedade*”. Vale deter-se aqui: a Presidente escolhe alterar a lei, em detrimento de escolha por mudança institucional e por aparelhamento que fossem capazes de lidar com a necessidade de decisão célere – imperativo da atividade econômica. A Presidente, com o veto, escolhe pela flexibilização em detrimento da melhora (ainda que coercitiva, sob a ameaça da aprovação tácita) da atuação do regulador.

A autoridade, na contramão do raciocínio da Presidente, reafirmou o compromisso com a aprovação tácita, aprovando unanimemente o Parecer do Procurador-Geral Gilvandro Araújo na 508.^a Sessão de Julgamento,⁹ sinalizando para o mercado a administrados o comprometimento do regulador concorrential para acelerar o passo jurídico, a fim de alcançar o econômico.

9. Cf. veiculado pela Assessoria de Imprensa do Cade: Aprovação de AC por decurso de prazo está manida. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 31.03.2013.

Dois pontos ainda não regulamentados pelo Conselho quanto ao período de espera para análise de atos de concentração são, como mencionado acima, (a) o prazo para a análise de atos de concentração de menor complexidade, que tramitam sob o rito sumário, e (b) o prazo para que o Cade solicite emenda à notificação inicial, quando a notificação estiver incompleta. A ausência de prazo para que a Superintendência-Geral requirite a emenda (para que os interessados, portanto, providenciem mais informações) pode funcionar como forma de parar o relógio para a contagem do período de espera – que culmina com a aprovação tácita da operação. Estas questões deverão ser regulamentadas em breve pelo Conselho.

O grande obstáculo a ser vencido pela entidade está em alinhar a eficiência do órgão brasileiro à velocidade de organismos antitruste internacionais, em um contexto em que a economia brasileira (sempre contracenando com Rússia, Índia e China, entre os emergentes) luta por competitividade.

Para tanto, a Lei tentou munir o órgão de ferramental para processar a demanda por análise célere, sem perder a qualidade das decisões (que são tão caras à concorrência, imediatamente e, mediatamente, ao bem-estar do consumidor): criou, através do art. 121 da Lei 12.529/2011, 200 cargos de “Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental, integrantes da Carreira de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental”. Até a presente data, não houve notícia da alocação ou nomeação de tais gestores, insumo indispensável para processar a nova demanda que se põe ao novo Cade (que, sem pessoal adicional, dificilmente merecerá a alcunha de “Super Cade”). A autarquia, que contava em 2012 com 50 gestores,¹⁰ receberá, segundo o presidente da autarquia, outros 50 gestores em 2013, oriundos do próximo concurso para a carreira¹¹ – o que se traduziria em sensível avanço, comparando-se o novo cenário com o atual quadro. O concurso referido pelo presidente do órgão ainda não teve edital lançado, mas teve instituição organizadora designada em março deste ano.¹²

A entidade, ainda que lidando com recursos (humanos e financeiros) escassos,¹³ tem desenvolvido a análise de casos sumários com certa rapidez,

10. Concurso para o Cade neste ano. *Correio Braziliense*, 12.08.2012.

11. Cruz, Patrick. Burocratas, mas com diploma. *Revista Exame*, Gestão Pública, n. 1.028, 14.11.2012, p. 156.

12. DOU 14.03.2013, Seção I, p. 76. Secretaria Executiva. Portaria 66, de 13.03.2013.

13. O Cade tem o segundo menor orçamento quando comparado com as agências reguladoras, tendo orçamento maior somente que o da Ancine. Cf. BASILE, Julianio. Taxa de

muito compatíveis com a prática internacional. O Conselho, nos primeiros 120 dias de vigência da Lei, apresentou em média, para os casos julgados e mais simples (sumários), tempo de análise de 17 dias.¹⁴ Os casos julgados foram, porém, apenas os mais simples. O julgamento de casos de complexidade maior deve subir tal período de espera para a média de 40 dias, avaliara o Presidente do Cade ao final de 2012.¹⁵

A eficiência da agência em responder a tempo às notificações, sem emperrar as transações (que podem ser benéficas ao consumidor) nem perder a qualidade das análises, lidando com recursos humanos e orçamentários escassos e com o estoque de casos que a entidade acumula é dúvida que aos poucos se elucidará com a atuação do órgão.

Um sinal da eficiência no manejo do estoque foi emitido em março de 2013: o Cade encerrou, através de acordo com a Unimed, 39 processos administrativos que tratavam da questão da “unimilitância”¹⁶ da associação, alvo de condenações desde 1994, eliminando o que correspondia a 26% de todas as demandas judiciais do órgão e ganhando fôlego para dedicar-se aos demais casos.¹⁷

3. A REESTRUTURAÇÃO DO SBDC

A segunda grande mudança operada pela nova Lei brasileira de Defesa da Concorrência está na reestruturação das instituições que formavam o SBDC.

A nova Lei brasileira de Defesa da Concorrência criou o que se convençionou chamar de “novo Cade” ou, em referência à absorção de funções das antes secretarias de Ministério, “Super Cade”. Sob o regime antigo, três eram os órgãos que compunham o SBDC: a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) do Ministério da Fazenda, e o Cade.

R\$ 45 mil para análise de fusão será mantida. *Valor Econômico*, Legislação & Tributos, 31.07.2012.

14. Em quatro meses de vigência da nova lei, casos são decididos em 17 dias cit.
15. Presidente do Cade faz balanço positivo sobre nova lei antitruste. *Valor Econômico*, Brasil, 01.10.2012.
16. Prática exigida pela Unimed de prestação de serviços exclusiva à associação, não permitindo que o médico associado atenda outros planos de saúde, restringindo a oferta de serviços.
17. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DIREITO ECONÔMICO – CADE. Cade encerra exigência de exclusividade de médicos com Unimed em mais de 90 casos. 20.03.2013. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 31.03.2013.

A primeira, braço investigativo do SBDC, centrava-se na análise econômico-jurídica de atos de concentração submetidos, na apuração de atos de concentração não notificados, e na investigação de condutas anticompetitivas praticadas por agentes econômicos. A expertise da análise puramente econômica do SBDC ficava por parte da Seae, que analisava o impacto econômico de atos de concentração, além de emitir parecer, quando requisitada, sobre processos administrativos (onde eram investigadas condutas anticompetitivas). O SBDC era completado pela Procuradoria-adjunta ao Cade (Procade), que participava da análise de atos de concentração e de processos administrativos, emitindo parecer cujo foco se centrava na análise jurídico-processuais das questões postas à apreciação – além de demais atribuições, como a função judicante (representando o Cade em juízo e promovendo medidas judiciais a fim de assegurar a cessação de práticas anticompetitivas e a satisfação dos provimentos da entidade). Também fazia parte da dinâmica do SBDC o Ministério Público, que possuía membro designado para representar o *Parquet* dentro do processo decisório do SBDC.

Como se pode extrair dos imperativos postos pela Lei 8.884/1994 e da prática concorrencial brasileira nos quase 20 anos de vigência da antiga lei, as funções de cada órgão, em especial da SDE e Seae, não eram bem delimitadas e não raro os recursos (sempre, em certa medida, escassos) dos órgãos eram desperdiçados em esforços duplicados. Nessa percepção, ainda que tardiamente, as secretarias, “*para aumentar a eficiência e a eficácia dos órgãos responsáveis pela defesa da concorrência*”, expediram normativo para disciplinar a “*instrução conjunta de atos de concentração e a análise conjunta de condutas anticompetitivas*”, passando a integrar os trabalhos, disciplinar tarefas e atribuições a fim de evitar desperdícios e redundância de análises, além de emitir pareceres conjuntamente.¹⁸

A lei, que entrou em vigor após a Portaria Conjunta Seae/SDE/Cade 25, de 27.02.2012, vale-se da mesma lógica de unificação de instrução. A Secretaria de Direito Econômico, que congregava não só o Departamento Proteção e Defesa Econômica (DPDE – braço que trabalhava junto ao Cade), mas também o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), é extinta. O DPDC é transformado em entidade autônoma, a Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon. A Seae perde suas atribuições de análises econômicas, restando-lhe apenas um papel na esfera concorrencial: a advocacia da concorrência. Por tal

18. Cf. a Portaria Conjunta Seae/SDE/Cade 25, de 27.02.2012.

alcunha se entende a advocacia e a promoção da cultura da concorrência e a defesa desta como padrão de comportamento dos agentes econômicos, além da disseminação da cultura de concorrência perante os agentes de mercado e a sociedade. Muito se evoluiu em termos de cultura da concorrência. Partiu-se de um contexto de forte presença estatal na economia (não que esta tenha se dissipado atualmente, mas é menos presente em comparação aos períodos que se cita), como o período que se estende da Era Vargas (primeiras tentativas de legislação concorrencial no direito brasileiro, com restrições a condutas anticompetitivas), passando pela criação do órgão em 1962, até a promulgação da Lei 8.884/1994, em que o pano de fundo era pintado por institutos que fixavam preços e a pela legislação, que determinava os reajustes e limitava a lei básica de oferta e demanda, o que não favorecia a atuação de um ente promotor da competição.

O contexto macroeconômico sedento por estabilização monetária e por contenção de inflação tinha na concorrência entre os agentes econômicos um importante instrumento. O cenário era, portanto, propício ao surgimento da Lei 8.884/1994. A mudança brusca do sistema de fixação de preços e da forte atuação do Estado na economia não foi acompanhada de perto pelos agentes econômicos. Os agentes estavam tão distantes de uma cultura de competição e tão acostumados com a intromissão do Estado na formação dos preços que o primeiro cartel julgado pelo Cade foi “descoberto” dentro da própria Seae, em reunião agendada pelos participantes, ao comunicarem conjuntamente o reajuste de preços de um produto.¹⁹ O Conselho disseminava, de maneiras até pouco ortodoxas, a cultura da concorrência, como na gestão do Conselheiro Gesner Oliveira em 1998 e 1999 em que foram aprovadas em Sessão de Julgamento, emitidas e enviadas às empresas “*cartas-alerta*”,²⁰ cujo conteúdo chamava a atenção dos agentes do mercado para as exigências jurídico-concorrencias. Pode-se dizer que houve um sensível avanço na disseminação da concorrência desde esse período para cá. Isso se deve em boa parte em razão da efetivação dos dispositivos legais, seja pela via sancionatória (com multas

19. Perdas e danos dos cartéis, Claudio M. Considera (Secretário de Acompanhamento Econômico), *Folha de S. Paulo*, 31.05.2002. Disponível em: [www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/textos_artigos/2002-1/5-artigoperdasedanos]. Acesso em: 28.09.2012.

20. MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: _____. (org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012.

por intempestividade na apresentação de atos de concentração e na punição de condutas anticompetitivas), seja pela via do *soft enforcement*, em que a autoridade lança mão de diversas práticas educativas e pedagógicas, almejando o melhor atendimento às práticas estimuladas e desestimuladas pela legislação. O SBDC lançou mão neste âmbito das mais plurais iniciativas: desde a realização de eventos para a promoção da concorrência até a confecção de gibi da Turma da Mônica em parceria com o cartunista *Mauricio de Souza*.²¹ Ainda há, porém, grande *déficit* de familiarização dos agentes econômicos com os ideais propagados pela constituição e defendidos pelo SBDC: (a) a livre concorrência (dispositivo positivado no art. 170, IV, da CF/1988), (b) a repressão ao abuso de poder econômico, (c) a defesa da concorrência e (d) a vedação ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4.º, da CF/1988). É aqui que reside o papel residual da Seae no âmbito concorrencial. Levar adiante a advocacia e a promoção da concorrência, ainda que não lhe seja tal atribuição competência exclusiva, à Superintendência-Geral, por exemplo, por força do art. 13, XV, da Lei 12.529/2011, também incumbe “instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica e os modos de sua prevenção e repressão”.

Extinta a SDE e delimitada a competência da Seae, os órgãos que absorveram tais competências foram novas instituições, não mais ligadas aos Ministérios da Justiça e da Fazenda – como respectivamente eram as secretarias. O (chamado Super ou Novo) Cade é entidade única e passou a unir a Superintendência-Geral (Si-G) e o Departamento de Estudos Econômicos (DEE).

A instrução dos processos de atos de concentração e de condutas anticompetitivas, antes realizadas pela SDE e que culminavam com um relatório, passam à Superintendência-Geral, atualmente chefiada pelo antigo Conselheiro do Cade, Carlos E. J. Ragazzo. A Superintendência-Geral tem poderes que ultrapassam os da antiga SDE: o art. 57, I, da Lei 12.529/2011 atribui à Superintendência poder para aprovar atos de concentração sem restrições. Caso entenda pela impugnação do ato, encaminhará este ao Tribunal (como se verá adiante) para que este julgue o ato de concentração (art. 57, II, da Lei 12.529/2011).²² No tocante a condutas, a Superintendência permanece com as atribuições instrutoras e investigativas da antiga SDE, oferecendo ao Tribunal

21. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DIREITO ECONÔMICO – CADE. Balanço de Gestão do Cade 2009-2010. p. 4. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Relatorio-de-gestao-2009-2010.pdf]. Acesso em: 29.09.2012.

22. Poderão impugnar a decisão da Si-G terceiros interessados ou a respectiva agência reguladora relacionada ao AC em questão (art. 65, I, da Lei 12.529/2011). Ademais, o

parecer pela absolvição (arquivamento) ou configuração de (condenação por) infração econômica.

O novo responsável pela análise econômica é o Departamento de Estudos Econômicos (DEE), que realiza, de ofício ou a pedido do Plenário do Tribunal, do Presidente ou do Superintendente-Geral, estudos e parecer econômicos auxiliares na análise de condutas e concentrações por todo o Cade. Juntamente com os especialistas que integram a Superintendência-Geral, é no quadro de funcionários também do DEE que parecem estar gargalos à atuação e à resposta eficientes do novo Cade.

O anterior Conselho, independente das Secretarias e formado pelos sete Conselheiros, mantém a mesma configuração e é transformado em órgão do Cade: surge a figura do Tribunal. Um presidente e seis conselheiros, que passam a ter mandatos mais longos que os previstos pela antiga lei (de dois anos). O mandato pela Lei de 12.529/2011 é agora de quatro anos, vedando-se a recondução. Tais mudanças vêm em prol da independência dos conselheiros para julgar os diversos casos livres de pressões quanto a uma recondução ou a uma sabatina no Senado Federal (em que grupos de pressão que eventualmente possuíssem atos de concentração ou processos administrativos em trâmite/aprovados/reprovados, poderiam exercer influência sobre a nomeação ou recondução de conselheiros).

Ministério Público e Procuradoria do Cade mantêm suas funções como órgãos do SBDC – o primeiro, ainda que indiretamente, atuando como fiscal da lei e representante dos anseios da sociedade nas decisões que têm impacto indireto nesta.

O rearranjo institucional é, em suma, a segunda grande mudança operada pela nova Lei de Defesa da Concorrência. As atribuições dos antigos três órgãos principais do SBDC são reunidas na figura do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que passa a coordenar e distribuir melhor funções e atribuições, buscando aperfeiçoar a qualidade e a velocidade das respostas às submissões de concentrações dos agentes econômicos e às práticas anti-competitivas. A mudança da própria sede da autoridade antitruste simboliza a mudança da realidade institucional por que passou o SBDC com o advento da nova Lei. E, nessa linha, se são novas as instalações do novo Cade, também são novos os desafios.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, deve-se atentar para o fato de que as duas principais mudanças trazidas pela nova Lei Antitruste não devem servir apenas de importação de um modelo (supostamente) bem-sucedido em outras realidades econômicas – seja de arranjo institucional único, seja de sistema de notificação obrigatória e prévia. Os sistemas de análise *a posteriori* eram aplicados ao redor do mundo já há muito tempo, o que não explica o porquê da virada das regras do jogo no ano de 2011. A mudança é um imperativo do novo substrato econômico, que é base para a ocorrência de concentrações e condutas anticompetitivas, e que traduz a realidade do país na atualidade. A mudança é reflexo, também, do amadurecimento institucional por que passaram o SBDC e o Conselho durante seus 50 anos de história (ainda que para muitos só tenha sido munido de “garras e dentes” recentemente), formando e capacitando seus profissionais – que começaram buscando notícias de concentrações econômicas em jornais e enviando “cartas-alerta” a empresas – além de ser reflexo de certa disseminação da cultura de competição.

O momento trazido pela nova Lei não é mera importação de um sistema que deu certo, ainda que práticas internacionais bem-sucedidas devam ser aproveitadas. É, sobretudo, desenvolvimento das instituições brasileiras. Para além da mera importação de um novo modelo (o que sabidamente não dá certo),²³ é preciso atentar para as peculiaridades das bases que sustentam a realidade em que as instituições se debruçam. No caso concorrencial brasileiro, estas bases dignas de atenção são (a) o estágio atual economia brasileira, que caminha para se firmar como país atrativo no âmbito econômico mundial – e não apenas como segunda seção dos BRICs; (b) o histórico de concentração de antigas estatais e da necessidade de fomentar-se uma mudança cultural, ainda em curso, que deixa o modelo de participação massiva do Estado na economia e caminha para o primado da concorrência dos atores econômicos independentes, sofrendo este último um empurrão do Estado.²⁴ Indispensá-

23. Nesse sentido, Douglass C. North, *Institutions, institutional change and economic performance*: “(...) transferring the formal political and economic rules of successful Western economies to third-world and Eastern European economies is not a sufficient condition for good economic performance”.

24. Novas frentes de pesquisa em direito econômico têm surgido nessa temática de mescla entre atuação forte de Estado na Economia (mas não única), promoção da concorrência e agentes econômicos privados com papel importante. Digno de nota é o projeto de pesquisa *Lands (Law and New Development State)*, que analisa uma aparen-

vel que a nova instituição vislumbre (c) seu papel nos novos desafios postos por políticas públicas que vêm de cima, cujo conteúdo tem sido incentivar a concentração de grandes agentes econômicos, como no financiamento de “campeões nacionais”. Deve permanecer em vista do novo SBDC, também, (d) seu próprio papel como formador de políticas públicas que, ao decidir o futuro de agentes com grande impacto social, como por exemplo a fusão de duas empresas com grande oferta de bens de consumo, estará decidindo a sorte do consumidor ao entrar em um supermercado. A nova Lei trouxe oportunidade de renovação para que tais decisões sejam tomadas, sobretudo, em face das limitações de um país em desenvolvimento, que são sentidas pela autarquia no próprio aparelhamento, em termos de recursos humanos e financeiros.

É em face desse conjunto de fatores da realidade brasileira que os novos desafios da autoridade antitruste brasileira, o Cade, estão lançados, e em razão deles é que os resultados devem ser apreciados.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASILE, Juliano. Taxa de R\$ 45 mil para análise de fusão será mantida. *Valor Econômico*, Legislação & Tributos, 31.07.2012.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DIREITO ECONÔMICO – CADE. Ata da 18.^a Sessão Ordinária de Julgamento. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 31.03.2013.

_____. Aprovação de AC por decurso de prazo está mantida. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 31.03.2013.

te nova realidade de modelo de atuação do Estado na Economia que mistura padrões de estado desenvolvimentista com sistema puramente competitivo, sem encaixar-se apenas em um dos paradigmas. Espécie de *joint venture* internacional de pesquisa, o projeto conta com contribuições de professores de universidades brasileiras (Diogo R. Coutinho, da USP, e Mario G. Schapiro, da FGV) na análise dos sinais brasileiros desse modelo misto. Cuidam os pesquisadores dos casos do programa Bolsa-Família e da atuação financeira moriz do BNDES, respectivamente. Para tanto, ver LAW AND THE NEW DEVELOPMENTAL STATE – LANDS, University of Wisconsin Law School. Disponível em: [www.law.wisc.edu/gls/lands.html]. Acesso em: 31.03.2013; COUTINHO, Diogo R. *Roles of Law and development policies in Brazil: decentralization and coordination in the Bolsa Família Program*. University of Wisconsin Law School. Disponível em: [www.law.wisc.edu/gls/documents/lands_updates/diogo_paper_7-17.pdf]; SCHAPIRO, Mario G. *Rediscovering the developmental path? Development bank, Law and innovation finance in the Brazilian economy*. University of Wisconsin Law School. Disponível em: [www.law.wisc.edu/gls/documents/lands_updates/rediscovering_the_developmental_path_mario_7_8.pdf].

- _____. Ato de Concentração 08700.007119/2012-70, Parecer da Superintendência-Geral em 28.09.2012. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 31.03.2013.
- _____. Balanço de Gestão do Cade 2009-2010. Disponível em: [www.cade.gov.br/upload/Relatorio-de-gestao-2009-2010.pdf]. Acesso em: 29.09.2012.
- _____. Cade encerra exigência de exclusividade de médicos com Unimed em mais de 90 casos. 20.03.2013. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 31.03.2013.
- _____. Em quatro meses de vigência da nova lei, casos são decididos em 17 dias. 03.10.2012. Disponível em: [www.cade.gov.br]. Acesso em: 31.03.2013.
- Concurso para o Cade neste ano. *Correio Braziliense*, 12.08.2012.
- CONSIDERA, Claudio M. Perdas e danos dos cartéis. *Folha de S. Paulo*, 31.05.2002. Disponível em: [www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/textos_artigos/2002-1/5-artigoperdasedanos]. Acesso em: 28.09.2012.
- COUTINHO, Diogo R. *Roles of Law and development policies in Brazil: decentralization and coordination in the Bolsa Familia" Program*. University of Wisconsin Law School. Disponível em: [http://www.law.wisc.edu/gls/documents/lands_updates/diogo_paper_7-17.pdf].
- CRUZ, Patrick. Burocratas, mas com diploma. *Revista Exame*, Gestão Pública, n. 1.028, 14.11.2012.
- HENRIQUES, Andréia. Corrida por fusões antes da nova lei de defesa econômica. *Diário Comércio Indústria & Serviços*, Legislação, 30.05.2012.
- LAW AND THE NEW DEVELOPMENTAL STATE – LANDS. University of Wisconsin Law School. Disponível em: [www.law.wisc.edu/gls/lands.html]. Acesso em: 31.03.2013.
- MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e desafios do controle de concentrações econômicas no Brasil. In: _____ (org.). *Temas atuais de direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2012.
- NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.
- Nova Lei do Cade derruba fusões e aquisições na América Latina em agosto. *Folha de S. Paulo*, Valor, 03.10.2012.
- Presidente do Cade faz balanço positivo sobre nova lei antitruste. *Valor Econômico*, Brasil, 01.10.2012.
- SCHAPIRO, Mario G. *Rediscovering the developmental path? Development bank, Law and innovation finance in the Brazilian economy*. University of Wisconsin Law School. Disponível em: [www.law.wisc.edu/gls/documents/lands_updates/rediscovering_the_developmental_path_mario_7_8.pdf].
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A nova Lei de Defesa da Concorrência – Lei 12.529/2011, de Leopoldo Pagotto, Bruno Oliveira Maggi e Gabriel Noronha Grecco – *RDB* 55/15;
- As recomendações da OCDE para o desenvolvimento do direito concorrencial no Brasil e a Lei 12.529/2011, de Gustavo Flausino Coelho e Ricardo Mafra – *RIBRAC* 22/307; e
- Integração vertical de empresas e direito da concorrência, de Fabiano del Masso – *RT* 928/1135.

Regulação

EXPANSÃO DA MALHA DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL CANALIZADO A PARTIR DO FORNECIMENTO DE GNC E/OU GNL

1

Formação de mercados em áreas desprovidas de gasodutos

KARINA MARTINS ARAUJO SANTOS

Especialista em Direito Econômico pela FGV-SP. Membro da Comissão de Energia da OAB-SP. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico

RESUMO: O tema deste artigo está circunscrito às áreas de direito econômico e administrativo, tendo como problema a análise da existência de impedimentos legais ao fornecimento de GNC e/ou de GNL, por concessionárias distribuidoras de gás natural canalizado, a usuários localizados em áreas desprovidas de gasodutos, com vistas à expansão da malha de distribuição de gás canalizado, a partir da utilização das receitas resultantes destas formas alternativas de fornecimento de gás.

PALAVRAS-CHAVE: Expansão da malha dutoviária – Concessionárias de distribuição de gás natural canalizado – Gás natural comprimido – Gás natural liquefeito.

ABSTRACT: The matters discussed herein are bound to Economic and Administrative Law and this article is intended to review legal impediments – on the part of natural piped-gas distributors under concession – for provision of GNC and/or GNL to users located in areas without pipelines, with a view at expanding piped-gas distribution grid using income generated from alternative gas provision sources.

KEYWORDS: Expansion of pipeline grid – Natural piped-gas distributors under concession – Natural compressed gas – Natural liquefied gas.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A indústria do gás natural canalizado no Brasil: 2.1 Evolução normativa; 2.2 A cadeia do gás natural canalizado: uma indústria de rede; 2.3 As novas regras para a indústria do gás natural e a atual malha dutoviária – 3. Fornecimento de GNC e/ou de GNL pelas concessionárias de distribuição de gás natural canalizado: 3.1 Regime de concessão da prestação de serviços públicos: Lei Federal 8.987/1995; 3.2 Regulação do transporte de GNC e GNL – 4. Considerações finais – 5. Referências bibliográficas – Anexo A – Anexo B.

1. INTRODUÇÃO

O tema deste artigo está circunscrito às áreas de direito econômico e administrativo, uma vez que trata da indústria do gás natural canalizado, especificamente da expansão da malha de distribuição de gás natural canalizado a partir da utilização de receitas complementares advindas do fornecimento de gás natural comprimido – GNC e/ou de gás natural liquefeito – GNL pelas concessionárias de distribuição de gás natural canalizado a áreas desprovidas de gasodutos.

Em que pese a possibilidade das concessionárias constituírem pessoas jurídicas específicas para o fornecimento do gás pelo modal rodoviário, verifica-se que o fornecimento de GNC e/ou de GNL pelas distribuidoras de gás é passível de gerar eficiências econômicas tanto para as distribuidoras quanto para o Poder Público. Isto porque a verticalização da infraestrutura em uma única pessoa jurídica gera economia de escopo devido à unificação de seus custos fixos. Ademais, a existência de uma única empresa vendedora de gás – canalizado, comprimido e liquefeito – já conhecida pelo Poder Público, resulta em um baixo custo de transação para ambas as partes. Tais fatores econômicos são vantagens inerentes ao desenho institucional objeto desta investigação, que se faz relevante porque analisa uma possível alternativa à expansão da malha dutoviária nacional, entendida como uma “essential facility” pela teoria do “Law and Economics”, sem a qual a indústria do gás canalizado não se desenvolverá, mesmo em havendo normas regulatórias favoráveis ao seu desenvolvimento.

Diante da consulta acima referida e das considerações expostas, emergiu o problema do presente estudo: existem impedimentos legais ao fornecimento de GNC e/ou de GNL, por concessionárias distribuidoras de gás natural canalizado, a usuários localizados em áreas desprovidas de malha dutoviária, com vistas à expansão da malha de distribuição de gás canalizado, a partir da utilização das receitas resultantes destas formas alternativas de fornecimento do gás? Tendo este problema como norte, foram definidos os seguintes objetivos do estudo: (a) apresentar e analisar as características físicas e regulatórias da malha dutoviária nacional, em especial o novo marco regulatório instituído

pela Lei 11.909, de 04.03.2009, conhecida como Lei do Gás, com vistas a identificar eventual incentivo à expansão da infraestrutura para a movimentação de gás por meio de dutos; (b) identificar possíveis permissivos legais para o fornecimento de GNC e/ou GNL por concessionárias de distribuição de gás canalizado, por intermédio da análise da Lei 8.987/1995 (“Lei de Concessões”) e; (c) analisar as normas regulatórias vigentes, que regulam o transporte de GNC e de GNL.

Trata-se de um estudo de natureza teórica, que teve como principais fontes a Constituição Federal, a Lei do Gás, a Lei de Concessões, as normas regulatórias que disciplinam o transporte do gás natural comprimido e liquefeito (Res. ANP 41/2007 e Portaria ANP 118/2000), bem como estudos governamentais sobre a malha dutoviária nacional e doutrinas de direito econômico e administrativo.

2. A INDÚSTRIA DO GÁS NATURAL CANALIZADO NO BRASIL

2.1 *Evolução normativa*

Historicamente, a indústria do gás sempre se desenvolveu em conjunto com a indústria do petróleo. Com a descoberta de jazidas de petróleo e de gás associado, o gás passou a ser visto como um empecilho na produção do petróleo, iniciando-se a busca por um fim industrial para o insumo, face à limitação de sua reinjeção nos poços, bem como às questões ambientais envolvidas na queima de grandes quantidades do recurso.

A primeira Lei que disciplinou sobre a indústria do petróleo e do gás foi a Lei 2.004, de 03.10.1953. Este diploma legal surgiu durante a vigência da Constituição de 1946, a qual possibilitava o exercício do monopólio da União sobre atividades ou indústrias mediante a aprovação de lei específica.¹ Neste cenário constitucional, a Lei 2.004/1953 instituiu o monopólio da União na exploração, produção, refino, transporte marítimo e por meio de condutos de petróleo e seus derivados, bem como de gases raros, sendo definido que seu exercício dar-se-ia por meio da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras e suas subsidiárias, bem como pelo Conselho Nacional do Petróleo – CNP.²

Em 1988, a Constituição Federal promulgada estabeleceu originalmente o monopólio da União, exercido através da Petrobras, sobre as atividades de

1. BUCHEB, José Alberto. *Direito do petróleo: a regulação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 3.

2. Arts. 1.º e 2.º da Lei 2.004, de 03.10.1953.

pesquisa e lavra de jazidas, refino, importação e exportação e transporte marítimo ou por meio de conduto de petróleo, seus derivados e gás natural (art. 177, *caput*, da CF/1988). Também definiu, no § 2.º do art. 25, o monopólio dos Estados na exploração, direta ou mediante concessão à empresa estatal, dos serviços locais de gás canalizado.³ O regime jurídico definido para a exploração das atividades de competência da União foi o da atividade econômica, enquanto o regime definido para a exploração dos serviços locais de gás canalizado foi o serviço público, havendo a possibilidade de os Estados e o Distrito Federal explorá-los diretamente ou mediante concessão, conforme disposto no art. 175, *caput*, do Texto Constitucional.⁴⁻⁵

Ocorre que, na década de 90, o Estado brasileiro passou a exercer um papel de agente planejador, fomentador, fiscalizador e coibidor de comportamentos indesejados, iniciando-se um paradigma econômico pautado nas ideias de livre competição e livre iniciativa.⁶ Diante desse cenário, no qual o Estado deixou de atuar precipuamente como agente econômico para tornar-se um agente regulador da economia, o monopólio na cadeia do gás foi fle-

-
3. Segundo NESTER, Alexandre Wagner (*Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*). São Paulo: Dialética, 2006. p. 242), a Constituição Federal de 1998, diferentemente dos textos constitucionais antecessores, restringiu a faculdade de o Estado atuar como agente econômico e justificou o estabelecimento de monopólios face a razões técnicas (indivisibilidade das redes), para assegurar a disponibilização à coletividade dos serviços considerados relevantes, ou por motivos de segurança nacional.
 4. “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre:
I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
II – os direitos dos usuários;
III – política tarifária;
IV – a obrigação de manter serviço adequado.”
 5. Enquanto as atividades econômicas (em sentido estrito) são reservadas preferencialmente aos particulares e têm como base os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, os serviços públicos, segundo os conceitos tradicionais de direito administrativo, são de titularidade do Estado, mesmo em havendo delegação à iniciativa privada. Nesta acepção, a prestação dos serviços públicos sempre será regulada pelo Direito Público, pautada nos princípios da continuidade, igualdade e mutabilidade (JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 312-313).
 6. NESTER, Alexandre Wagner. Op. cit., p. 244.

xibilizado⁷ com a publicação das Emendas Constitucionais 5/1995 e 9/1995. Enquanto a EC 5/1995 possibilitou que os Estados concedessem a empresas privadas a exploração dos serviços locais de gás canalizado, antes permitido somente a empresas estatais,⁸⁻⁹ a EC 9/1995 permitiu que a União contratasse com empresas privadas as demais atividades da indústria do gás, antes exercidas somente pela Petrobras.¹⁰

A flexibilização do monopólio da Petrobras foi somente implementada com a publicação da Lei 9.478, de 06.08.1997, conhecida como “Lei do Petróleo”, considerada o principal marco da reforma institucional na indústria do petróleo e gás, que dispõe sobre as atividades de monopólio da União e sobre a política energética nacional, e instituiu o Conselho Nacional de Política Energética, cuja competência é a de propor ao Presidente da República políticas nacionais e medidas específicas referentes às diretrizes para o aproveitamento e suprimento dos recursos energéticos,¹¹ e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, agência reguladora das atividades da indústria do petróleo, gás e biocombustíveis, de competência federal.¹²

Atualmente, tanto a Lei do Petróleo quanto a Lei do Gás disciplinam as atividades da cadeia do gás natural de competência da União. A Lei do Petróleo

-
7. Embora o conceito de monopólio da União nas atividades constantes no *caput* do art. 177 da Constituição permaneceu após a EC 9/1995, na prática, tanto o monopólio da União quanto dos Estados foram quebrados com a publicação das Emendas Constitucionais 5 e 9, ambas de 1995, dado que as empresas privadas passaram a atuar no exercício e exploração das atividades e serviços públicos da indústria do gás natural. Ocorre que, como suas atuações são pautadas no interesse estatal, a utilização do conceito de monopólio flexibilizado mostrou-se mais pertinente.
 8. Art. 25, § 2.º: “Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação” (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 5, de 1995).
 9. Serviços locais de gás canalizado serão entendidos, no presente artigo, como serviços de distribuição e de comercialização de gás natural canalizado pelas concessionárias estaduais criadas para tanto. Tal conceito não se aplica, portanto, ao GNC e GNL.
 10. Art. 177, § 1.º: “A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei” (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 9, de 1995).
 11. As políticas nacionais e medidas específicas de competência do CNPE estão elencadas no art. 2.º da Lei do Petróleo, bem como no art. 1.º do Dec. 3.520, de 21.06.2000. Seu regimento interno foi aprovado pela Res. CNPE 17, de 16.12.2002.
 12. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural – SCM. *Nota Técnica 013/2009-SCM*. Rio de Janeiro, 2009. p. 7.

dispõe sobre ao regime de concessão para as atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural (E&P),¹³ bem como sobre as atividades de transporte,¹⁴ importação e exportação¹⁵ destes energéticos. Esta lei definiu uma nova Política Energética Nacional, baseada no princípio da livre concorrência e na busca pela atração de investimentos, dentre outros.¹⁶

A Lei do Gás também instituiu normas para o transporte por meio de gasodutos, importação e exportação, atividades previstas no art. 177, *caput*, da CF/1988, bem como para a exploração das atividades de tratamento/processamento, estocagem/armazenamento, acondicionamento, liquefação, regaseificação e comercialização do gás canalizado por meio de dutos de transporte. Esta Lei foi regulamentada pelo Dec. 7.382, de 02.12.2010 (“Decreto do Gás”), à exceção da contingência no suprimento do energético, que será objeto de regulamentação específica.

No ano de 2010, foi publicada a Lei 12.351, que dispõe sobre o regime de partilha de produção para a exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e de gás natural nas áreas do pré-sal e em áreas consideradas pelo governo como estratégicas.

2.2 *A cadeia do gás natural canalizado: uma indústria de rede*

A indústria do gás natural, assim como a indústria da energia elétrica, saneamento, telecomunicações, dentre outras, é uma indústria de rede, isto é, uma indústria de infraestrutura cuja duplicação é economicamente inviável. Dentre as principais características de uma indústria de rede estão as seguintes:¹⁷

- (a) indivisibilidade de ativos;
- (b) investimentos em ativos específicos e intensivos em capital;
- (c) necessidade de antecipação da demanda;
- (d) existência de economias de escala;
- (e) presença de atividades nas quais o monopólio é a solução economicamente mais eficiente, o que é chamado no Direito Econômico de monopólio natural;
- (f) presença de externalidades na prestação do serviços; e
- (g) baixa elasticidade-preço da demanda.

13. Art. 21 e ss. da Lei do Petróleo.

14. Art. 56 e ss. da Lei do Petróleo.

15. Art. 60 da Lei do Petróleo.

16. Art. 1.º da Lei do Petróleo.

17. CECCHI, José Cesário; MATHIAS, Melissa Cristina P. P. In: ANDRADE, Rogério Emilio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas: Edicamp, 2003. p. 273.

Segundo a teoria do “Law and Economics”, as indústrias de rede são indústrias em que existem falhas de mercado, que, no caso da indústria do gás canalizado, traduz-se fundamentalmente na ausência de concorrência entre os agentes econômicos que transportam e distribuem o energético. Dada a natureza destas atividades, seu desenvolvimento eficiente somente é viável se realizado por um único agente, através de uma infraestrutura de grandes dimensões, cuja duplicação é economicamente ou tecnicamente inviável pelos seus concorrentes. Em sendo o monopólio a solução mais eficiente à indústria do gás, tanto seu transporte quanto sua distribuição são considerados monopólios naturais.

A duplicação dos gasodutos de transporte e de distribuição é economicamente desinteressante dado que a existência de uma única rede para o desenvolvimento dessas atividades gera uma economia de escala,¹⁸ ou seja, quanto maior a utilização do duto menor o custo de movimentação da molécula do gás. Não há, contudo, impedimento técnico para o compartilhamento dos gasodutos de transporte e de distribuição, tendo, inclusive, a Lei do Gás, criado a possibilidade de utilização da capacidade ociosa de dutos de transporte, conforme se verá mais adiante.

Dado que a indústria do gás possui atividades monopolísticas consideradas como uma das falhas de mercado possíveis, surge a necessidade de intervenção estatal para que tais falhas sejam reguladas. Nesse sentido, Alexandre Nester entende que:

“O próprio Estado, que havia tomado para si o exercício de determinadas atividades em situação de monopólio, favorecendo a criação desses monopólios naturais ao transferir para a esfera privada seus ‘legados’, atua agora para coibir o abuso e promover a concorrência, que começa a ser visto como o único meio (ou o meio mais eficiente) de obter certos resultados que antes o Estado visava atingir unilateralmente.”¹⁹

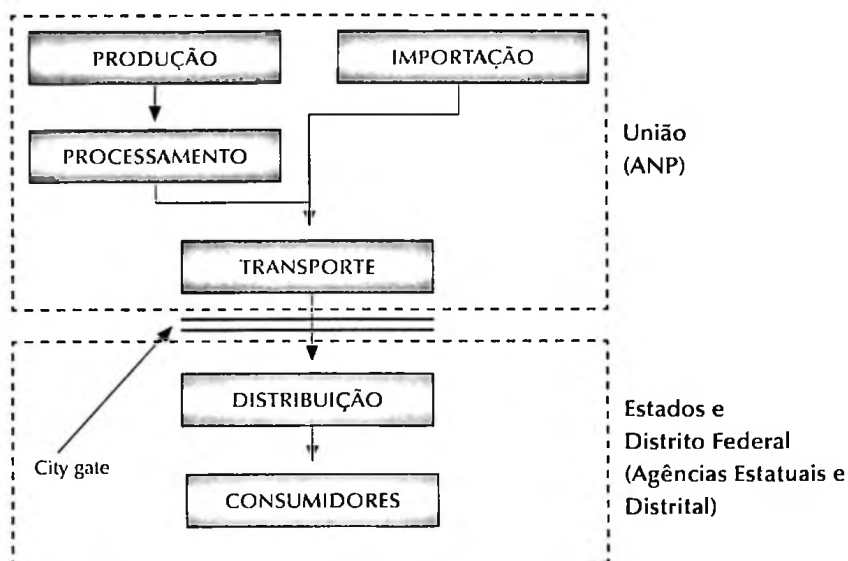
Para melhor compreensão da cadeia do gás natural canalizado, o gráfico a seguir apresenta a estrutura percorrida pelo energético, desde a sua produção ou importação até o seu consumo pelos usuários finais. Na sequência, as atividades da cadeia²⁰ são identificadas como atividades cujo exercício tem como fundamento a livre concorrência ou a existência de monopólio jurídico e/ou natural:

18. NESTER, Alexandre Wagner. Op. cit., p. 38.

19. Idem, p. 14.

20. Embora a estocagem, o acondicionamento, a liquefação e a regaseificação do gás natural sejam atividades da indústria do gás, nos termos do art. 2.º, XX, da Lei 11.909/2009, não são elas atividades pertencentes à cadeia do gás natural canalizado, e, portanto, não constam no quadro elaborado.

Gráfico 1 – Atividades da cadeia do gás natural canalizado: estrutura e dupla competência



Fonte: Cecchi; Mathias, 2003, p. 277.

Quadro 1 – Atividades da cadeia do gás natural canalizado: monopólios e livre concorrência

Atividades	Monopólio Jurídico	Livre Mercado	Monopólio Natural	Fases da Cadeia
Exploração ou Pesquisa	X			"Upstream"
Desenvolvimento	X			
Produção ou Lavra	X			
Importação e Exploração	X			
Tratamento ou Processamento		X		"Midstream"
Transporte (marítimo ou por conduto)	X		X	
Distribuição	X		X	"Downstream"
Comercialização		X		

Fonte: elaboração própria.

Em que pese as atividades de transporte e de distribuição do gás serem entendidas como monopólios naturais, tais atividades monopolísticas podem ser reguladas em separado dos demais segmentos da indústria, passíveis de haver concorrência efetiva entre os agentes, o que possibilita a implantação nestes segmentos dos mecanismos regulatórios necessários a garantir preços eficientes.²¹

Apresentada a cadeia do gás canalizado como uma indústria de rede, cuja construção e implementação requerem vultosos investimentos, além de certo lapso de tempo para sua maturação e utilização, faz-se pertinente analisar o tratamento jurídico-regulatório das atividades vinculadas ao transporte e distribuição do gás canalizado, a partir da publicação da Lei e do Decreto do Gás, bem como a infraestrutura existente para o exercício destas atividades.

2.3 *As novas regras para a indústria do gás natural e a atual malha dutoviária*

Antes da vigência da Lei do Gás, os agentes interessados em construir instalações e transportar gás natural, em qualquer de suas modalidades, os faziam mediante autorização da ANP, sendo facultado a qualquer interessado o acesso aos gasodutos de transporte e aos terminais marítimos, desde que mediante o pagamento de “remuneração adequada”²² ao proprietário das instalações.²³ Nesta primeira fase regulatória, a expansão da malha de transporte dutoviária se dava a partir das decisões dos agentes do mercado, cabendo à ANP aprová-la ou não. O Estado não tomava para si a obrigação de programar a expansão da malha dutoviária do país, o que demonstra o não reconhecimento, pela regulação, da importância da infraestrutura de transporte do gás para o desenvolvimento desta indústria.

Como resultado da ausência de uma regulação eficiente e de uma política de expansão do fornecimento do gás, constatou-se que a extensão da malha de gasodutos do Brasil em 2011 foi de 9.295,2 km.²⁴⁻²⁵ Tal infraestrutura en-

21. SALGADO, Lúcia Helena. *Rumo a um novo marco regulatório para o gás natural*. Rio de Janeiro: Ipea, 2009. p. 7.

22. A Res. ANP 27/2005 regulamentou o uso das instalações de transporte dutoviário de gás natural, mediante o pagamento de remuneração adequada ao transportador.

23. Arts. 56 e 58 da Lei do Petróleo.

24. BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Empresa de Pesquisa Energética. *Plano Decenal de Expansão de Energia 2020*. Brasília: MME/EPE, 2011. Disponível em: [www.epe.gov.br/PDEE/Forms/EPEEstudo.aspx]. Acesso em: 02.11.2011. p. 234.

25. Segundo a Gasnet, atualmente estão em operação os seguintes gasodutos: Garsol, Gascom, Gasalp, Pilar-Ipojuca, GNL Pecém, Ramal Termofortaleza, Ramal Aracati,

contra-se, em sua maioria, na costa leste do país, ou seja, próxima das jazidas de exploração e produção de gás *offshore* (Anexo A – Mapa dos Gasodutos de Transporte). Somente no ano de 2010 foram construídos 1.599 km da malha existente,²⁶ o que sinaliza uma recente preocupação com a implementação de gasodutos.

Com a publicação da Lei 11.909/2009, iniciou-se um segundo momento de regulação da indústria do gás natural. Em se tratando de gasodutos considerados de interesse geral, a atividade de transporte passou a ser exercida mediante o regime de concessão, precedida de licitação, com duração de no máximo 30 anos, prorrogáveis por igual período.²⁷ Para os gasodutos que envolvam acordos internacionais ou aqueles existentes à época da publicação da Lei do Gás, estes entendidos como aqueles já autorizados, pendentes de construção, em licenciamento ambiental ou a ampliação destes gasodutos, instituiu-se o regime de autorização da ANP.²⁸⁻²⁹

Como forma de incentivar os investimentos na construção de novos gasodutos de transporte, a Lei do Gás definiu a competência do Ministério de Mi-

Gasfor, Gasmel, Nordesteão, Variante Nordesteão, Ramal Termopernambuco, Santa Rita–São Miguel de Taipu, Candeias-Aratu, Candeias-Camaçari (12 polegadas), Candeias-Camaçari (14 polegadas), Santiago-Camaçari (14 polegadas), Santiago-Camaçari (18 polegadas), Catu-Itaporanga, Itaporanga-Carmópolis, Carmópolis-Pilar, Atalaia-Itaporanga, Gaseb, Fafen-Sergás, Gascac, Cacimbas-Vitória, Gasvit, Lagoa Parada-Vitória, Gascav-UTG Sul Capixaba, Gascav, Gasduc I, Gasduc II, Gasduc III, GNL-BGB, Ramal Campos Eliseos, Gasbel, Gasbel II, Gaspal, Gasjap, Gasvol, Gasvol I, Gascab I, Gascab II, Gascab III, Gaspaj, Gasan, Gascar, Merluzão, Gastau, Gasbol Trecho Sul, Gasbol Paulínia-Guararema, Gasbol Trecho Norte, Uruguaiana-Porto Alegre (trecho I), Uruguaiana-Porto Alegre (trecho III) e Lateral Cuiabá. Estão em construção os gasodutos São Francisco do Conde-RLAM, Ipojuca-Jaboatão e Gastau (trecho SDV03-UTGCA), e em estudo os gasodutos Gasan II, Gaspal II, Urucu-Porto Velho, Juruá-Urucu, Uruguaiana-Porto Alegre (trecho II), Gasoduto do Amazonas, Gasoduto do Centro Norte, Gasoduto Meio Norte, Gasoduto do Pará e Gasoduto do Brasil Central.

26. BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Empresa de Pesquisa Energética. *Balanço Energético Nacional 2011*. Brasília: MME/EPE, 2011. Disponível em: [https://ben.epc.gov.br/downloads/Relatorio_Final_BEN_2011.pdf]. Acesso em: 02.11.2011. p. 18.

27. Art. 3.º, *caput*, I e § 1.º e art. 10, *caput*, da Lei do Gás.

28. Art. 3.º, § 1.º, da Lei do Gás c/c o art. 4.º, § 1.º, do Decreto do Gás.

29. Segundo a Lei do Gás, é da competência do Ministério de Minas e Energia – MME definir o regime de concessão ou autorização dos gasodutos, com base nos estudos de expansão da malha dutoviária elaborados pela Empresa de Pesquisa Energética – EPE (art. 4.º, III e § 1.º).

nas e Energia – MME para estabelecer as diretrizes do processo de contratação de capacidade de transporte em gasodutos existentes, a serem construídos ou ampliados, mediante chamada pública promovida direta ou indiretamente pela ANP. O MME também ficou incumbido de definir o período de exclusividade dos carregadores iniciais, ou seja, dos agentes “cuja contratação de capacidade de transporte tenha viabilizado ou contribuído para viabilizar a construção do gasoduto, no todo ou em parte”.³⁰⁻³¹ Neste sentido, foi publicada a Portaria MME n. 472, de 05.08.2011, que dispõe sobre o processo de chamada pública retro mencionado.

Segundo a Lei do Gás, que criou a figura dos carregadores do gás canalizado, agentes responsáveis pela movimentação do gás nos gasodutos, necessitando, para tanto, de autorização da ANP,³²⁻³³ ficando o transportador (concessionário ou autorizado) responsável pela operação das instalações de transporte. Dado que a atividade de transporte engloba tanto a movimentação do gás quanto a construção, expansão e operação dos dutos de transporte, seu exercício é realizado por ambos os agentes econômicos, ou seja, tanto pelos carregadores³⁴ quanto pelos transportadores do gás natural canalizado.³⁵

Nesse novo momento regulatório, o MME tornou-se competente para propor a construção e ampliação da malha de gasodutos de transporte, por iniciativa própria ou por provocação de terceiros, podendo, inclusive, se utilizar de Parcerias Público-Privadas – PPP e de recursos provenientes da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE e da Conta de Desenvolvimento Energético – CDE para a construção de gasodutos de sua iniciativa, considerados de relevante interesse público.³⁶

30. Art. 2.º, VI; art. 3.º, § 2.º; arts. 5.º e 6.º, da Lei do Gás.

31. O MME ainda não elaborou normas que definam o período no qual os carregadores iniciais terão exclusividade no uso dos dutos.

32. Art. 2.º, V e XXVI, da Lei do Gás.

33. A ANP realizou audiência pública para discutir minuta de resolução que regulamentará o livre acesso a dutos de transporte destinados à movimentação de petróleo, seus derivados e biocombustíveis. Tal resolução ainda está pendente de publicação (AP 26/2011-ANP).

34. Até o presente momento não foi publicada norma da ANP dispondo a respeito dos requisitos necessários à obtenção de autorização para o exercício da atividade de carregador.

35. “Transporte de gás natural: movimentação de gás natural em gasodutos de transporte, abrangendo a construção, a expansão e a operação das instalações” (art. 2.º, XXIV, da Lei do Gás).

36. Art. 4.º, § 2.º, da Lei do Gás.

Ademais, o Decreto do Gás previu a elaboração de um plano voltado à construção e ampliação dos dutos de transporte, o chamado Plano Decenal de Expansão da Malha de Transporte Dutoviário – Pemat. Tal plano deverá ser elaborado pelo MME, com base nos estudos desenvolvidos pela Empresa de Pesquisa Energética – EPE, sendo sua publicação aguardada para o ano de 2012. A EPE deverá desenvolver tais estudos com base nos dados fornecidos pelos agentes da indústria do gás, considerando as diversas características da atual infraestrutura de gás.³⁷

Esse novo cenário regulatório é composto ainda pelos novos agentes de autoprodução, autoimportação³⁸ e comercialização³⁹ de gás. Dada a dupla competência dos Estados e da União na regulação da indústria do gás natural, a figura do comercializador prevista na Lei do Gás refere-se ao autorizado a comprar e vender gás natural ao longo dos dutos de transporte, cabendo à legislação de cada um dos Estados dispor a respeito da figura do comercializador que atuará nos dutos de distribuição. Em sendo criado em âmbito estadual o comercializador de gás, os Estados também deverão criar regras para os consumidores passíveis de comprar gás destes agentes, diretamente de produtores ou de importadores do insumo. Tais consumidores são denominados na Lei do Gás de “consumidores livres”,⁴⁰ e se inserem no chamado mercado livre de gás canalizado, no qual a comercialização do gás é exercida em livre competição, ou seja, de forma não regulada.⁴¹⁻⁴²

Em que pese os recentes avanços jurídico-regulatórios referentes à indústria do gás natural canalizado, a carente infraestrutura para sua movimentação na maioria dos Estados se apresenta como uma séria barreira à implementação dessas novas regras. A situação se mostra ainda mais crítica quando constatado que, ainda hoje, o Brasil possui Estados totalmente desprovidos de infraestrut-

37. Art. 6.º, §§ 1.º ao 4.º, do Decreto do Gás.

38. A Res. ANP 51/2011, regula o registro de autoprodutor e autoimportador de gás.

39. A comercialização do gás em âmbito federal é regulada pela Res. ANP 52/2011.

40. Art. 2.º, XXXI, da Lei do Gás: “Consumidor livre: consumidor de gás natural que, nos termos da legislação estadual aplicável, tem a opção de adquirir o gás natural de qualquer agente produtor, importador ou comercializador” – Destaques nossos.

41. Art. 2.º, VIII, da Deliberação Arsesp 231/2011.

42. Até o presente momento, os seguintes Estados abriram seus mercados estaduais à livre comercialização do gás natural canalizado: (a) São Paulo – Deliberações Arsesp 230/2011 e 231/2011; (b) Rio de Janeiro – Deliberações Agenesra 257/2008 e 258/2008; (c) Espírito Santo – Res. Aspe 4/2011; (d) Maranhão – Lei 9.102/2009 e Dec. 27.021/2010; e (e) Amazonas – Dec. 31.398/2011.

tura dutoviária, como é o caso dos Estados do Pará, Maranhão, Piauí, Goiás e Distrito Federal.⁴³ Ademais, há Estados que sequer possuem concessionárias de distribuição de gás natural canalizado, como é o caso do Acre, Tocantins e Roraima (Anexo B – Mapa de Concessão dos Serviços de Distribuição de Gás Natural Canalizado).⁴⁴

Nesse sentido, espera-se que as inovações advindas da publicação da Lei e do Decreto do Gás, especialmente em relação à previsão legal de elaboração de um plano de expansão dutoviária, o Pemat, sejam os incentivos necessários ao crescimento da infraestrutura de transporte existente, e, por conseguinte, de distribuição de gás natural canalizado, sendo este o único meio de viabilizar a implementação das avançadas regras regulatórias inerentes a este novo modelo, cujo resultado será o desenvolvimento da indústria de gás nacional e das demais indústrias que dela dependem.

3. FORNECIMENTO DE GNC E/OU DE GNL PELAS CONCESSIONÁRIAS DE DISTRIBUIÇÃO DE GÁS NATURAL CANALIZADO

Constatado que as malhas de transporte e de distribuição de gás natural canalizado do país são escassas, surge a necessidade de identificar alternativas para o fornecimento do gás natural pelas concessionárias de distribuição às áreas desprovidas de gasodutos. Tais alternativas seriam, a princípio, o fornecimento do gás pelo modal rodoviário, ou seja, sob a forma comprimida e/ou liquefeita.

Considerando que, em regra, os Estados brasileiros optaram por conceder a prestação dos serviços de distribuição de gás natural canalizado, e considerando que as atividades de transporte de GNC e de GNL são regulamentadas pela ANP, a fim de verificar eventuais empecilhos legais ao fornecimento do gás comprimido e liquefeito pelas concessionárias de distribuição, serão anali-

43. BRASIL. Ministério de Minas e Energia. *Plano Decenal de Expansão de Energia 2020* cit., p. 239.

44. Embora tais Estados não possuam concessionárias de distribuição de gás natural canalizado, tanto o Acre quanto o Estado de Tocantins possuem agências estaduais que regulam os serviços públicos prestados em seus territórios. São elas: Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Acre – Ageac e Agência Tocantinense de Regulação, Controle e Fiscalização de Serviços Públicos – ATR (FAGUNDES DE ALMEIDA, Edmar. *Regulação da distribuição de gás no Brasil*. Rio de Janeiro: IE/UFRJ, 2010, slide 07. Disponível em: www.ie.ufrj.br/hpp/intranet/pdfs/secao6_regulacao_distribuiacao.pdf). Acesso em: 15.11.2011.).

sadas tanto a Lei Federal 8.987/1995, que dispõe sobre a concessão e permissão da prestação de serviços públicos, quanto às normas regulatórias vigentes que dispõem sobre o transporte do GNC e do GNL, quais sejam, a Res. ANP 41/2007 e a Portaria ANP 118/2000, respectivamente. Embora muitos Estados possuam normas estaduais que disciplinem sobre o regime de concessão de serviços públicos, não serão elas objeto de análise deste artigo, dado que devem ser elaboradas em consonância com a Lei de Concessões.

3.1 *Regime de concessão da prestação de serviços públicos: Lei Federal 8.987/1995*

A Lei Federal 8.987, de 13.02.1995 foi publicada com fundamento no art. 175 da CF/1988, que permite ao Poder Público prestar serviços públicos de maneira direta ou sob os regimes de concessão ou permissão, sempre através de licitação e nos termos da lei. As concessionárias de serviço público têm a obrigação de prestar o serviço conforme as diretrizes previstas nos contratos de concessão assinados, que definem o objeto, a área e o prazo da concessão, bem como a metodologia tarifária, dentre outros aspectos.⁴⁵

Uma das obrigações previstas na Lei de Concessões é a de os concessionários prestarem um serviço considerado adequado,⁴⁶ sendo este serviço definido como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade na sua prestação, modicidade das tarifas e cortesia.⁴⁷ Segundo a Lei de Concessões, a prestação de um serviço público é considerada atual quando realizada mediante a utilização de técnicas, equipamentos e instalações modernas e conservadas, bem como considerando a constante melhoria e expansão do serviço, conforme art. 6.º, § 2.º, da Lei de Concessões:

“§ 2.º *A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.*” – Destaques nossos.

45. O art. 23 da Lei de Concessões define as cláusulas essenciais de um contrato de concessão.

46. Arts. 6.º, 7.º, I e art. 31, I e IV, da Lei de Concessões.

47. Art. 6.º, *caput* e § 1.º da Lei de Concessões. “Art. 6.º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de ser serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1.º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

Por serem os serviços públicos destinados à satisfação da coletividade em geral, a fim de proteger os interesses envolvidos da forma mais eficiente possível, ficou definido que sua prestação pautar-se-ia no regime jurídico de direito público.⁴⁸ Sua submissão a este regime tem como resultado prático o respeito a diversos princípios, dentre os quais se encontram a modicidade tarifária, a continuidade, bem como a adaptabilidade, impessoalidade, isonomia e universalidade.

De acordo com o princípio da adaptabilidade, a prestação dos serviços públicos deverá ser atualizada e modernizada, observadas as possibilidades econômicas do Poder Público. Quanto à impessoalidade e isonomia, tais princípios afastam quaisquer possibilidades de discriminação entre os usuários, devendo os mesmos ser tratados de forma isonômica, observando-se, todavia, suas características peculiares. Por fim, o princípio da universalidade gera a obrigação de o concessionário de serviço público prestá-lo ao maior número de usuários possíveis, ou seja, à generalidade do público.⁴⁹ Nesse sentido, ao analisar as obrigações inerentes às concessões de serviços públicos, Egon Bockmann Moreira entende que:

“A ‘universalização’ é típica hipótese de regulação social em mercados liberalizados: *corresponde ao dever de levar a toda a sociedade a prestação do serviço definido como público*. Como lecionam Alexandre Faraco, Caio Mário da Silva Pereira Neto e Diogo Coutinho, ‘universalização’ significa tomar determinada categoria de serviço fruível por todos os segmentos sociais, de forma ampla e sem limitações decorrentes de condicionantes econômicas, geográficas ou culturais” – Destaques nossos.⁵⁰

Portanto, considerando a distribuição de gás natural canalizado um serviço público, deve ela ser realizada de maneira genérica, visando constantemente à expansão de sua prestação para que o maior número de usuários seja beneficiado, ou seja, à universalização de sua prestação.

Por outro lado, a Lei de Concessões confere ao concessionário de serviço público o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, que se traduz na manutenção da relação entre os encargos do contratado e sua remuneração, definida quando da assinatura do instrumento contratual.⁵¹ A Lei de Concessões es-

48. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 634 e 639.

49. *Idem*, p. 641.

50. BOCKMANN MOREIRA, Egon. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 259.

51. “O ‘equilíbrio econômico-financeiro’ significa a proporção entre os encargos do contratado e a sua remuneração, proporção esta fixada no momento da celebração do

tabelece a presunção legal de que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”, mas, todavia, em havendo “alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”.⁵²⁻⁵³ Observa-se que o restabelecimento da equação financeira do contrato de concessão pelo poder concedente é condição indispensável à continuidade da relação contratual pré-estabelecida, ficando o mesmo obrigado a restaurá-la de imediato, face à indisponibilidade do interesse público e face ao princípio da continuidade do contrato administrativo.⁵⁴

Considerando que o equilíbrio econômico-financeiro engloba todos os encargos do concessionário, a implantação de novas instalações físicas e/ou a ampliação das redes de distribuição existentes somente poderão ser realizadas caso seja comprovada sua viabilidade econômica, ou seja, a existência de um mínimo retorno financeiro assegurado pelo contrato de concessão. Significa dizer que, embora as concessionárias de serviços públicos de distribuição de gás natural canalizado tenham o dever de investir na construção de gasodutos para o fornecimento do gás canalizado à maior quantidade possível de pessoas que se localizam dentro de sua área de concessão, em conformidade os princípios da adaptabilidade, impessoalidade, isonomia e universalização, bem como segundo o dever de prestar um serviço adequado, as distribuidoras têm garantido o direito a um mínimo de retorno econômico nos investimentos em expansão da malha dutoviária, o que resulta do princípio do equilíbrio econômico-financeiro retro mencionado.

Neste cenário, o fornecimento de GNC e/ou de GNL, pelas concessionárias de distribuição de gás canalizado, a regiões desprovidas de malha dutoviária passa a ser uma alternativa de transporte do gás, passível de viabilizar o atendimento a novos usuários, permitindo a formação de mercados consumidores

contrato. (...) O direito ao equilíbrio econômico-financeiro assegura ao particular contratado a manutenção daquela proporção durante a vigência do contrato. Se houver aumento dos encargos, a remuneração deverá ser aumentada também.” MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 220.

52. Art. 9.º, § 4.º e art. 10 da Lei de Concessões.

53. A Lei de Concessões também possibilita a adoção de mecanismos de revisão tarifária como forma de se manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão (cf. art. 9.º, § 2.º, da Lei de Concessões).

54. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 98.

de gás nestas regiões quando constatado que a implantação e/ou expansão da malha dutoviária é economicamente inviável. Isto porque o retorno financeiro advindo do fornecimento de gás comprimido e/ou liquefeito a estes novos mercados resulta em receita complementar às concessionárias de distribuição do gás canalizado, a ser utilizada na infraestrutura de distribuição do gás canalizado, viabilizando, portanto, a ampliação da rede de gasodutos existentes.

Em relação aos contratos de concessão de prestação dos serviços de distribuição de gás natural canalizado, embora não haja necessidade de previsão contratual expressa para que as distribuidoras possam exercer outras atividades que não o fornecimento do gás canalizado – dado que a prestação do serviço adequado engloba o critério da atualidade, com a consequente obrigação de expansão do serviço concedido, o que pode ser viabilizado pelo fornecimento de GNC e/ou de GNL pelas concessionárias – é imprescindível que inexistam vedação contratual neste sentido. Caso o contrato de concessão proíba o exercício de outras atividades pela distribuidora, a expansão da malha dutoviária através do fornecimento de GNC e/ou GNL será inviável.⁵⁵

Por outro lado, caso seja constatado que a implantação e/ou expansão da malha dutoviária é economicamente viável, independentemente da receita complementar advinda do fornecimento de gás comprimido e/ou liquefeito, além de a concessionária ser obrigada a investir na rede de distribuição, face aos princípios da Lei de Concessões retro mencionados que fundamentam o fornecimento do gás pelos modais alternativos, inexistirá embasamento legal ao fornecimento do GNC e/ou GNL pela concessionária de distribuição.

Ademais, a Lei de Concessões possibilita a contratação de terceiros, pelas concessionárias, para o desenvolvimento de “atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido” e para a “implementação de projetos associados”.⁵⁶ Esta contratação será regida pelo regime de direito privado, pressuporá o cumprimento das normas regulamentares aplicáveis ao serviço concedido, e será de total responsabilidade das concessionárias, não se estabelecendo qualquer relação entre o terceiro contratado e o poder concedente.⁵⁷⁻⁵⁸

55. Observa-se que há o entendimento de que o princípio da universalização não se aplica ao fornecimento alternativo de gás pelas distribuidoras, cuja receita pode ser utilizada na expansão da infraestrutura existente. Segundo este entendimento, universalizar o serviço de distribuição de gás canalizado se restringe à construção de gasodutos.

56. Art. 25, § 1.º, da Lei de Concessões.

57. Art. 25, §§ 2.º e 3.º, da Lei de Concessões.

58. Art. 25 da Lei de Concessões: “Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder

Sobre a execução de projetos associados, Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia M. de Alencar entendem que:

“Estes dizem respeito a empreendimentos paralelos ao serviço público prestado e que têm por objetivo propiciar maiores rendas ao concessionário, de forma a permitir a modicidade das tarifas (art. 11). Estes projetos podem perfeitamente ser transferidos a terceiros porque, embora vinculados à concessão, não interferem diretamente com a sua exploração.”⁵⁹

Considerando que o objeto dos contratos de concessão de distribuição de gás natural canalizado é o fornecimento de gás através de gasodutos de distribuição, é possível enquadrar o fornecimento de GNC e/ou de GNL ao conceito de projetos associados ao serviço concedido, uma vez que estes se somam ao fornecimento de gás objeto da concessão, resultando em receitas acessórias que permitirão a expansão dos dutos de distribuição, entendida como uma melhora na prestação do serviço concedido. Caso a concessionária seja uma empresa estatal, a contratação em questão deverá ser precedida de licitação, nos termos da Lei Federal 8.666, de 21.06.1993.

Portanto, é possível afirmar que a Lei de Concessões permite às concessionárias de distribuição de gás canalizado transportar GNC e/ou GNL, diretamente ou mediante contratação de terceiros, às áreas desprovidas de gasodutos.

3.2 *Regulação do transporte de GNC e GNL*

Não obstante a publicação da Lei e do Decreto do Gás nos anos de 2009 e 2010, tanto a Res. ANP 41/2007 quanto a Portaria ANP 118/2000 continuam em vigor e disciplinam o transporte de GNC e de GNL. Enquanto a Res. ANP 41/2007 dispõe sobre a distribuição de GNC a granel e a realização de proje-

concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenuie essa responsabilidade.

§ 1.º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.

§ 2.º Os contratos celebrados entre a concessionária e os terceiros a que se refere o parágrafo anterior reger-se-ão pelo direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente.

§ 3.º A execução das atividades contratadas com terceiros pressupõe o cumprimento das normas regulamentares da modalidade do serviço concedido”.

59. AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 108.

to para uso próprio e projeto estruturante,⁶⁰ a Portaria ANP 118/2000 dispõe sobre a distribuição de GNL e sobre a construção, ampliação e operação de centrais de distribuição de GNL.⁶¹ Embora tais normas tratem a movimentação de GNC e de GNL como atividades de distribuição de gás, trata-se de atividades de transporte do gás, de competência da União, conforme art. 177, IV, da CF/1988. Caso fossem atividades de distribuição, seriam de competência dos Estados e da União, nos termos do art. 25, § 2.º, da Norma Constitucional.

De acordo com a Res. ANP 41/2007, *o transporte de GNC a granel abrange a aquisição, o recebimento e a compressão, bem como a carga, o armazenamento, o transporte, a descarga, a comercialização e o controle de qualidade do gás comprimido*,⁶² devendo a pessoa interessada em obter autorização da ANP preencher os requisitos previstos no art. 4.º desta Norma.

Por outro lado, segundo a Portaria ANP 118/2000, *o transporte de GNL a granel abrange as atividades de aquisição ou recepção, armazenamento, transvasamento, controle de qualidade e comercialização do gás liquefeito*,⁶³ através de transporte próprio ou de terceiro contratado, podendo ainda o autorizado liquefazer e regaseificar o gás, caso opte por não terceirizar tal atividade. Os interessados em receber autorização para o exercício da atividade de distribuição de GNL a granel deverão enviar solicitação à ANP, acompanhada da documentação prevista no art. 3.º da Portaria ANP 118/2000, não havendo a necessidade de ser ele proprietário de uma central de distribuição ou de veículos transportadores do gás.⁶⁴

60. O projeto para uso próprio consiste na movimentação do GNC pelo usuário do gás, com vistas ao seu próprio suprimento, enquanto que o projeto estruturante dispõe sobre a movimentação do gás entre dois ou mais dutos da concessionária (art. 2.º, X e XI, da Res. ANP 41/2007).

61. Nos termos do art. 2.º, VII, da Portaria ANP 118/2000, central de distribuição de GNL é a “área devidamente delimitada que contém os recipientes destinados ao recebimento, armazenamento e transvasamento de GNL, construída e operada de acordo com as normas internacionalmente adotadas”.

62. Art. 1.º, § 1.º, da Res. ANP 41/2007: “§ 1.º O exercício da atividade de distribuição de GNC a granel abrange a aquisição, o recebimento e a compressão do gás natural, bem como a carga, o armazenamento, o transporte, a descarga, a comercialização e o controle de qualidade do GNC”.

63. Em relação à atividade de comercialização, observa-se que o autorizado a distribuir o GNL somente comercializará o gás caso seja proprietário do gás, dado que a Lei do Gás conceitua a comercialização como a atividade de compra e venda de gás natural, conforme previamente indicado.

64. Nos termos do art. 2.º, IV da Portaria ANP 118/2000, veículo transportador é o “veículo que dispõe de tanque criogênico, especialmente projetado e utilizado para o

Caso as concessionárias de distribuição de gás solicitem autorização da ANP em nome próprio para transportar GNC e/ou GNL, poderão elas fazê-lo, face à inexistência de impedimentos legais para tanto, e considerando que as distribuidoras seriam as proprietárias do gás a ser transportado, os quais sairiam de seus gasodutos rumo a localidades desprovidas de infraestrutura de distribuição. Neste cenário, é recomendável que também seja solicitada autorização da respectiva agência reguladora estadual para o fornecimento alternativo do gás, a fim de conferir maior segurança jurídica no desenvolvimento destas atividades e evitar eventual assimetria de informações. Observa-se que foi recentemente publicada, no Estado de São Paulo, uma deliberação da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo – Arsesp, estabelecendo “condições e critérios para a autorização de projetos para prestação de serviço de distribuição de gás canalizado em regiões com atendimento por redes locais, implantadas ou a serem implantadas, que dependam de suprimento de gás por Gás Natural Comprimido – GNC ou Gás Natural Liquefeito – GNL, no âmbito da área de concessão de cada Concessionária do Estado de São Paulo”.⁶⁵⁻⁶⁶

Por outro lado, caso as concessionárias de distribuição optem por contratar terceiros autorizados pela ANP para transportar o gás pelo modal rodoviário, em se tratando de GNC, o autorizado deverá necessariamente adquirir a molécula do gás natural a ser transportado, tornando-se proprietário do energético, e revendê-lo posteriormente aos usuários das áreas desprovidas de gasodutos, conforme previsto no art. 1.º, § 1.º, da Res. ANP 41/2007. Em se tratando de gás natural liquefeito, dado que a Portaria ANP n. 118/2000 possibilita ao autorizado transportar o GNL adquirido ou, alternativamente, somente receber e repassar o energético, as concessionárias de distribuição poderão: (a) vender o gás diretamente aos seus usuários finais localizados em áreas desprovidas de gasodutos, podendo o autorizado a transportá-lo ser contratado pelas conces-

transporte e Transvasamento de GNL, construído e operado com observância do disposto no Parágrafo único do art. 1.º desta Portaria e devidamente certificado pelo Inmetro”.

65. Art. 1.º da Deliberação Arsesp 211/2011.

66. No mesmo sentido, o Regulamento dos Serviços de Distribuição de Gás e demais atividades correlatas e acessórias no Estado do Amazonas definiu que, neste Estado, a participação da respectiva concessionária de distribuição em outros empreendimentos ou atividades deverá ser informada ao poder concedente. Ademais, para o exercício destas atividades, deverá ser observado o equilíbrio econômico-financeiro constante em seu contrato de concessão (art. 5.º, § 1.º, do Anexo Único, do Decreto Estadual 30.776/2010).

sionárias de distribuição ou pelos usuários finais do gás; ou (b) vender o gás ao agente autorizado pela ANP, que o revenderá aos usuários finais do energético.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo analisou a possibilidade de as concessionárias de distribuidoras de gás natural canalizado fornecerem GNC e/ou GNL a usuários localizados em áreas desprovidas de malha dutoviária, com vistas à expansão a malha de distribuição de gás canalizado a partir da utilização das receitas resultantes destas formas alternativas de fornecimento do gás.

Da análise da cadeia do gás natural canalizado, foi possível inferir que se trata de uma indústria de rede, cuja construção e implementação requerem vultosos investimentos e certo lapso de tempo para a sua maturação e utilização, sendo as atividades de transporte e de distribuição de gás canalizado consideradas pela teoria do “Law and Economics” monopólios naturais, por ser a duplicação dos respectivos ativos economicamente ineficientes.

Em relação às características físicas da malha dutoviária nacional, afirma-se que a ausência de uma regulação eficiente e de uma política de expansão do fornecimento do gás fez com que, em 2011, sua extensão fosse de apenas 9.295,2 km, a qual se encontra majoritariamente na costa leste do país, ou seja, próxima das jazidas de exploração e produção de gás *offshore*. Ademais, constatou-se que os Estados do Pará, Maranhão, Piauí, Goiás e Distrito Federal são totalmente desprovidos de infraestrutura dutoviária, e que os Estados do Acre, Tocantins e Roraima sequer possuem concessionárias de distribuição de gás natural canalizado.

Com a publicação da Lei e do Decreto do Gás, se deu início a um segundo momento regulatório da indústria do gás natural canalizado, passando o MME a ser o órgão competente para definir as diretrizes do processo de contratação de capacidade de transporte em gasodutos existentes, a serem construídos ou ampliados, e para estabelecer o período de exclusividade dos carregadores iniciais de gás. Este Ministério tornou-se ainda o órgão responsável para propor a construção e ampliação da malha de transporte dutoviária, por iniciativa própria ou por provocação de terceiros, e para elaborar o chamado Plano Decenal de Expansão da Malha de Transporte Dutoviária – Pemat, a partir de estudos desenvolvidos pela Empresa de Pesquisa Energética – EPE.

Nesse sentido, espera-se que as inovações advindas da publicação da Lei e do Decreto do Gás, especialmente em relação à previsão legal de elaboração de um plano de expansão dutoviária, o Pemat, sejam os incentivos necessários ao crescimento da infraestrutura de transporte existente, e, por conseguinte, de

distribuição de gás natural canalizado, sendo este o único meio de viabilizar a implementação das avançadas regras regulatórias inerentes a este novo modelo, cujo resultado será o desenvolvimento da indústria de gás nacional e das demais indústrias que dela dependem.

Ademais, a partir da análise à Lei de Concessões concluiu-se ser juridicamente possível o fornecimento de GNC e/ou de GNL pelas concessionárias de distribuição de gás canalizado a regiões desprovidas de malha dutoviária, na medida em que o retorno financeiro advindo do fornecimento alternativo de gás resulta em receita complementar a ser utilizada na infraestrutura de distribuição de gás canalizado, viabilizando, portanto, a ampliação da rede de gasodutos existentes. Contudo, é imprescindível inexistir vedação no respectivo contrato de concessão ao exercício de outras atividades que não o fornecimento do gás canalizado pela concessionária de distribuição de gás.

Por fim, verificou-se que o fornecimento de GNC e/ou de GNL pode ser realizado diretamente pelas distribuidoras de gás natural canalizado, ou, no caso de GNL, indiretamente por terceiros autorizados a transportá-lo, nos termos da Res. ANP 41/2007 e da Portaria ANP 118/2000.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

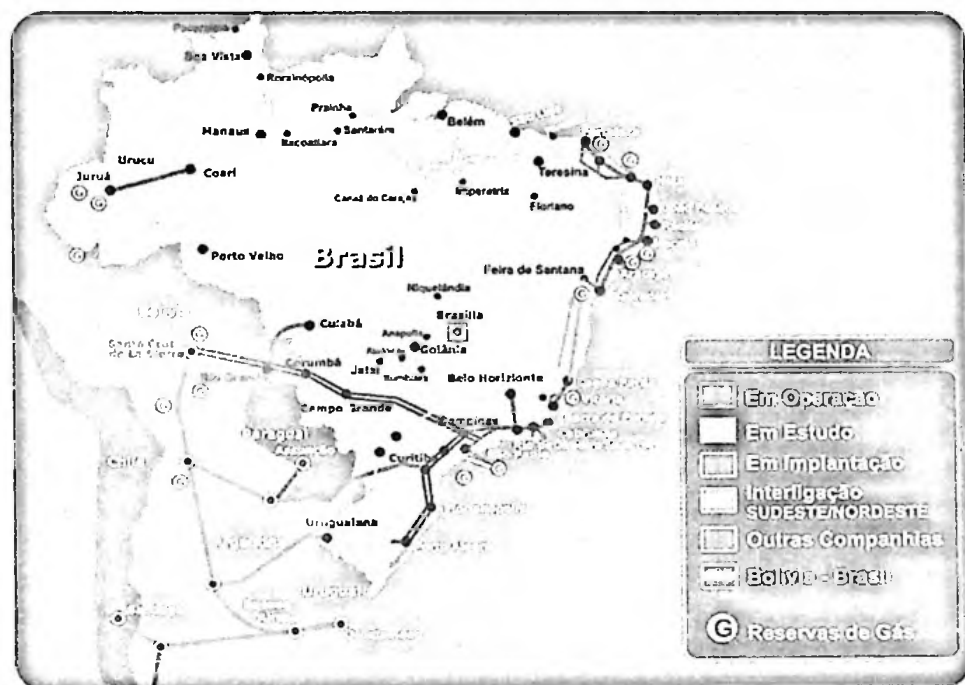
- AGÊNCIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ENERGIA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO – ASPE. *Res. Aspe 4/2011*. Disponível em: [www.aspe.es.gov.br/resolucoes/2011/RESOLUÇÃO%20ASPE%20004-11%20Consumidor%20Livre.pdf]. Acesso em: 13.11.2011.
- AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS – ANP. Superintendência de Comercialização e Movimentação de Petróleo, seus Derivados e Gás Natural – SCM. *Nota Técnica 13/2009-SCM*. Rio de Janeiro, 2009.
- _____. *Portaria ANP 118/2000*. Disponível em: [<http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=anp:10.1048/enu>]. Acesso em: 01.09.2011.
- _____. *Res. ANP 41/2007*. Disponível em: [<http://nxt.anp.gov.br/NXT/gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=anp:10.1048/enu>]. Acesso em: 01.09.2011.
- AGÊNCIA REGULADORA DE ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – AGENERSA. *Deliberação Agenersa 257, de 24.06.2008*. Disponível em: [www.agenersa.rj.gov.br/agenersa_site/index.php?option=com_content&view=article&id=733&Itemid=160]. Acesso em: 12.11.2011.
- _____. *Deliberação Agenersa 258, de 24.06.2008*. Disponível em: [www.agenersa.rj.gov.br/agenersa_site/index.php?option=com_content&view=article&id=734&Itemid=160]. Acesso em: 13.11.2011.

- AGÊNCIA REGULADORA DE SANEAMENTO E ENERGIA DO ESTADO DE SÃO PAULO – ARSESP. *Deliberação Arsesp 211, de 03.03.2011*. Disponível em: [www.arsesp.sp.gov.br/arquivos/secoes/gas_legislacao/Deliberação%20211-2011%20-%20Autorização%20de%20projetos%20para%20prestação%20dos%20serviços%20de%20distribuição%20de%20gás%20canalizado.pdf]. Acesso em: 20.11.2011.
- _____. *Deliberação Arsesp 230, de 26.05.2011*. Disponível em: [www.arsesp.sp.gov.br/secoes/index.asp?setSecao=gas_legislacao&setPage=regulatoria]. Acesso em: 28.05.2011.
- _____. *Deliberação Arsesp 231, de 26.05.2011*. Disponível em: [www.arsesp.sp.gov.br/arquivos/secoes/gas_legislacao/dl2312011.pdf]. Acesso em: 28.05.2011.
- Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado – Abegás. *Mapa dos Gasodutos de Transporte*. Disponível em: [www.abegas.org.br/info_mapagasoduto.php]. Acesso em: 02.11.2011.
- AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 07.05.2011.
- _____. *Decreto Federal 7.382, de 02.12.2010*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7382.htm]. Acesso em: 07.05.2011.
- _____. *Lei Federal 8.987, de 13.02.1995*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm]. Acesso em: 13.11.2011.
- _____. *Lei Federal 11.909, de 04.03.2009*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11909.htm]. Acesso em: 03.05.2011.
- _____. Ministério de Minas e Energia. Empresa de Pesquisa Energética. *Balanço Energético Nacional 2011*. Brasília: MME/EPE, 2011. Disponível em: [https://ben.epe.gov.br/downloads/Relatorio_Final_BEN_2011.pdf]. Acesso em: 02.11.2011.
- _____. Ministério de Minas e Energia. Empresa de Pesquisa Energética. *Plano Decenal de Expansão de Energia 2020*. Brasília: MME/EPE, 2011. Disponível em: [www.epe.gov.br/PDEE/Forms/EPEEstudo.aspx]. Acesso em: 02.11.2011.
- BOCKMANN MOREIRA, Egon. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BUCHER, José Alberto. *Direito do petróleo: a regulação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- CECCHI, José Cesário; MATHIAS, Melissa Cristina P. P. In: ANDRADE, Rogério Emilio de (coord.). *Regulação pública da economia no Brasil*. Campinas: Edicamp, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- ESTADO DO AMAPÁ. *Decreto Estadual 31.398, de 27.06.2011*. Disponível em: [www.arsam.am.gov.br/novo/files/DECRETO%2031.398%20-%20(consumidor%20livre,%20autoprodutor%20e%20autoimportador)%20P%C3%83%C2%81G01.pdf] e em [www.arsam.am.gov.br/novo/files/DECRETO%2031.398%20-%20(consumidor%20livre,%20autoprodutor%20e%20autoimportador)%20P%C3%83%C2%81G02.pdf]. Acesso em: 13.11.2011.
- ESTADO DO MARANHÃO. *Lei Estadual 9.102, de 23.12.2009*. Disponível em: [www.sefaz.ma.gov.br/legislacao/leis/estaduais/9.102.doc]. Acesso em: 13.11.2011.
- _____. *Decreto Estadual 27.021, de 10.11.2010*. Disponível em: [www.sefaz.ma.gov.br/legislacao/decretos/2010/27.021.doc]. Acesso em: 13.11.2011.
- FAGUNDES DE ALMEIDA, Edmar. *Regulação da Distribuição de Gás no Brasil*. Rio de Janeiro: IE/UFRJ, 2010. Disponível em: [www.ie.ufrj.br/hpp/intranet/pdfs/secao6_regulacao_distribuiçao.pdf]. Acesso em: 15.11.2011.
- GASNET – O SITE DO GÁS NATURAL E GNV. *Mapas de Gasodutos*. Disponível em: [www.gasnet.com.br/novo_gasoduto/gasodutos.asp]. Acesso em: 02.11.2011.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- NESTER, Alexandre Wagner. *Regulação e concorrência (compartilhamento de infra-estruturas e redes)*. São Paulo: Dialética, 2006.
- SALGADO, Lúcia Helena. *Rumo a um novo marco regulatório para o gás natural*. Rio de Janeiro: Ipea, 2009. Disponível em: [http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1016&context=lucia_salgado]. Acesso em: 23.09.2011.

ANEXO A

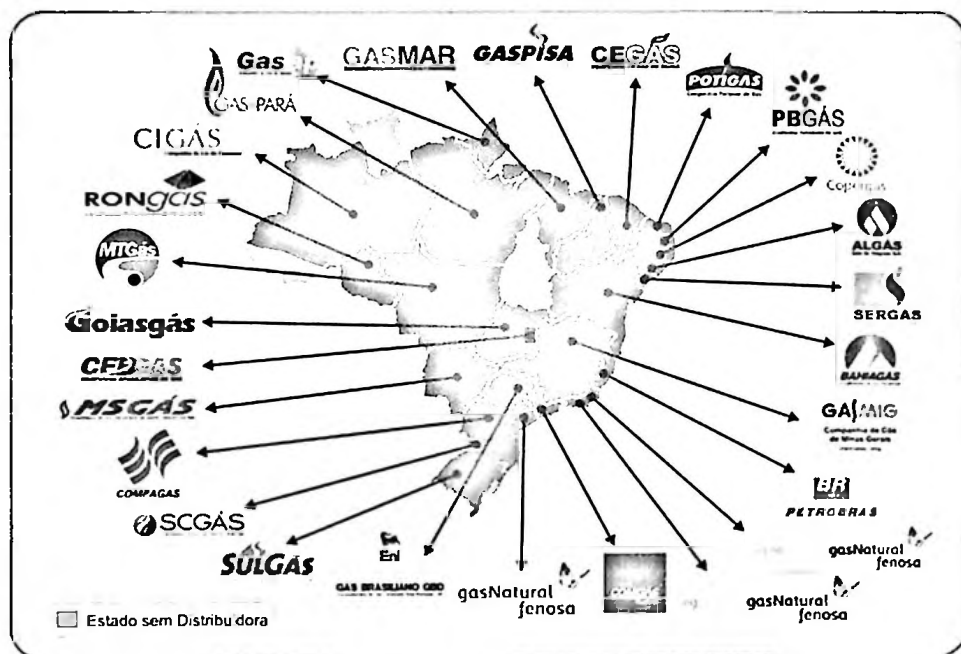
Mapa dos Gasodutos de Transporte



Fonte: Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado – Abegás.

ANEXO B

Mapa de Concessão dos Serviços de Distribuição
de Gás Natural Canalizado



Fonte: Associação Brasileira das Empresas Distribuidoras de Gás Canalizado – Abegás.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A evolução do setor de gás no Brasil e sua regulação (do monopólio à abertura), de Arnoldo Wald – RDCI 50/9;
- A indústria do gás no Brasil: a verticalização e desafios ao desenvolvimento do setor, de Luis Maximino Otero Montes – RT 931/177; e
- Rumo a um novo marco regulatório para o gás natural, de Lucia Helena Salgado – RIBRAC 15/235.

Relações de Consumo

A IMPORTÂNCIA DAS MÍDIAS SOCIAIS PARA EMPRESAS



MARIANA VIEIRA RIBEIRO DA SILVA ROMEIRO

Pós-graduanda em contratos empresariais pela FGV. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Advogada.

ÁREA DO DIREITO: Civil; Consumidor

RESUMO: O presente estudo aborda os impactos das mídias sociais para as empresas, principalmente sobre a importância de se usar o canal como uma ferramenta de comunicação com os consumidores. Além disso, discorre sobre o direito da empresa e sobre a eventual responsabilidade civil dos consumidores e dos provedores de Internet pelas postagens ilícitas feitas nas mídias sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Mídia social – Marca – Responsabilidade civil – Provedores de Internet – Consumidor.

ABSTRACT: This study addresses the impact of social media on companies, especially when it comes to the importance of using social media as a tool for communication with consumers. Furthermore, it discusses the right of company and the eventual civil liability of consumers and Internet providers in case of unlawful posts in the social media.

KEYWORDS: Social media – Brand – Civil liability – Internet Service Providers – Consumer.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A presença das empresas nas mídias sociais – 3. A responsabilidade civil dos consumidores pelas postagens – 4. A responsabilidade dos provedores de Internet pelas postagens feitas por usuários nas mídias sociais – 5. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A evolução das redes sociais acompanha o desenvolvimento das tecnologias disponíveis. Se no início do século XXI as mídias eram consideradas uma novidade, nos dias atuais são realidade da nossa sociedade, que reflete em diversos tipos de interações sociais, como educação e consumo.

Atualmente existem inúmeras mídias sociais,¹ sendo que a maior, o Facebook, conta atualmente com mais de um bilhão de usuários no mundo.² No Brasil, registrou-se no segundo trimestre de 2012, que existem 83,4 milhões de pessoas com acesso à Internet,³ um crescimento de 16% em relação ao ano anterior. O país conta com mais de 66 milhões de usuários no Facebook⁴ apenas atrás dos Estados Unidos. Os dois países, juntamente com Índia, Indonésia e México são os cinco que mais usam a rede no mundo.

Soma-se à conectividade do povo brasileiro, o aquecimento da economia dos últimos anos, a ascensão de 39 milhões de pessoas à classe média na última década,⁵ aumentando assim o poder de compra do brasileiro, além da ampla divulgação dos direitos do consumidor, através da Senacon, dos Procons e Associações de Defesa do Consumidor.

Neste contexto, o propósito deste artigo é apresentar o impacto que as mídias sociais possuem para as empresas, especialmente na comunicação com seus consumidores.

Em primeiro lugar, apresenta-se a importância da comunicação entre a empresa e seu consumidor final. Em um segundo momento, analisa-se a responsabilidade dos consumidores pelas postagens por eles feitas nas redes sociais sobre as empresas, abordando-se também os meios que a empresa tem para combater eventuais manifestações caluniosas ou desrespeitosas sobre seus pro-

1. Exemplos: LinkedIn, Twitter, Facebook, YouTube, Scribd, SlideShare.

2. SITE UOL. Disponível em: [<http://tecnologia.uol.com.br/noticias/redacao/2012/10/04/facebook-chega-a-1-bilhao-de-usuarios-com-brasil-entre-os-5-paises-mais-conectados-a-rede.htm>]. Acesso em: 10.03.2013.

3. SITE ABRADI. Fonte IBPE Nielsen Online. Disponível em: [www.abradi.com.br/noticias/ibope-nielsen-online-internet-no-brasil-cresceu-16-em-um-ano]. Acesso em: 10.03.2013.

4. SITE SOCIALBAKERS. Disponível em: [www.socialbakers.com/facebook-statistics/]. Acesso em: 10.03.2012.

5. Resultado de estudos do SAE (Secretaria de Assuntos Estratégicos), que considerou como de "classe média" famílias com renda *per capita* de R\$ 291 a R\$ 1.019 mensais. Acesso em: 10.03.2013.

duos e marcas. Em seguida, o estudo procura abordar a responsabilidade dos provedores de Internet que abrigam os conteúdos postados pelos consumidores. Por fim, o trabalho apresenta suas conclusões e reflexões finais.

2. A PRESENÇA DAS EMPRESAS NAS MÍDIAS SOCIAIS

Prestar informação⁶ é um dever do fornecedor e um direito do consumidor, e no próprio Código de Defesa do Consumidor o legislador procurou abordar esse direito em diversas formas: (a) no art. 6.º, III e IV, ao definir a educação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços e a proteção contra a propaganda enganosa e abusiva como direitos básicos do consumidor; (b) no art. 30 ao introduzir o caráter vinculante⁷ à informação e à publicidade suficientemente precisa; (c) no art. 31 ao dispor expressamente que a oferta e a apresentação dos produtos devem assegurar informações corretas, claras, adequadas, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre as características, qualidade, quantidade, composição entre outros, além dos riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores; (d) no art. 33 ao exigir que na venda por telefone ou reembolso postal deve constar o nome do fabricante e o endereço na embalagem, entre outros.

Ou seja, a informação prevista na Lei reflete na prática, em toda a comunicação que as empresas têm com o consumidor. Hoje, passados 23 anos da publicação do Código de Defesa do Consumidor, o que se espera é que em todos os canais de interação com o consumidor que a informação seja disponibilizada e o atendimento bem prestado. Aqui falamos em oferta, publicidade, informações sobre os produtos e serviços, atendimento no pós venda em todos os canais disponibilizados pela empresa, seja pelos sites, seja pelo atendimento telefônico.

Não podemos ignorar, porém, que, com baixa qualidade do atendimento prestado pelas empresas, os serviços de atendimento ao consumidor passaram a ser tema de questões regulatórias amplamente discutidas.

6. Nesse sentido, Antonio Herman V. Benjamin: "O consumidor bem informado é um ser apto a ocupar seu espaço na sociedade de consumo. Só que essas informações, muitas vezes não estão à sua disposição. Por outro lado, por melhor que seja sua escolaridade, não tem ele condições, por si mesmo, de apreender toda a complexidade do mercado." GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 10. ed. São Paulo: Forense, 2011. vol. I, p. 291.

7. Nesse sentido, Antonio Herman V. Benjamin: "Já no plano contratual, o Código referencia ao princípio da veiculação da publicidade. De acordo com seu texto, o consumidor pode exigir do fornecedor o cumprimento do conteúdo da comunicação publicitária". GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 333-334.

Nesse sentido, menciona-se como um importante marco o Dec. 6.523/2008, que ficou conhecido como “Decreto do SAC”, o qual passou a exigir das empresas prestadoras de serviços regulados condições mínimas de qualidade de atendimento.⁸ E, em que pese os investimentos feitos pelas empresas, foram aplicadas multas milionárias àquelas que descumpriram as regras do Decreto.

Enquanto acompanhávamos o fortalecimento da regulamentação sobre atendimento aos consumidores no Brasil, as mídias sociais pessoais como o Twitter, Facebook e YouTube, foram se fortalecendo e nelas, consumidores dispostos a dividir através de pequenas frases, fotos ou vídeos suas experiências, na grande maioria negativas.

A partir desse momento, passou a ser muito importante que as empresas passassem a interagir com seus consumidores⁹ em tempo real. Por mais que algumas empresas resistam, não podemos negar que estar presente nas mídias sociais e interagir com seu bem maior – i.e., o consumidor – não é mais uma alternativa, e sim uma necessidade.

Para as empresas que ainda não se curvaram a essa realidade, a grande perda está no fato de que o produto ou serviço pode não satisfazer um consumidor, e ela não estar presente sequer para entender a insatisfação postada, já configura, por si só, uma perda.

Não se pode deixar de mencionar também que ser presente nas mídias sociais exige das empresas alguns cuidados. Em primeiro lugar definir a forma de posicionamento é essencial: se a empresa estará presente apenas para divulgar a marca ou se o canal também atenderá às reclamações de consumidores.

E, como muito bem alerta Scot Monty, Diretor Global de mídias sociais da marca Ford, o erro mais comum das empresas é utilizar as redes sociais como

8. O Decreto discorre sobre a acessibilidade do serviço, como por exemplo, a obrigatoriedade da gratuidade das ligações, qualidade do atendimento, acompanhamento das demandas, procedimento para resolução das demandas e sobre o pedido do cancelamento dos serviços.

9. Compartilhamos com o entendimento de Scott Monty, Diretor Global de Mídias Sociais da marca Ford de que nem todas as empresas devem estar presentes nas mídias sociais. Nosso entendimento é o de que as empresas de bens de consumo tem a presença nas mídias sociais como mandatória. “Sou contra a idéia de que todas as empresas devem estar nas mídias sociais. Muitas companhias ainda estão usando mal esses sites simplesmente porque não deveriam estar neles. Uma fabricante de máquinas industriais não precisa ter conta no Twitter. Toda empresa deveria se perguntar quem são seus clientes e onde eles estão. É com base nessas respostas que a decisão de entrar ou não nas redes sociais deve ser tomada. O Facebook não serve para todo mundo”. MONTY, Scott. Entrevista. *Revista Exame*. p. 146.

ferramenta de marketing de massa: “Nesses casos, a maior preocupação é com o número de fãs. Trata-se de um mau sinal. Mostra que a empresa prefere falar a efetivamente ouvir os comentários das pessoas”.

No caso de se optar em divulgar a marca e interagir com seus consumidores, alguns pontos são fundamentais para uma boa comunicação nas mídias sociais:

a) Manter uma equipe especializada: o consumidor que escreve sua insatisfação através de um site de relacionamento espera da empresa uma resposta rápida, mesmo que a solução demore alguns dias. Ao contrário dos serviços de atendimento ao consumidor, que não funcionam nos finais de semana, se a empresa pretende ter esse diferencial na Internet, é preciso dar retorno rápido ao consumidor conectado. Para isso, uma equipe dinâmica, com profissionais treinados,¹⁰ com scripts predefinidos e com o conhecimento das diversas áreas da empresa traz agilidade no atendimento e retorno ao cliente.

b) Monitoramento: monitorar *rankings* de sites de relacionamento e as menções sobre a empresa nas redes sociais é entender o posicionamento da marca e a satisfação dos clientes. Além disso, o monitoramento é fundamental para antecipar cenários de possíveis crises nas mídias.

c) Plano de ação para situações de crise: a velocidade com que as informações se propagam na Internet não permite longas reuniões de diretores para se definir o que será feito em determinada situação. Nesse sentido, ter um plano de ação, com definição de papéis de diversas áreas da empresa, como *marketing*, comunicação e jurídico faz com que as decisões sejam tomadas de forma ágil e coerente com a estratégia da empresa.

d) Definição de Termo de Uso: sites como o Facebook permitem que a empresa escreva em sua página seus termos de uso, que, por óbvio devem estar em linha com os valores, estratégia de marketing e de atendimento da empresa. Assim, deixar claro que não serão permitidos *posts* difamatórios, ofensivos à empresa ou a terceiros, que violem direitos de propriedade intelectual, entre outros, é direito da empresa.

10. Cita-se o incidente no Twitter do STF, que a servidora, após confundir a conta que estava logada, escreveu em alusão à aposentadoria do jogador de futebol Ronaldo Nazário: “Ouvi por aí: ‘Agora que o Ronaldo se aposentou, quando será que o Sarney vai resolver pendurar as chuteiras?’”. Isso mostrou certo despreparo da equipe, tendo a Secretaria de Comunicação do STF definido como “ato impensado” da funcionária. Apesar o pedido de desculpas do então Presidente do STF Cezar Peluso, e da resposta bem humorada do Presidente do Senado, a colaboradora foi afastada.
Disponível em: [http://info.abril.com.br/noticias/internet/twitter-do-stf-faz-piada-com-sarney-15022011-15.shl]. Acesso em: 06.04.2013.

e) Política de uso das mídias aos funcionários: Os funcionários precisam saber como se posicionar nas redes sociais sobre as informações internas referentes ao ambiente de trabalho, como as informações da empresa que possui em razão de sua atividade,¹¹ a opinião sobre seu gestor e colegas e o uso das mídias durante o horário de trabalho. Além disso, é preciso informar os colaboradores como agir em situações externas ao ambiente de trabalho, como por exemplo, quando se lê algo negativo sobre a empresa ou em uma situação de crise nas mídias sociais. E para isso, disponibilizar um guia de boas práticas nas redes sociais e exigir que ele seja cumprido é essencial.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS CONSUMIDORES PELAS POSTAGENS

A Constituição Federal garante em seu art. 5.º, IV, a livre manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato. Não se pode ignorar que, nos dias atuais, as postagens feitas na Internet pelos consumidores refletem esse direito.

Porém, antes abordar sobre responsabilidade dos consumidores pelo que é dito em seus perfis pessoais nas redes sociais, parece-nos pertinente discorrer sobre alguns direitos da empresa.

Inicialmente, Constituição Federal também dispõe sobre o direito de proteção à marca e ao nome da empresa em seu art. 5.º, XXIX, e assegura a todos o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas no inc. X do mesmo dispositivo legal.

O Código Civil no art. 52 introduziu expressamente a proteção dos direitos da personalidade jurídica, tanto para fins da proteção direta de direitos como a honra, boa fama e respeitabilidade, previstos no art. 20, quanto para exigir a tutela de emergência para cessar ameaça a tais direitos e reclamar perdas e danos, nos termos do art. 12, todos do Código Civil.

Por sua vez, o STJ reconheceu a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral, ao editar a Súmula 227.

11. Citamos artigo publicado no sítio da Associação dos Advogados de São Paulo: "Um empregado de uma empresa do setor financeiro criou um blog. E, desavisado, colocou informações sobre o balanço da companhia que, recentemente, havia aberto seu capital. O problema é que os dados eram diferentes dos enviados à Comissão de Valores Mobiliários (CVM). A empresa recebeu uma advertência formal do órgão fiscalizador e demitiu por justa causa o profissional". Disponível em: [www.aasp.org.br/aasp/imprensa/clipping/cli_noticia.asp?idnot=7396]. Acesso em: 06.04.2013.

Finalmente, destaca-se a proteção específica sobre a marca em lei federal, prevista na Lei da Propriedade Industrial, através da caracterização como crime contra registro de marca aquele que reproduz, sem autorização do titular, marca registrada, ou imita-a de modo que possa induzir confusão.¹²

Feitas essas considerações iniciais, e ponderando os direitos e obrigações dos consumidores e das empresas é possível afirmar que aquele que postar conteúdos difamatórios sobre a empresa e suas marcas deve ser responsabilizado.

Nesse sentido há um aspecto muito tênue entre a liberdade de expressão do consumidor e a difamação da empresa, sua marca e os serviços por ela prestados.

Assim, não discordamos que o consumidor possa expor a sua eventual má experiência com um serviço ou produto. É seu direito. No entanto, manifestar-se de forma pejorativa, depreciando e desrespeitando a empresa, seus funcionários e marcas, usar palavras de baixo calão, fazer piadas ou alusões usando o logo da marca configura, sem dúvida, abuso de direito, previsto no art. 187 do CC/2002,¹³ e portanto, merece ser combatido.

Desse modo, uma vez caracterizado o abuso de direito da postagem ou vídeo feito pelo consumidor, a empresa tem o direito de ajuizar medida cautelar com o fim de proteger a sua reputação e imagem e retirar imediatamente o conteúdo denigratório postado e, em seguida, se for do seu interesse, ajuizar ação indenizatória contra o consumidor para a cobrança de danos morais, materiais e lucros cessantes.

Independentemente da análise jurídica e da decisão da empresa sobre o ajuizamento de medida cautelar, e, em um segundo momento de ação ordinária indenizatória pela empresa, esta deve estar preparada para repercussão positiva ou negativa do caso nas redes sociais.

Com a concessão de uma liminar pelo Poder Judiciário, nada impede que o consumidor retire o conteúdo e faça outro *post* ou vídeo, ou ainda divulgue que figura como réu em ação ajuizada pela empresa. Outro ponto a ser sopesado pela empresa é o risco da liminar não ser concedida, e, uma vez intimado da decisão, o consumidor divulgar o fato nos seus perfis pessoais na Internet.

12. Nos termos do art. 189 da Lei da Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996).

13. Art. 187 do CC/2002: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Nesse sentido, menciona-se o emblemático caso envolvendo a Renault do Brasil conhecido como “meu carro falha”.¹⁴ A consumidora Daniely Argenton, após alguns anos tentando resolver os problemas técnicos do seu automóvel Mégane Sedan, criou página na Internet com fotos e vídeos intitulada [www.meucarrofalha.com.br], além de contas no Facebook, Twitter e YouTube. A Renault ajuizou medida cautelar em face da consumidora, de modo que o Juiz entendeu que Daniely teria cometido abuso de seu direito de liberdade de expressão que poderia causar danos à imagem empresa, determinando que o todos os conteúdos sobre o assunto fossem retirados do ar em 48 horas sob pena de multa diária de R\$ 100,00 (cem reais). Fato é que a decisão desfavorável à consumidora repercutiu na Internet de forma rápida e muitas pessoas passaram a falar mal da empresa. Em seguida, as partes chegaram a um acordo e Daniely mencionou em um comunicado oficial o agradecimento a mais de 700.000 (setecentos mil) acessos em seu site.

Ou seja, ao tomar a decisão de se socorrer ao Poder Judiciário para a satisfação de seu direito, as empresas precisam medir o risco de uma repercussão negativa nas mídias. Por essa razão, independentemente dos direitos envolvidos, deve imperar o bom senso da empresa e a coerente avaliação de eventual impacto negativo para a marca que as decisões judiciais e a atitudes do consumidor possam gerar na Internet.

4. A RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE INTERNET PELAS POSTAGENS FEITAS POR USUÁRIOS NAS MÍDIAS SOCIAIS

Passamos a introduzir a questão da responsabilidade de acordo com a natureza dos serviços prestados pelo provedor. São eles: (a) provedor de *backbone*, aquele que oferece as estruturas físicas para processar as informações, sem que haja relação com o usuário da rede;¹⁵ (b) provedor de acesso, aquele que disponibiliza a conexão ao usuário, possibilitando o acesso à Internet; (c) provedor de e-mail, que permite a comunicação (troca de mensagens) entre os usuários;

14. Disponível em: [www.noticiasautomotivas.com.br/renault-faz-acordo-com-meu-carro-falha/]. Acesso em: 06.04.2013; [http://info.abril.com.br/noticias/internet/renault-aciona-usuaria-na-justica-por-site-14032011-20.shtml]. Acesso em: 06.04.2013; [www.noticiasautomotivas.com.br/renault-faz-acordo-com-meu-carro-falha]. Acesso em: 06.04.2013.

15. Segundo Marcel Leonardi, “O *backbone* ou ‘espinha dorsal’ representa o nível máximo de hierarquia de uma rede de computadores”. LEONARDI; Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet, 2005. p. 21. Disponível em: [http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrepsi.pdf].

(d) provedor de hospedagem, que armazena os dados cedendo espaço ao usuário em disco rígido em servidor próprio de acesso remoto; (e) provedor de busca, que, presta serviço de localização; (f) provedor de informação,¹⁶ aquele que cria a informação que é divulgada na Internet; (g) provedores de conteúdo,¹⁷ que, assumem uma posição de intermediários, e disponibilizam as informações prestadas pelos provedores de informação.

No caso das mídias sociais, as plataformas Google (responsável pelo YouTube) e Facebook funcionam como provedores de conteúdo, que, na posição de intermediários, veicula as informações de terceiros.

Nesse aspecto, o serviço prestado pelos provedores de conteúdo aos usuários é contratual e está sujeito à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, independentemente de ser oneroso ou gratuito.¹⁸ Assim, na visão da jurisprudência brasileira,¹⁹ os provedores de conteúdo, apesar de gratuitos, fazem ações de *marketing* e exigem do usuário o cadastro de seus dados, de modo que isso permite uma interpretação ampla do termo “mediante remuneração” previsto no § 2.º do art. 3.º do CDC.

Porém, fato é que os provedores de conteúdo não podem ser responsabilizados por tudo que é veiculado nas redes, cabendo aqui a delimitação dessa responsabilidade.

16. Na definição de Marcel Leonardi: “O provedor de informação é toda pessoa natural ou jurídica responsável pela criação das informações divulgadas através da internet, ou seja, o efetivo autor da informação disponibilizada por um provedor de conteúdo.” LEONARDI, Marcel. Op. cit., p. 27.
17. Na definição de Marcel Leonardi: “O provedor de conteúdo é toda pessoa natural ou jurídica que disponibiliza na Internet as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação, utilizando para armazená-las servidores próprios ou os serviços de um provedor de hospedagem”. LEONARDI, Marcel. Op. cit., p. 27.
18. Nesse sentido, Rui Stoco: “Mas essa relação entre o usuário e o provedor é contratual, independentemente do vínculo ser oneroso ou gratuito. Portanto, diante dessa afirmação tem-se que as relações entre as partes contratantes regem-se pela disciplina acerca dos contratos. E, tratando-se de típica prestação de serviços, essa relação rege-se pelo Código de Defesa do Consumidor e, subsidiariamente, pelo Código Civil”. Stoco, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 939.
19. Nesse sentido, menciona-se voto da Min. Nancy Andrighi, no REsp 1.186.616/MG: “No caso da Google, é clara a existência do chamado *cross marketing* – ação promocional entre produtos ou serviços em que um deles, embora não rentável em si, proporciona ganhos decorrentes da venda de outro. Apesar de gratuito, o Orkut exige que o usuário realize um cadastro e concorde com as condições de prestação do serviço, gerando um banco de dados com infinitas aplicações comerciais”.

Uma vez que o usuário (provedor de informação) faz uma postagem, entendemos que se deve afastar a responsabilidade objetiva pelo provedor prevista no art. 14 do CDC por não filtrar os dados e mensagens por ele veiculados. Isso porque a Internet é um ambiente extremamente ágil e dinâmico, de modo que é impossível esperar, nos dias atuais, que existam meios tecnológicos para tanto.

No mesmo sentido, entendemos que a postagem de conteúdo ofensivo nos sites não configura risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, não podendo se aplicar a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002.²⁰

Sob essa ótica, pertinente o posicionamento de Erica Brandini Barbagalo:²¹ “as atividades desenvolvidas pelos provedores de serviços na Internet não são atividades de risco por sua própria natureza, nem implicam em riscos para direitos de terceiros maiores que os riscos de qualquer atividade comercial. E interpretar a norma no sentido de que qualquer dano deve ser indenizado, independente do elemento culpa, pelo simples fato de ser desenvolvida uma atividade, seria, definitivamente, onerar os que praticam atividades produtivas regularmente, e conseqüentemente atrasar o desenvolvimento”.

Por outro lado, uma vez cientificados sobre a existência de uma postagem ilícita, seja através de denúncia nas mídias sociais, seja por meio de decisão judicial, os provedores têm a obrigação de removê-la imediatamente. A partir desse momento, caso não o faça, ele passa a ser corresponsável.

20. Nesse sentido, mencionamos novamente o voto da Min. Nancy Andrighi nos autos do REsp 1.186.616/MG (2010/0051226-3): “Em outras palavras, exigir dos provedores de conteúdo o monitoramento das informações que veiculam traria enorme retrocesso ao mundo virtual, a ponto de inviabilizar serviços que hoje estão amplamente difundidos no cotidiano de milhares de pessoas. A medida, portanto, teria impacto social e tecnológico extremamente negativo. Mas, mesmo que, *ad argumentandum*, fosse possível vigiar a conduta dos usuários sem descaracterizar o serviço prestado pelo provedor, haveria de se transpor outro problema, de repercussões ainda maiores, consistente na definição dos critérios que autorizariam o veto ou o descarte de determinada informação. Ante à subjetividade que cerca o dano moral, seria impossível delimitar parâmetros de que pudessem se valer os provedores para definir se uma mensagem ou imagem é potencialmente ofensiva. Por outro lado, seria temerário delegar o juízo de discricionariedade sobre o conteúdo dessas informações aos provedores. Por todos esses motivos, não vejo como obrigar a Google a realizar a prévia fiscalização do conteúdo das informações que circulam no Orkut”.

21. A Autora foi mencionada por LEONARDI, Marcel. Op. cit. O Autor faz referência à obra Aspectos da responsabilidade civil dos provedores de serviços na Internet. In: LEMOS, Ronaldo; WAISBERG, Ivo (coords.). *Conflitos sobre nomes de domínio e outras questões jurídicas da Internet*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 361.

A jurisprudência²² e a doutrina²³ já se posicionaram nesse sentido, cabendo aqui trazer as ponderações de Marcel Leonardi: “Quando o provedor de conteúdo divulga informações sujeitas a controle editorial anterior à divulgação, ainda que produzidas por terceiros, não poderá afastar sua responsabilidade pelos danos porventura causados por elas, pois incorporou livremente o conteúdo lesivo a seu website. Isso não ocorrerá, no entanto, se as informações fornecidas por terceiros são disponibilizadas de modo automático na internet, sem a possibilidade de qualquer ingerência pelo provedor de conteúdo – cuja responsabilidade existirá em razão da conduta omissiva consistente no desatendimento à interpelação ou ordem judicial de bloqueio de acesso ou remoção da informação lesiva, conforme o caso”.

Além do posicionamento doutrinário e jurisprudencial, a responsabilidade civil dos provedores está sendo abordada no PL 2.126/2011, conhecido como “Marco Civil da Internet”, ainda pendente de votação, que passa a estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. O estabelecido no Projeto de Lei reflete decisões dos Tribunais, uma vez que garante a responsabilização do provedor por danos gerados por terceiros, se, após a ordem judicial específica, não forem tomadas as providências cabíveis para remover o conteúdo.²⁴

22. REsp 1186616/MG, rel. Min. Nancy Andrighi: “Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada”. REsp 1323754/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28.08.2012: “Uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve retirar o material do ar no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada. Nesse prazo de 24 horas, não está o provedor obrigado a analisar o teor da denúncia recebida, devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso”. TJSP, Ap 591.312-4/5, rel. Des. Enio Zuliani, 30.07.2009: “Internet – Mensagens depreciativas inseridas em site de relacionamento (Orkut), com o nítido propósito de denegrir a imagem objetiva de marca notória que se expande no mercado mediante franquias – Provedor de hospedagem que cumpre o dever de, ao ser cientificado do ilícito, bloquear o conteúdo e despagar a comunidade que fez uso ilegal da comunicação na rede, excluindo a obrigação de pagar danos morais que somente é possível em caso de negligente controle (art. 186, do CC)”. No mesmo sentido, REsp 1306066/MT, REsp 1175675/RS.

23. LEONARDI, Marcel. Op. cit., p. 110.

24. PL 2.126/2011, art. 15: “Salvo disposição legal em contrário, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo

Superada a questão acerca da remoção do conteúdo ilícito, cabe ao provedor também identificar o IP (*Internet Protocol*) e os dados do usuário que estiverem disponíveis em seus servidores, como por exemplo, nome completo, CPF, telefone e endereço com o intuito de individualizar os usuários, sob pena de ser responsabilizado por culpa *in omittendo*, isto é, decorrente da abstenção.

Ressalta-se nesse sentido, que o art. 5.º, IV, da CF/1988 garante a liberdade de manifestação do pensamento, porém, vedando o anonimato. De modo que, o consumidor tem o direito de manifestar-se livremente, desde que se identifique. E, por sua vez, se essa manifestação for anônima, espera-se do provedor meios eficazes e seguros para identificá-lo,²⁵ sob pena de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido.

De modo geral, nosso entendimento é que os provedores não devem ser responsabilizados imediatamente pelas postagens que denigram ou desrespeitem a imagem da empresa que por ventura sejam feitas pelo usuário. Ao contrário, eles devem ter sua responsabilização civil de acordo com a sua conduta, se omissiva ou não, tanto no que diz respeito à remoção do conteúdo ilícito quanto na divulgação dos dados dos usuários.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*. 10. ed. São Paulo: Forense, 2011. vol. 1.

LEONARDI, Marcel. Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet, 2005. Disponível em: [<http://leonardi.adv.br/wp-content/uploads/2011/04/mlrcpsi.pdf>].

gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infrigente”.

25. O PL 2126/2011, garante total sigilo dos dados dos usuários, devendo a disponibilização apenas mediante ordem judicial, nos termos do art. 10, § 1.º: “Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de Internet de que trata esta Lei devem atender à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas. § 1.º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar as informações que permitam a identificação do usuário mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo”. Além disso, discorre no art. 17 sobre os requisitos básicos que o requerimento da parte interessada deverá conter.

-
- _____. Internet e regulação: o bom exemplo do marco civil da Internet. *Revista do Advogado*. n. 115. ano XXXII. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, abr. 2012.
- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- MONTY, Scott. Entrevista. *Revista Exame*. São Paulo: Abril, mar. 2013.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. *Direito digital aplicado*. São Paulo: Intelligence, 2012.
- SROCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil. Doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais: responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação, de Guilherme Magalhães Martins e João Victor Rozatti Longhi – RDC 78/191.

A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

2

JULIO GONZAGA ANDRADE NEVES

Mestrando em Direito Civil pela USP. Advogado.

ÁREA DO DIREITO: Consumidor

RESUMO: A criação de incentivos constantes para o consumo é uma preocupação de base do sistema capitalista. A obsolescência programada – i.e., o planejamento, por parte do fabricante, sobre quando um produto se tornará obsoleto – é uma ferramenta importante para esse objetivo, com impactos em variados campos do direito, porém ignorada pelos juristas. O artigo pretende apresentar o fenômeno econômico aos estudiosos de direito, delinear primeiras classificações e vislumbrar em que medida algumas ferramentas já disponíveis ao operador respondem às necessidades criadas pela obsolescência programada.

PALAVRAS-CHAVE: Obsolescência programada – Vícios do produto – Defeitos do produto – Publicidade abusiva – Consumidor.

ABSTRACT: The creation of constant incentives for demand is a key concern in capitalism and planned obsolescence – that is, the planning made by a manufacturer of when a given product will become obsolete – is an important tool to that goal. However, planned obsolescence has been ignored by law specialists. The paper intends to present this phenomenon to law students and analyze how some existent legal institutes may respond to demands created by planned obsolescence.

KEYWORDS: Planned Obsolescence – Defects and malfunctioning of a product – Abusive publicity – Consumer.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Obsolescência programada: histórico e esforço de conceituação – 3. Tentativa de sistematização: formas de manifestação da obsolescência programada – 4. Multidisciplinaridade da obsolescência programada – 5. Direito do consumidor: toda obsolescência programada é ilícita? – 6. Conclusões – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Dever do Estado por imposição constitucional (cf art. 5.º, XXXII, da CF/1988), a proteção ao consumidor tal como posta hoje pelo ordenamento pátrio não é – como o direito não o é, em geral – uma obra acabada. Antes o contrário: o direito do consumidor passa hoje por profundo processo de reflexão e aperfeiçoamento, processo este do qual os trabalhos de atualização capitaneados pelo Min. Herman Benjamin são testemunha.¹

Essa constatação, i.e., a constatação da incompletude do direito consumerista para os problemas postos hoje pela sociedade brasileira (um truísmo, quicá), em nada milita contra a qualidade do que se fez ou construiu até agora. Nascido apenas dois anos após a própria Constituição, o Código de Defesa do Consumidor rapidamente alcançou o *status* de diploma de referência, inaugurando um bem concebido microssistema protetor cujas arestas foram cuidadosamente aparadas, nas décadas seguintes, por doutrinadores e magistrados.

O tempo, contudo, tem o hábito inconveniente de trazer ferrugem mesmo às mais bem azeitadas engrenagens legais. Essa, talvez, seja a sina maior do jurista: a obsolescência (não *programada*, mas *inevitável*) das soluções por si propostas. E o fenômeno cíclico por meio do qual as curtas pernas dos juristas perseguem a sempre veloz realidade social apenas se agrava, ano a ano, de mãos dadas com a hipercomplexa rede de regramentos na pós-modernidade.²

O tema destas breves considerações tem bastante desses ares contemporâneos: como se verá, a obsolescência programada – ainda que tenha raízes sociais históricas no início do século passado – apenas agora ensaia sua transposição para o tecido normativo brasileiro. Sublinhando o quão oportuna é a reflexão, contemporaneamente à escrita destas linhas o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor propôs o debate sobre idêntico tema em meio à Cúpula dos Povos, evento paralelo à Conferência Rio + 20,³ para rechaçar o fenômeno, e o Brasil assiste a sua primeira ação coletiva de combatê-lo.⁴

Sem delongas, passamos a dividir com vozes mais autorizadas nossos pensamentos sobre o tema.

-
1. BENJAMIN, Antonio Herman V.; GRINOVER, Ada Pellegrini. A importância da atualização do Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*, vol. 31, n. 114, p. 7-8.
 2. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *RDC* 33/123-129.
 3. “Fim da obsolescência programada foi discutido na Rio + 20” – Disponível em: [www.idec.org.br/em-acao/em-foco/fim-da-obsolescencia-programada-sera-discutida-na-rio20]. Acesso em: 25.06.2012.
 4. Autos n. 2013.01.1.016885-2, ação movida pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática contra a Apple, em curso perante a 12.ª Vara Cível de Brasília.

2. OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA: HISTÓRICO E ESFORÇO DE CONCEITUAÇÃO

As coisas têm uma vida útil maior ou menor conforme um conjunto amplo de fatores que vão de sua constituição física (durabilidade dos materiais), seu propósito funcional (durabilidade da necessidade a ser atendida pela coisa), os cuidados a si dispensados (manutenção das partes aptas a boas práticas de conservação), ou mesmo a percepção comparativa de utilidade (capacidade de bem atender à necessidade que demanda seu uso).

Assim é que um mesmo objeto pode ser tido por *obsoleto* por caminhos muito diversos. Aos olhos de um dado usuário, uma vitrola pode ter se tornado obsoleta por natural deterioração de suas partes integrantes em algumas décadas, porque ele tornou-se surdo, porque se expôs o aparelho ao sol em demasia e deixou de funcionar, ou simplesmente porque se inventou o *ipod*, com o qual se ouve mais músicas e de maneira mais fácil.

Esse é, essencialmente, o destino das coisas: sob diferentes dinâmicas, os objetos de criação do homem evoluem e deixam seus antepassados no rastro da história. A obsolescência das coisas é um dado cultural inerente à experiência humana. Nem sempre, contudo, a evolução das coisas segue um caminho, por assim dizer, "orgânico".

O desenho econômico capitalista fundado no constante crescimento da economia, i.e., a contemporânea sociedade de consumo lastreada em compras constantes e crescentes,⁵ criou em certa medida um paradoxo: se, por um lado, o ânimo de ganhar a fidelidade dos clientes impunha aos fabricantes o ônus de criar produtos os mais úteis e duráveis possível, por outro, é igualmente verdadeiro que o cliente de posse de um produto excessivamente durável tende a parar de consumir em busca satisfação daquela específica necessidade (porquanto já satisfeita pelo bem). Em suma: um cliente plenamente satisfeito é um cliente que não demanda e a demanda é o essencial para fazer girar a economia capitalista.

Um homem simplista (e não há no predicado qualquer crítica) diria: se o sistema depende de clientes ao mesmo tempo satisfeitos (para que se assegure a compra, em prejuízo dos concorrentes) e insatisfeitos (para que se assegurem novas compras), o caso seria o de repensar o sistema. Não foi este, contudo, o caminho seguido pela dinâmica capitalista, pelo fato também simples de que este modelo econômico não busca a satisfação racional, mas sim o lucro. A saída encontrada foi a precipitação das novas compras por um fenômeno cha-

5. GHERSI, Carlos Alberto. A sociedade de consumo como processo socioeconômico. *Revista do Tribunal Regional Federal 3.ª Região* 77/21-34.

mado *obsolescência programada*, consistente – em apertadíssima síntese – no fato de fazer nascer a necessidade da nova compra antes do tempo em que esta seria naturalmente esperada.

Um exemplo histórico – o do Cartel de Phoebus – é ilustrativo da prática⁶ e um bom ponto de partida para um apanhado histórico do fenômeno. Com base nas manifestações constatadas da história, espera-se, teremos base fática suficiente para forjar uma definição própria do que seja *obsolescência programada*, definição esta apta a abranger toda a tipologia já observada.

Como é de conhecimento geral, a lâmpada incandescente foi inventada por Thomas Edison. O modelo original da criação, ainda nos idos de 1871, tinha uma duração média de 1.500 horas de iluminação. A tecnologia em torno do fabuloso invento que revolucionou o século seguinte avançou a largos passos, tendo-se notícia de uma lâmpada fabricada em Shelby, Ohio, nos Estados Unidos, instalada em uma estação de bombeiros, que durou 100 anos sem vacilar em seu funcionamento.

Exceções extraordinárias à parte, o fato é que em 1924 já era corrente a garantia, no mercado estadunidense, pelo funcionamento de lâmpadas incandescentes por ao menos 2.500 horas. A competição entre os fabricantes forçava a pesquisa por novos e melhores filamentos, pondo no horizonte dos consumidores a certeza de que este número de horas asseguradas seguiria a caminhar no viés de alta das décadas pretéritas.

O movimento, saudado pelos consumidores, não convinha aos fabricantes. Assim foi que, no natal de 1924, os principais fabricantes de lâmpadas do mundo teriam se reunido em Genebra e fixado, por acordo, novos critérios de qualidade *inferiores* aos usualmente praticados, como forma de aquecer o mercado em que atuavam. Sofisticados mecanismos de controle da qualidade (às avessas) das lâmpadas teriam sido criados, acompanhados de pesadas sanções financeiras, proporcionais à “excessiva durabilidade” dos produtos.

O resultado não poderia ser outro: na década de 40, o mercado norte-americano estava planejado com lâmpadas incandescentes com duração média de apenas 1.000 horas, i.e., 40% da duração experimentada 15 anos antes.

O Phoebus jamais foi objeto de irrefutável comprovação (há documentos eloquentes, mas não prova inequívoca), mas nem por isso o fenômeno da *obsolescência programada* desfrutou de menor prestígio.

6. As referências históricas a seguir foram obtidas no documentário *Comprar, tirar, comprar: la historia secreta de la Obsolescencia Programada* (2010), da cineasta Cosima Dannoritzer.

No pós-crise de 1929, Bernard London⁷ sugeriu a obsolescência programada como o meio de se superar a hecatombe econômica. London acusava o povo americano de “desobedecer a lei da obsolescência” por “utilizarem seus carros velhos, rádios velhos e roupas velhas por mais tempo do que estatísticos estimaram com base na experiência prévia”. Em seguida, propunha o renovado consumo independentemente de real necessidade como ferramenta para o aquecimento da economia e recuperação da qualidade de vida perdida na crise, para então arrematar: “em síntese, a essência de meu plano para alcançar esses desejáveis fins é traçar a obsolescência de bens de consumo e de capital ao tempo de sua fabricação”.

Para além da iniciativa de fabricantes, London inovava por impor ao Governo a criação de limites para o uso dos bens, após o qual estariam “legalmente mortos”, sendo então remetidos a uma agência governamental incumbida de sua destruição, funcionassem ou não.

Nos anos 50, a obsolescência programada tem uma substancial mudança qualitativa nas mãos de um afamado designer industrial norte-americano chamado Clifford Brooks Stevens.⁸ A proposta de Brooks Stevens diferia daquela do Phoebus e de London pela *causa da obsolescência*, que passava a residir não no produto em si ou na lei, mas na *vontade do comprador*. A síntese da sua teoria se resumia no “desejo do consumidor de ter algo um pouco mais novo, um pouco melhor, um pouco antes do que seria necessário”, inaugurando em grande medida o *american way of life* que tanto seduziu (e seduz, ainda) consumidores mundo afora.

Isso não quer dizer, contudo, que as modalidades de outrora tenham sido superadas, e os exemplos contemporâneos que autorizam a afirmação nos batem à porta. Já mencionado nestas breves considerações, o *ipod* foi invento da gigante Apple que revolucionou o modo de se ouvir música no século XXI. A capacidade de condensar quantidades vultosas de músicas em um dispositivo pequeno, com *design* simples e futurista, tomou de assalto os mercados dos diversos continentes.

Dois anos depois de seu lançamento, contudo, o *ipod* sentou-se no banco dos réus por meio de uma *class action* norte-americana. A causa da demanda

7. Íntegra do texto disponível para acesso livre online em diversas fontes. Disponível em: [http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/2/27/London_(1932)_Ending_the_depression_through_planned_obsolescence.pdf]. Acesso em: 03.07.2012.

8. Para um apanhado fiel do papel de Brooks Stevens na obsolescência programada, v. ADAMSON, Glenn. *Industrial strength design: how Brooks Stevens shaped your world*. Milwaukee/Cambridge: Milwaukee Art Museum/MIT Press, 2003.

era surpreendente: gravações telefônicas a centrais de atendimento a consumidor revelaram que a Apple não oferecia serviços de substituição de baterias para o *ipod*, o que forçava o consumidor a comprar um novo aparelho após cerca de 18 meses.

Note-se a sutileza: o produto não perecia, mas a substituição da fonte de energia, providência simples e barata, era negada pelo fabricante. A Apple encerrou a demanda por um acordo no qual, sem reconhecer ilícitos de sua parte, disponibilizou o serviço de troca de bateria e indenizou os consumidores afetados com *vouchers* de valores variados, conforme a “geração” do *ipod* (a prática atingiu as três primeiras versões do produto).⁹

Em recente desdobramento nacional, o Instituto Brasileiro de Política e Direito da Informática ajuizou ação contra a mesma empresa, acusando-a de prática comercial abusiva” na comercialização da quarta geração do *tablet* “iPad”. Segundo o Instituto, o lançamento deste produto teria sido excessivamente veloz (apenas um ano e sete meses depois do lançamento da terceira geração, sendo certo que o intervalo entre as primeira e segunda fora de dois anos e quatro meses), causando danos aos consumidores que confiaram em maior durabilidade do bem (como produto de ponta).

Longe de ser exaustiva, essa breve capitulação histórica tem um propósito modesto e duplo: de um lado, espera-se, tenha ilustrado que a problemática da obsolescência programada é *variada*, comportando nuances estruturais ao longo do tempo, e *presente*, sobretudo na modalidade idealizada por Brooks Stevens, impactando hoje, mais do que ontem, a vida do cidadão comum; e, de outro, habilita a tentativa de definir o fenômeno em termos amplos bastantes para encampar essa realidade.

O multicolorido das hipóteses acima referidas nos autoriza, com base na constatação fática apenas, a ensaiar um conceito de obsolescência programada. Seja pelo viés do Phoebeus, seja pela atuação de Brooks Stevens, seja ainda pela contemporânea atuação da Apple, a obsolescência programada pode ser definida como *a artificial precipitação do perecimento de um bem, ou da percepção de sua imprestabilidade pelo usuário, em benefício dos integrantes da cadeia produtiva*.

9. Para um sucinto relato feito pela própria Apple sobre as demandas contra si aforadas em razão das baterias do iPod, v. o relatório trimestral submetido por ela à SEC – Securities and Exchange Commission (equivalente norte-americana à CVM). Disponível em: [www.sec.gov/Archives/edgar/data/320193/ 000110465906005910/a06-3798_110q.htm]. Acesso: em 25.06.2012.

3. TENTATIVA DE SISTEMATIZAÇÃO: FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

Superado o desafio da conceituação ampla, é preciso identificar também as modalidades comportadas pela definição. É preciso ter especial cuidado neste ponto, para se evitar o vício que por vezes impregna o discurso jurídico da *classificação pela classificação*, buscando-se, ao revés, prestigiar as clivagens que atraíam ferramentas jurídicas diversas e sejam, por isso mesmo, úteis de um ponto de vista dogmático.

Enxergamos na experiência da vida três modalidades fundamentais de obsolescência programada, quais sejam: a *obsolescência por irreparabilidade artificial*, *obsolescência por deterioração acelerada* e *obsolescência por falsa deterioração*. Uma vez mais, não se pretende aqui listar rol taxativo ou fechado: a criatividade do homem para inovações rivaliza apenas com sua inventividade para mascarar eventuais ilícitos, razão pela qual a lista olha ao retrovisor, por assim dizer, para a partir daí propor soluções. Constatadas novas modalidades de obsolescência programada, ou mesmo modalidades pretéritas que tenham nos escapado à atenção, o caso será de somá-la(s) à lista e buscar novas ferramentas de tutela, quando for o caso.

Feita a proposta de classificação, convém dedicar breves linhas a cada uma das espécies, apenas para tornar mais nítidos os seus contornos:

(ii.a) *a obsolescência por irreparabilidade artificial*: nesta modalidade, o produto entregue ao comprador tem um parcial perecimento, superável pelo emprego de técnicas ordinárias de reposição de partes e peças. Estas partes e peças podem ser consumíveis (pneus de um carro) ou não (volante do mesmo carro): desde que haja necessidade presente de sua substituição, o comprador idealmente espera poder, razoavelmente, optar por consertar seu bem em vez de comprar um novo. A obsolescência por irreparabilidade atuará de duas formas: na primeira modalidade, impedirá de maneira técnica o conserto do bem. é o caso da Apple, cujo moderno *ipod* era vedado de forma a tornar inacessível a bateria, bem como inexistente a venda de baterias substitutas no mercado; e na segunda modalidade, ocorrerá por um viés econômico, no qual a introdução de peças no mercado é feita a preços tão elevados que o conserto consome dispêndios equiparáveis a um novo equipamento, impulsionando (normalmente à luz de garantias) o usuário à nova compra;

(ii.b) *obsolescência por deterioração acelerada*, por sua vez, implica o perecimento precoce de um bem, seja do ponto de vista estrutural (relembre-se aqui das lâmpadas do Phoebus, cujos filamentos expiravam após 1.000 horas, quando ordinariamente o fariam em mais de 2.500 horas), seja ainda do ponto

de vista comparativo-funcional. Sob este último viés, a imprestabilidade do bem se dá por meio do cotejo da aptidão do bem e de outros para a satisfação da mesma necessidade: o forno à lenha de 80 anos atrás pode ainda funcionar, porém é obsoleto porque sua função é mais bem desempenhada pelos fornos a gás ou de micro-ondas. A gradual introdução de inovações tecnológicas já disponíveis, de forma a simular “degraus” de obsolescência técnica, é também uma forma de deterioração acelerada; e

(ii.c) *obsolescência por falsa deterioração*, por fim, consiste exclusivamente na criação de uma percepção de obsolescência e um desejo pelo novo por parte do comprador. É o que se vê, semestre a semestre, ano a ano, com aparelhos de telefonia móvel ou automóveis. O fabricante insere pequenas mudanças, sempre marginais, hábeis apenas a outorgar ao produto um ar de modernidade e – sobretudo – torná-lo identificável como *novo* e, a partir disso, *desejável*.

Como se registrou acima, as diferenciações não são bizantinas. Vale dizer: para cada tipo de obsolescência programada, será cogitada uma ou mais ferramentas que previnam sua implementação ou removam do mundo dos fatos as consequências nocivas dele irradiadas.

A identificação destas ferramentas (especialmente no ramo consumerista) é tarefa árdua e com a qual tentaremos contribuir na sequência. Antes, porém, é preciso identificar sobre que campos potenciais se espraia o fenômeno, pois da constatação de sua interdisciplinaridade advirá a consciência da limitação da utilidade da contribuição de cada ramo do direito, isoladamente.

4. MULTIDISCIPLINARIDADE DA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA

Para a infelicidade dos estudiosos do direito, os problemas da sociedade não portam rótulos para sua catalogação nas bibliotecas jurídicas. O fornecimento de um único produto pode desencadear a incidência de regras regulatórias, concorrenciais, de consumidor, tributárias, enfim, de um universo normativo. De igual forma, a obsolescência programada se estende por um vasto campo, dentre os quais destacamos com facilidade o direito concorrencial, ambiental, civil e do consumidor.

No que diz respeito ao *direito concorrencial*, é especialmente relevante à ilustração o mencionado caso do Cartel de Phoebus. A *obsolescência por deterioração acelerada* naquele episódio foi conduzida coletivamente pelos fornecedores, cenário em que a prática não é em si o ilícito, mas, antes o meio pelo qual o fim ilícito (restrição da livre concorrência) é atingido.

As atuações conjuntas para criação de uma obsolescência programada parece, em todo caso, recair sobre a vedação genérica do art. 36, I, da Lei

12.529/2011, segundo a qual “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados, limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa”.

Como decorrência destas infrações, o ofensor estaria sujeito a sanções diversas, de multas (aplicadas em dobro em caso de reincidência) à publicação da decisão condenatória em jornal de grande circulação, passando pela proibição de contratar com a Administração Pública ou pela recomendação para concessão de licença compulsória de direito de propriedade intelectual, quando a violação estiver relacionada a tal direito (cf. art. 37 e ss. da Lei 12.529/2011).

Em caso de abuso de direito, excesso de poder, infração à lei, fato ou ato ilícito, violação ao contrato social, falência, insolvência ou encerramento ou inatividade por má administração, o uso da obsolescência programada como ferramenta anticoncorrencial autoriza também a desconsideração da personalidade jurídica (cf. arts. 34 e 35 da Lei 12.529/2011).¹⁰

Conquanto admissível em tese, e sempre digna de nota, parece-nos que a inter-relação entre o direito concorrencial, de um lado, e a triade ambiental-consumidor-civil, de outro, tem-se esvaído com o passar das décadas no que diz respeito especificamente à obsolescência programada. E isso, note-se, não por uma razão técnico-jurídica, mas, antes, por uma constatação social fática: a precocidade do perecimento dos bens tornou-se um consenso mercadológico pelo qual quase todos se alinham, independentemente de pacto anticoncorrencial expresso.

Consentido o trocadilho, a combinação para atuação conjunta de atores dos mercados para promoção de obsolescência programada tornou-se *obsoleta* porque desnecessária na ética comercial vigente – fato que em nada merece comemoração, a despeito da aparente boa nova em que consiste a notícia da rarefação de um ilícito no tecido social.

Sem embargo, é certamente digna de nota uma nova modalidade de instrumentalização da obsolescência programada às práticas anticoncorrenciais recém-judicializada. Trata-se da criação de novos modelos de *software* com o propósito específico de tornar uma dada funcionalidade incompatível com produtos fornecidos por outros agentes do mercado – conduta mais recondu-

10. A verdade é que, a rigor técnico, os casos de violação à lei, excesso de poder, infração à lei, fato ou ato ilícito, bem como violação ao contrato social, não devem atrair a desconsideração da personalidade, porquanto bastantes à satisfação direta dos ofensores.

zida à Apple e denunciada por *class action* nas Cortes distritais da Califórnia, divisão de San José.¹¹

De acordo com os autores, a Apple tem usado a sua posição dominante no mercado de downloads de áudio e players portáteis de mídia digital para suplantiar concorrência e fortalecer seu monopólio. Tal objetivo seria alcançado pela criação de restrições tecnológicas desnecessárias, em conjunto com as atualizações constantes de *software*, para impedir que novos produtos fossem adquiridos por seus clientes a preços mais atrativos e com desempenho potencialmente superior.

Possível que se afigure a hipótese, a prudência recomenda que se aguarde a conclusão do caso antes de que se incorpore a demanda como exemplo concreto de conduta antitruste fundada em obsolescência programada (sob a modalidade de deterioração acelerada das versões anteriores).

A pertinência do *direito ambiental* ao debate também parece clara. A celeuma que ocupa o centro das preocupações de ambientalistas está umbilicalmente ligada à lógica do consumo. Seja pela demanda desenfreada dos recursos finitos para atender o consumo, seja pelo desembocar dos resíduos daí decorrentes no meio ambiente (fenômeno catalisado em ambas as pontas pela obsolescência programada), pensar em consumidor sem pensar em ambiente, ou vice-versa, é raciocinar de maneira incompleta.

A Carta do Rio é pródiga em exemplos do que aqui se sustenta, ao afirmar que “o direito do desenvolvimento deve exercer-se de forma tal que responda equitativamente às necessidades de desenvolvimento e de proteção à integridade do sistema ambiental das gerações presentes e futuras” (cf. princípio 3) e “para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma melhor qualidade de vida para todas as pessoas, os Estados deveriam reduzir e eliminar as modalidades de produção e consumo insustentável e fomentar apropriadas políticas demográficas” (cf. princípio 8).

E é mesmo fato inarredável: o direito do consumidor, de um lado, e a proteção do meio ambiente, do outro, dialogam e devem caminhar necessariamente no mesmo sentido, como festeja farta doutrina.¹² Não por outra razão o espíri-

11. A ação encontra-se em curso. A íntegra da petição inicial e da contestação ofertada pela Apple estão publicadas no site da ação. Disponível em: [https://ipodlawsuit.com/Home.aspx]. Acesso em: 19.06.2012.

12. ALMEIDA, Maria Cecília Ladeira de. Direito do consumidor e meio ambiente. In: CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Cláudia Pompeu Torezan; FREITAS, Aline da Silva (coords.). *Código de Defesa do Consumidor: comemoração dos 20 anos*. São Paulo: Ed.

to de ecletismo vislumbrado pelo Prof. Antonio Junqueira de Azevedo no art. 51 do CDC se estendeu ao ponto de serem consideradas abusivas as cláusulas contratuais que “infrinjam ou possibilitem a violação de normas ambientais” (cf. art. 51, XIV, do CDC).

As formas de tutela ambiental são as mais variadas e, em todos os casos, extensíveis às hipóteses de obsolescência programada. Abalizada doutrina as divide entre medidas preventivas ou medidas reparadoras ou repressivas.¹³ Dentre as primeiras, listam-se os princípios do direito ambiental, o estudo prévio de impacto ambiental e a função socioambiental da propriedade; dentre as segundas, a ação civil pública, o termo de ajustamento de conduta, a restituição do bem lesado (ou, na impossibilidade de execução específica, a correlata indenização), o fundo para restituição de bens lesados, o seguro de responsabilidade civil-ambiental e, por fim, a tipificação criminal das condutas mais gravosas.

Por combater os efeitos da obsolescência programada, merece especial destaque a recente legislação sobre logística reserva, por meio da instituição da política nacional de resíduos sólidos (Lei 12.305/2010). Fundada nos princípios da prevenção e da precaução (ecoando novamente a Carta do Rio, em seu princípio 16; v. capítulo IV, abaixo), do poluidor-pagador e do protetor-recebedor, a referida lei sublinha o caráter interdisciplinar da matéria ao conclamar “a visão sistêmica, na gestão dos resíduos sólidos, que considere as variáveis ambiental, social, cultural, econômica, tecnológica e de saúde pública”.

LTr, 2001. p. 231-237; ANDRADE, Nelson Luís Sampaio de. Consumo sustentável. *Justitia*, vol. 59, n. 181-184, p. 65-69; BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Mudando padrões de consumo: reflexões sobre a institucionalização do consumo consciente da perspectiva do discurso ecológico alternativo. *Revista de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo* 1/181-194; DELBONO, Benedita de Fátima. A inter-relação entre o direito ambiental, o direito do consumidor e o direito econômico. *IOB-Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial* 3/98-99; DOLGANOVA, Iulia. Necessidade de conciliação entre a proteção do meio ambiente e a conscientização do consumidor cativo: uma análise do programa de incentivo às fontes alternativas de energia elétrica (Proinfa). *RDA* 59/11-49; GHERSI, Carlos Alberto. Consumo sustentável y medio ambiente. *RDC* 31/97-103; MONTEIRO, Antonio Pinto. O papel dos consumidores na política ambiental. *RDA* 11/69-74; SOARES, Inês Virginia Prado. Meio ambiente e relação de consumo sustentável. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público*, vol. 4, n. 17, p. 33-60; SODRÉ, Marcelo Gomes. Padrões de consumo e meio ambiente. *RDC* 31/25-35; TRAJANO, Fábio de Souza. O princípio da sustentabilidade e o direito do consumidor. *RDC* 71/65-76.

13. LEMOS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Ed. RT, 2010. p. 167-230.

Se é verdade – como se verá adiante, ao emitirmos nossa opinião final sobre o tema – que alguma porção de programação de obsolescência fará parte do sistema capitalista contemporâneo sem a reprimenda legal, ganha especial prestígio a iniciativa legal de distribuir deveres entre o Poder Público, o setor empresarial e a coletividade (cf. art. 25), com a correlata responsabilidade compartilhada por fabricantes, importadores, distribuidores e comerciantes, os consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos (cf. art. 30).¹⁴

A temática é riquíssima, mas convém resistir à tentação dela decorrente, sob pena de perda de nosso foco, erro capital em um estudo marcado pela brevidade, como é o caso do presente arrazoado. Reconhecida e ilustrada a multiplicidade temática, é preciso dedicar linhas às ferramentas que o direito do consumidor põe à mesa para o combate da obsolescência programada e, com igual relevância, identificar o campo de sua aplicação.

5. DIREITO DO CONSUMIDOR: TODA OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA É ILÍCITA?

A pergunta proposta no título deste derradeiro tópico de nossas reflexões tem uma resposta tão intuitiva quanto perigosa. Após o relato de casos que atraem a natural reprovação social e o repúdio da ética, o impulso do leitor talvez seja pela conclusão de que *sim*, a programação do perecimento, percepção de perecimento ou irreparabilidade de um produto é ilícita em toda e qualquer situação.

A reflexão talvez ganhe em profundidade se, à pergunta inicial, se acrescentar a seguinte indagação suplementar: por que é ilícita a obsolescência programada?

O raciocínio demanda cautela e um exemplo simples pode auxiliar sua construção. Sob o viés da *obsolescência por falsa deterioração*, não há caso mais claro de percepção de imprestabilidade por indução dos fabricantes do que o fenômeno da *moda* no vestuário, sobretudo feminino.

Um paletó com ombreiras comprado na década de 90 ou uma calça boca-de-sino da década de 70 podem estar em perfeito estado de conservação, porém, dificilmente serão vestidos em um evento social porque a indústria da moda substituiu estes bens por outros, de *design* novo, e os promoveu ao ponto de que o uso destes seja símbolo de *status* e o daqueles implique em situação de

14. A este respeito, é claro, recomendável conferir a obra de referência da Profa. Patrícia Faga Iglesias, *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*.

constrangimento. Nem por isso, contudo, alguém cogitará do ajuizamento de uma ação civil pública por danos coletivos contra os organizadores de eventos de moda.

Para retomar o exercício, agora com a lente da *obsolescência por perecimento*, será difícil sustentar que um produtor tem o dever de comercializar o melhor e mais durável produto possível e, olhando a mesma afirmativa sob o ângulo oposto, não possa escolher o nível de qualidade-durabilidade do bem que pretenda introduzir no mercado.

Sob a ótica dos *defeitos*, o Código de Defesa do Consumidor é expresso ao afirmar que “o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado” (art. 12, § 2.º), mas apenas quando “não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais sua apresentação, o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi colocado em circulação” (art. 12, § 2.º, I, II, III).

No que diz respeito aos *vícios*, por sua vez, apenas são objeto de tutela aqueles “que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas” (cf. art. 18).

Um produto de menor qualidade e durabilidade (a) não é necessariamente inseguro, nem impróprio ou inadequado ao consumo a que se destina, (b) conquanto valha menos que outros mais duráveis, não se cogita de diminuição de seu valor, mas apenas de menor valor comparativo; e (c) pode ser comercializado deixando-se claras ao consumidor suas limitações técnicas. Mais ainda: autorizada doutrina reconhece a excepcional validade do comércio de produtos viciados, lecionando que “os fornecedores não estão proibidos de ofertar e colocar no mercado de consumo – com abatimento do preço, naturalmente – produtos levemente viciados, desde que forneçam informações corretas, claras e precisas sobre os aludidos vícios”.¹⁵

Posto de outra forma: o produtor pode vender motos, lâmpadas, roupas ou eletrodomésticos seguros e bons que durem 2, 5 ou 10 anos, de maneira transparente e mediante ampla informação do consumidor. Este é um dado inerente

15. GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. I, p. 223.

ao regime capitalista, que se reflete na ampla gama de preços para um mesmo bem – uma caneta pode custar R\$ 1,00 ou R\$ 10.000,00, conforme se trate de uma esferográfica ou de uma caneta tinteiro banhada a ouro –, circunstância em grande medida desejável por facultar acesso aos bens por indivíduos de diferentes classes sociais.

Longe de infirmar a absoluta legalidade da obsolescência programada, estes exemplos pretendem apenas reconhecer que o fenômeno, no atual estado do regramento brasileiro (e, cremos, assim será enquanto a sociedade se pretender capitalista), transita entre a legalidade e a ilegalidade, conforme a modalidade de sua manifestação. Em uma frase: a obsolescência programada em abstrato é lícita, constituindo exercício regular da livre-iniciativa constitucionalmente consagrada, salvo quando houver norma (regra ou princípio) proibitiva incidente à espécie.

Para dar contornos mais concretos à problemática, convém, desde logo, pontuar alguns espaços de vedação legal consumerista à prática.

Em primeiro lugar e com absoluto destaque, a *obsolescência por perecimento* enfrenta limitação nos *produtos sujeitos a regulamentação*. Nos termos do art. 1.º da Lei 9.933/1999, “todos os bens comercializados no Brasil, insumos, produtos finais e serviços, sujeitos a regulamentação técnica, devem estar em conformidade com os regulamentos técnicos pertinentes em vigor”.

Por força do mesmo diploma, incumbe ao Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (“Inmetro”) a elaboração de regulamentos técnicos nas áreas fixadas pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – Conmetro (art. 2.º c/c art. 3.º, I), atentando-se em tais regramentos ao combate de práticas enganosas de comércio e à proteção da segurança, da vida e da saúde humana, animal e vegetal, do meio ambiente (art. 3.º, IV, *a a c*).

O efeito imediato de submeter um produto ou segmento de produtos à regulação metrológica é subtrair do juízo de prestabilidade o elevado grau de subjetividade inerente à principiologia de defesa do consumidor. E é o próprio Código de Defesa do Consumidor que consagra o diálogo com essas fontes ao dispor que “os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de (...) regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade” (art. 7.º).

A partir de critérios objetivos, pois, o fabricante vê reduzido (e não extinto) o campo de planejamento de qualidade vs. obsolescência de seu produto, sendo obrigado – não importa a vantagem de preço perdida com a regra – a observar padrões mínimos de qualidade desejáveis no atual estado da ciência.

Na ausência de regramento metrológico específico, incidirão na espécie as regras atinentes aos vícios *redibitórios*. Não há, aqui, contradição com o acima sustentado. Um produto cuja obsolescência foi programada não é necessariamente viciado para fins de redibição, mas pode sê-lo.

Uma camisa que seja baixa qualidade ao ponto de esgarçar suas fibras após a primeira lavagem é, sem dúvidas, imprestável para o fim que se destina, bem como um computador que entre em pane após 40 dias de uso. Não por outra razão os vícios são reclamáveis em 30 ou 90 dias (conforme se trate de produto não durável ou durável), a partir da entrega do mesmo ou do aparecimento do defeito (conforme se trate de vício aparente ou oculto; art. 26 do CDC).

Tem-se, portanto, um período mínimo de funcionamento perfeito assegurado pelo Código de Defesa do Consumidor. É de se reconhecer, ademais, que as práticas comerciais normalmente estendem por força negocial a garantia legal para períodos maiores.

Sob um viés principiológico e pelo manejo de cláusulas gerais, poder-se-á ainda reputar ilícita a obsolescência idealizada em contornos tais que ponham o consumidor em posição de excessiva desvantagem, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato (cf. art. 51, IV e § 1.º, do CDC).

A ferramenta neste caso é subsidiária e, sem embargo, de grande valor ao operador do direito. Não há, por exemplo, norma expressa ou tácita que impeça o lançamento, com o intervalo de dois meses apenas, de duas plataformas substancialmente distintas por um mesmo fornecedor de gêneros eletrônicos. Suponha-se, contudo, que o mesmo fornecedor anuncie, juntamente à nova plataforma, que deixará de lançar produtos ou atualizações pela antiga plataforma, relegando o consumidor ao estoque de utilidades já disponíveis em mercado.

Ora, conquanto seja natural ante o avanço tecnológico que novas plataformas substituam as antigas (*mutatis mutandi*, como os fornos a gás substituíram aqueles a lenha), ninguém compra um gênero eletrônico – normalmente de alto valor agregado – na expectativa de ter acesso a novidades por um bimestre. Mesmo em face da assombrosa velocidade da tecnologia, abandonar a antiga plataforma é retirar a prestabilidade do produto adquirido e por o consumidor em posição de excessiva desvantagem.

Para além de tudo quanto foi exposto, a Código de Defesa do Consumidor também oferece proteção, por meio de disposição aberta, contra algumas práticas de *obsolescência por irreparabilidade artificial*.

Com efeito, o art. 32 do CDC dispõe que “os fabricantes e importadores deverão assegurar a oferta de componentes e peças de reposição enquanto não

cessar a fabricação ou importação do produto” e, no caso de cessação da produção ou importação, cria o dever de manutenção de oferta “por período razoável de tempo, na forma da lei” (art. 32, parágrafo único, do CDC). Sendo evidente que componentes e peças originais são parte chave na criação de um adequado ambiente de reparabilidade, sucede logicamente que a norma resolve, ainda que em termos amplos, boa parte do problema.

A questão sem resposta – ou, antes, sem resposta satisfatória do sistema – reside no *preço* a que tais componentes e peças são postos à disposição do consumidor, sobretudo ao se considerar o valor agregado pela mão de obra necessária ao conserto do bem. Como se registrou anteriormente, esta segunda modalidade de obsolescência programada tem viés econômico e impulsiona o consumidor à nova compra por distorcer a relação custo-benefício entre conserto e descarte do bem a reparar com aquisição de substituto novo.

Por fim, e aqui talvez resida o maior desafio contemporâneo do direito do consumidor, é preciso identificar o limite da licitude da *obsolescência por falsa deterioração*. Neste ponto, não é demais lembrar, o consumidor não é material ou economicamente compelido à nova compra, mas, antes, induzido a desejá-la precocemente.

A ferramenta fundamental para a viabilização da falsa deterioração ou percepção de imprestabilidade é a publicidade. A doutrina especializada não vacila ao afirmar que “a partir do século XX, como surgimento da sociedade de massa e avanço dos meios de comunicação (advento do rádio nos anos 20 e da televisão na década de 40), a publicidade passa a adquirir também uma função de informar o consumidor com a finalidade precípua de estimular novas demandas; convencê-lo, por meio da persuasão, à aquisição de produtos e serviços”.¹⁶

Até que ponto, então, pode o fornecedor criar uma sensação de necessidade de consumo, mediante abandono de um produto em bom estado, para fomentar a realização de novas vendas? Até que ponto, de outro giro, deve o fornecedor alertar o consumidor que uma nova geração de produtos se avizinha?

A questão é espinhosa. No primeiro caso, caminha-se na seara da *abusividade na publicidade*; no segundo, da *enganosidade* (art. 37 do CDC).

Os estudiosos apontam o amplo campo da publicidade abusiva ao classificá-la como aquela “que contrarie o sistema valorativo que permeia o ordenamento jurídico da nossa sociedade, sobretudo nos mandamentos da Constitui-

16. DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 27.

ção Federal e das leis, tais como o valor da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF), da paz social, da igualdade e não discriminação (arts. 3.º, IV, e 5.º, *caput*, da CF), de proteção à criança e ao adolescente (art. 227 da CF) e ao idoso (art. 230 da CF), da tutela à saúde (art. 196 da CF) e ao meio ambiente (art. 225 da CF), dentre tantos outros de importância para o desenvolvimento de uma sociedade justa e solidária”.¹⁷

Ilustrando o rol que a doutrina idealizou, o próprio Código de Defesa do Consumidor explicita ser abusiva a publicidade “discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança” (art. 37, § 2.º, do CDC).

Para além das hipóteses descritas no artigo acima transcrito, a tarefa difícil que repousa sobre os ombros do jurista é aquela de proceder ao cotejo da peça publicitária com os valores médios sociais, aferindo sua tolerabilidade ante a tábua axiológica do sistema. Assim é que a publicidade que crie o desejo da substituição de um produto ao ressaltar as vantagens de um novo não é, por si, abusiva, nem é ilícita a obsolescência programada que lhe subjaz. Por outro lado, a incitação da compra de um bem pela ridicularização ou desprestígio de quem o não possui parece, seguramente, incorrer na abusividade que a lei proíbe.

Por fim, no que diz respeito à enganosidade e, sobretudo, a enganosidade por omissão, em uma leitura conjunta com o dever de informação e o dever de não violação das justas expectativas despertadas (princípio da proteção à confiança), incorrerá em prática de publicidade enganosa o fornecedor que captar consumidores para produto que saiba obsoleto, ou que o torne obsoleto em período inferior àquele usualmente percebido como natural para aquele mercado. Deste modo, o lançamento de dois modelos de um mesmo carro em intervalo inferior a um ano, com a circunstância omitida em sede da primeira leva de publicidade, seguramente a tornaria enganosa.

6. CONCLUSÕES

As reflexões acima divididas poderiam ser resumidas como segue:

(a) a obsolescência programada pode ser definida como *a artificial precipitação do perecimento de um bem, ou da percepção de sua imprestabilidade pelo usuário, em benefício dos integrantes da cadeia produtiva;*

17. *Idem*, p. 161.

(b) há essencialmente três modalidades de obsolescência programada, quais sejam: a obsolescência por irreparabilidade artificial, obsolescência por deterioração acelerada e obsolescência por falsa deterioração;

(c) a obsolescência programada é fenômeno econômico-social com implicações para diversos ramos do direito, com destaque aos direitos civil e do consumidor, ambiental e concorrencial – porém, nem todas as formas de obsolescência programada são atos ilícitos no direito brasileiro; e

(d) a despeito do desconhecimento do fenômeno em tese, bem como da ausência de cláusula geral que regule a matéria, o direito do consumidor brasileiro já dispõe de ferramentas aptas a combater algumas facetas da obsolescência programada, tais como os padrões de qualidade criados pelo Inmetro, as previsões legais sobre vícios redibitórios, obrigatoriedade de disposição de componentes e peças pelo fabricante ou importador, vedação a práticas abusivas e, em especial, vedação à publicidade abusiva ou enganosa.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADAMSON, Glenn. *Industrial strength design: how Brooks Stevens shaped your world*. Milwaukee/Cambridge: Milwaukee Art Museum/MIT Press, 2003.
- ALMEIDA, Maria Cecília Ladeira de. Direito do consumidor e meio ambiente. In: CARACIOLA, Andrea Boari; ANDREUCCI, Cláudia Pompeu Torezan; FREITAS, Aline da Silva (coord.). *Código de Defesa do Consumidor: comemoração dos 20 anos*. São Paulo: Ed. LTr, 2001.
- ANDRADE, Nelson Luis Sampaio de. Consumo sustentável. *Justitia*. vol. 59. n. 181-184. p. 65-69. São Paulo: Ministério Público do Estado de São Paulo, jan.-dez. 1998.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 33. p. 123-129. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2000.
- BENJAMIN, Antonio Herman V.; GRINOVER, Ada Pellegrini, A importância da atualização do Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*. vol. 31. n. 114. p. 7-8. São Paulo: AASP, dez. 2011.
- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. Mudando padrões de consumo: reflexões sobre a institucionalização do consumo consciente da perspectiva do discurso ecológico alternativo. *Revista de Direito Civil Constitucional e Relações de Consumo*. vol. 1. p. 181-194. São Paulo: Fiuza, jan.-mar. 2009.
- _____. Proteção do consumidor e consumo sustentável. *Revista de Direitos Difusos*. vol. 8. n. 41. p.75-88. São Paulo, jan.-mar. 2007.

- BITTAR, Carlos Alberto. O controle da publicidade no Código de Defesa do Consumidor: sancionamentos a mensagens enganosas e abusivas. *Revista dos Tribunais*. vol. 673. p. 7-10. São Paulo: Ed. RT, nov. 1991.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- DELBONO, Benedita de Fátima. A inter-relação entre o direito ambiental, o direito do consumidor e o direito econômico. *IOB-Repertório de Jurisprudência: civil, processual, penal e comercial*. n. 3. p. 98-99. São Paulo: IOB, fev. 2004.
- DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- DOLGANOVA, Julia. Necessidade de conciliação entre a proteção do meio ambiente e a conscientização do consumidor cativo: uma análise do programa de incentivo às fontes alternativas de energia elétrica (Proinfa). *Revista de Direito Ambiental*. vol. 59. p. 11-49. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2010.
- GHERSI, Carlos Alberto. Consumo sustentable y medio ambiente. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 31. p. 97-103. São Paulo, jul.-set. 1999.
- _____. A sociedade de consumo como processo socioeconômico. *Revista do Tribunal Regional Federal – 3.ª Região*. n. 77. p. 21-34. São Paulo: TRF-3.ª Reg., maio-jun. 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 10. ed. rev., atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. vol. 1.
- LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.
- LEMONS, Patrícia Faga Iglecias. *Direito ambiental: responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- _____. O papel da informação de reparação do dano ao meio ambiente. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. n. 72. p. 321-331. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, jul.-dez. 2010.
- _____. *Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- _____. Responsabilidade civil e dano ao meio ambiente: novos rumos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. vol. 17. p. 145-158. São Paulo: Ed. RT, jan.-jun. 2006.
- LONDON, Bernard. Ending the depression through planned obsolescence. Disponível em: [[http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/2/27/London_\(1932\)_Ending_the_depression_through_planned_obsolescence.pdf](http://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/2/27/London_(1932)_Ending_the_depression_through_planned_obsolescence.pdf)]. Acesso em: 03.07.2012.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

- MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo, Ed. RT, 1998.
- _____; BENJAMIN; Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2006.
- MARTINS-COSTA, Judith. A ambiguidade das peças publicitárias e os princípios do Código de Defesa do Consumidor. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. vol. 20. n. 59. p. 113-30. Porto Alegre: Ajuris, nov. 1993.
- _____. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- MATTOS, Ubiratan. O controle da publicidade no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*. n. 33. p. 57-62. São Paulo: AASP, dez. 1990.
- MELO, Diogo Leonardo Machado de. Cláusulas abusivas, leoninas e potestativas. Parâmetros normativos do Código Civil e Código de Defesa do Consumidor. Rumo a uma teoria geral do controle de abusividade? In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues. *20 anos de Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- MONTEIRO, Antonio Pinto. O papel dos consumidores na política ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 11. p. 69-74. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1998.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. A influência do Código de Defesa do Consumidor Brasileiro na tutela ambiental. *Revista Jurídica Consulex*. vol. 13. n. 309. p. 64-65. Brasília: Consulex, nov. 2009.
- SOARES, Inês Virginia Prado, Meio ambiente e relação de consumo sustentável. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. vol. 4. n. 17. p. 33-60. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, dez. 2005.
- SODRÉ, Marcelo Gomes. Padrões de consumo e meio ambiente. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 31. p. 25-35. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 1999.
- TRAJANO, Fábio de Souza. O princípio da sustentabilidade e o direito do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 71. p. 65-76. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2009.
-

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- O controle e a prevenção do dano ao consumidor perante a publicidade abusiva, de Marília Mazon – *RDC 78/225*;
- Superendividamento do consumidor: conceito, pressupostos e classificação, de André Perin Schmidt Neto – *RDC 71/9*; e
- Vício oculto, vida útil do produto e extensão da responsabilidade do fornecedor. Comentários à decisão do REsp 984.106/SC, do STJ, de Bruno Miragem – *RDC 85/325*.

1

DECISÃO

Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Cade – *Processo Administrativo 08012.001271/2001-44* –
j. 19.01.2010 – rel. Conselheiro Cesar Costa Alves Mattos
– Área do Direito: Financeiro e Econômico.

INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA – Caracterização – Fixação de preços de revenda – Possibilidade de colusão tácita entre as empresas do mesmo segmento – Prática anticoncorrencial em cadeia verticalmente integrada que pode representar danos à sociedade, mesmo sem a imposição de sanções aos desviantes da precificação imposta.

RESENHA

Trata-se de processo administrativo instaurado pela então Secretaria de Direito Econômico (SDE) para a análise de prática de fixação de preço de revenda (FPR) no setor de rolamentos, que ficou conhecido como "Caso SKF". Tal caso merece uma reflexão não apenas sobre o julgamento em si como, sobretudo, sobre as consequências que poderá ter doravante. Trata-se de caso paradigmático a respeito de FPR e, como bem sinalizou o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo em seu voto-vista, foi utilizado para estabelecer *standards* de ilicitude da prática de FPR, bem como a forma de distribuição do ônus da prova na utilização da regra da razão na análise de tal prática. Todos os votos proferidos ao longo do julgamento deste reconheceram a possibilidade de a prática de FPR mínimo configurar uma infração à ordem econômica, porém, houve divergências quanto às condições necessárias para a caracterização do ilícito anticoncorrencial, bem como ao nível de provas que seria suficiente para configurar a prática de FPR.

O julgamento do Caso SKF iniciou-se em 11.11.2009, quando o então Conselheiro relator César Costa Alves de Mattos votou pelo seu arquivamento, acompanhando o entendimento da SDE de que (i) os efeitos da FPR sobre o bem-estar são ambíguo; (ii) via de regra há uma mitigação da "dupla marginalização" em decorrência da prática de FPR, pois o agente a montante tem o interesse de reduzir a margem do agente a jusante, (iii) a conduta só pode ser explicada (a) em mercados em que haja razoável competição intermarcas (principalmente para evitar efeito carona no serviço ou na publicidade) ou (b) como instrumento facilitador de cartel; (iv) a conduta não pode ser tratada como

ilícito *per se* no Brasil; e (v) mesmo não havendo a comprovação de eficiências no caso concreto, também não há prova de que a prática de FPR teve o intuito de promover a coordenação ou foi efetivamente seguida.

Em seguida, o então Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho, em voto proferido em 19.01.2010, faz uma referência ao direito norte-americano e especificamente ao caso conhecido como *Leegin*, no qual a Suprema Corte decidiu que os casos de *Resale Price Maintenance* (expressão em inglês para FPR) devem ser julgados sob a ótica da regra da razão e não mais pela regra *per se*. O Conselheiro demonstra que esta decisão tem sofrido críticas e ataques, não sendo, portanto, absoluta. Criticando o voto do Conselheiro Cesar Mattos, proferido anteriormente, o Conselheiro Vinicius Carvalho entende que não se pode acatar, em princípio, a licitude da FPR, muito embora, num exercício de inversão do ônus da prova, seja dado ao praticante da FPR a possibilidade de demonstrar a eficiência eventualmente acarretada. Aliás, "ao Cade ou à sociedade em geral talvez possa ser difícil realizar este tipo de prova, já que é uma questão complexa, que demanda expertise setorial. Se a empresa realizou este tipo de prática tida como suspeita, muito provavelmente ela tem muito mais condições técnicas para demonstrar o seu ponto de vista. O efeito imediato deste tipo de orientação é desincentivar aventuras de FPR sem uma justificativa muito firme e convincente e alegações frivolas no Cade. Serão aceitas como lícitas as FPR apenas excepcional e marginalmente".

O Conselheiro Vinicius Carvalho também dirigiu seu foco sobre a questão da participação de mercado, pois fora alegado que só poderia haver FPR com possibilidade de domínio de mercado. Aqui, analisando dados econômicos que, para ele, são indicativos da inexistência de concorrência intermarcas (em parte decorrente do aumento dos preços ao mesmo tempo em que a produção diminuiu), o Conselheiro entendeu que houve a chamada "colusão tácita" que acompanhou e provavelmente decorreu da FPR. Não se pode falar em cartel, mas numa possível facilitação da colusão. Aqui, o Conselheiro deixa claro que, "se tal prática é considerada *per se* ilícita ou se a mesma deve ser analisada por uma regra da razão rígida, em ambas hipóteses (...) tal conduta certamente está à margem da legalidade".

O Conselheiro Ricardo Ruiz, em voto proferido em 23.02.2011, circunscreve a questão à concorrência intramarcas e envereda pela verificação das eficiências alegadamente decorrentes da FPR. Não as encontra, pois define que as eficiências apenas seriam verificadas caso existisse, por exemplo, uma contrapartida da SKF, o que não restou comprovado nos autos.

Acompanhando a conclusão do Conselheiro relator Cesar Mattos, em voto de 31.08.2011, o Conselheiro Olavo Zago Chinaglia entendeu que o caso deveria ser arquivado, pois (i) descarta a existência de racionalidade econômica anticompetitiva decorrente da prática da SKF; e (ii) não é possível atribuir efeito líquido negativo a conduta investigada, pois (a) há precariedade no conjunto probatório, (b) não ficou demonstrada a existência de poder de mercado por parte da SKF, (c) a mera edição do documento pela SKF, estabelecendo preços mínimos de revenda, não é suficiente para configuração de ilícito; (d) é inadequada a transferência do ônus da prova de eficiências decorrentes da FPR; (e) estão ausentes os indícios comprobatórios de exercício abusivo de posição dominante; e (f) também não há que se falar em facilitação de conluio por parte da SKF, visto que sua política foi demandada pelos distribuidores e implementada por período curto.

O Conselheiro Fernando Furlan, em voto proferido em 14.12.2011, considerou que a eliminação da concorrência intramarca tem o condão de reduzir também a concorrência intermarcas, o que ocorreu sobretudo neste caso, face à análise dos dados econômicos de mercado feita pelo Conselheiro Vinicius Carvalho. Assim, "a elevação de preços é um dos resultados possíveis da elevação da concorrência intramarcas (...) havia potencialidade para que impactasse negativamente a concorrência intramarca ao sinalizar aos distribuidores a vontade do fornecedor de arrefecer a concorrência entre eles". O Conselheiro também alude à facilitação da colusão como decorrência da FPR.

O Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, em voto proferido em 30.01.2013, retoma a ilegalidade básica da FPR ao dizer que ela configura ilícito. Diz o Conselheiro que o arrefecimento da concorrência entre os revendedores pode ser considerado tácito, dependente, para o monitoramento, do agente externo. Sendo a conduta tácita, não há que se falar em cartel dos revendedores.

O Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, em voto proferido também em 30.01.2013, diz que a FPR deve ser analisada à luz de uma presunção relativa (*iuris tantum*, que admite prova contrária) de ilegalidade. Dentro desta relatividade da presunção, entende o Conselheiro que a parte acusada pode demonstrar “a inviabilidade completa da produção de dano concorrencial por inexistência absoluta de poder unilateral ou coordenado de mercado”. Esta prova poderia ser configurada, cumulativamente, (i) se a acusada não tivesse 20% do mercado (é fundamental observar que aqui o Conselheiro vale-se da presunção do art. 20 da Lei 8.884/1994, vigente na época dos fatos, que, igualmente foi mantida pela Lei 12.529/2011) e (ii) se nenhum dos distribuidores ou fornecedores tivesse posição forte (descrita como 75% de C4) no mercado. Aqui o Conselheiro examina as posições de mercado da acusada, que em dois casos chega a 30 e a 33%.

Esta é uma descrição muito pouco abrangente dos votos proferidos no caso SKF, até porque o maior objetivo deste comentário é o exame das consequências desta condenação e de como esta decisão do Conselheiro Marcos Paulo, que estabeleceu *standard* de análise da prática de FPR, pode ter impacto doravante. O primeiro impacto é claro: a FPR é, por presunção relativa, um ilícito concorrencial. O segundo impacto, embora menos evidente, bem demonstra que, de acordo com o voto do Conselheiro Marcos Paulo, a presunção deixa de ser relativa sempre que a participação de mercado for superior a 20% e quando algum dos distribuidores ou fornecedores envolvidos na conduta fizer parte do C4, o que significa a consideração conjunta da participação nos mercados a jusante ou a montante dos quatro principais agentes desses mercados, como se um único agente fossem, ser superior a 75%.

O voto do Conselheiro Marcos Paulo ainda indica que, estando presentes os critérios acima (participação individual de 20% e C4 de 75%), como defesa, o investigado deverá ser capaz de demonstrar, alternativamente, eficiências específicas decorrentes da prática de FPR, no sentido de que (i) essas eficiências não poderiam ser produzidas por outro acordo vertical ou outros meios distintos menos suspeitos; (ii) essas eficiências superam, claramente, nas condições do mercado envolvido, os riscos à concorrência decorrentes da prática; e (iii) resultem em comprovado benefício ao consumidor. Ademais, faz a ressalva de que essas defesas não devem ser aceitas pela autoridade quando esta puder provar que a iniciativa da prática de FPR decorreu da própria rede de distribuidores.

MAURO GRINBERG

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Advogado.

CAROLINA SAITO

Pós-graduanda em Direito Econômico na Fundação Getúlio Vargas. Advogada.

Processo Administrativo 08012.001271/2001-44.

Representada: SKF do Brasil Ltda. – advogados: Marcelo Procópio Calliari; Rogério Domene; André Luiz Bündchen; e outros.

Relator: Conselheiro Cesar Costa Alves Mattos.

Voto-Vista: Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho.

Ementa: Fixação de preços de revenda. Enquadramento nos arts. 20, I, e 21, XI, ambos da Lei 8.884/1994.^{NE} Prática que pode ter caráter tanto colusivo como unilateral. Mercados possivelmente afetados de rolamentos, retentores, graxas, lubrificantes e afins, ferramentas em geral, equipamentos de monitoramento, dentre outros. Embora não exista uma definição muito precisa do mercado relevante, verificaram-se diversos cenários sobre o mercado de rolamentos. Pareceres da SDE, da ProCade, do Ministério Público Federal e voto do conselheiro relator pela absolvição. Voto pela condenação da prática. Pagamento de multa e publicação da decisão em jornal de grande circulação.

VOTO-VISTA – Versão pública: Trata o presente Processo Administrativo da investigação a respeito de prática de fixação de preço de revenda feita pelas empresas “SKF e SKF do Brasil”. Inicialmente, saliento que embora o Voto do Conselheiro relator tenha feito menção a estas duas pessoas jurídicas, na realidade, apenas a SKF do Brasil foi citada, sendo que a matriz internacional não pertence ao pólo passivo.¹ Assim, este voto fará menção a apenas uma representada (SKF do Brasil Ltda., ou, simplesmente, SKF).

Noto que, no presente caso, tem-se como fato incontroverso que houve fixação de preços de revenda. A representada, todavia, alega que tal fixação não decorreu de uma imposição unilateral, mas que o referido pleito se originou dos próprios distribuidores. Assim, a SKF teria simplesmente “cooperado”, por um breve período de sete meses, entre 2000 e 2001, com os distribuidores de seus produtos, mediante solicitação dos mesmos, para fixar os referidos preços de revenda em patamar consensualmente estipulado.

Como documento específico da conduta, tem-se uma prova, juntada nos autos (f.), a respeito da fixação de preços de revenda, que estaria escrita da seguinte forma:

“Consensamos, nesta data, (...) após um debate entre todos os Distribuidores Autorizados SKF e SKF do Brasil Ltda que necessitamos das seguintes medidas preventivas (...).

NE. Nota do Editorial: Os arts. 20, I, 23, e 21, IV, V, e XI, foram revogados pela Lei 12.529/2011.

1. Após ter sido questionada a respeito de possível envolvimento da matriz internacional na aludida prática, a representada alegou que a “AB SKF é a empresa controladora do Grupo SKF e uma empresa holding e, dessa forma, não está envolvida de qualquer forma com as atividades da SKF do Brasil Ltda. ou com quaisquer outras subsidiárias do Grupo SKF localizadas na Suécia ou em outras jurisdições. O Grupo SKF opera por meio de suas subsidiárias locais nos diversos países em que o Grupo SKF vende seus produtos. Desta forma, as atividades desenvolvidas no Brasil são de responsabilidade da SKF do Brasil Ltda., dessa forma não há qualquer motivo que embase o envolvimento da SKF AB nesta investigação”.

2. Do *markup* a ser praticado

2.1 Os produtos contemplados por essas medidas preventivas englobam todos os da linha SKF, tais como rolamentos, retentores, graxas, lubrificantes e afins, ferramentas em geral, equipamentos de monitoramento, etc.

2.2 Fica consensado que o *markup* mínimo saudável, considerando vendas a vista, base VSM18 a ser praticado pela Rede de Distribuidores Autorizados Industriais da SKF do Brasil será de:

- DGBB: 1,45;
- Outros: 1,52;
- Mapro: Lista SKF

Único: Concordamos que os preços praticados não poderão estar abaixo desse patamar em hipótese alguma.

3. Da forma de monitoramento

3.1 O monitoramento dos Distribuidores Autorizados Industriais da SKF do Brasil será efetuado pela própria rede de distribuidores e da seguinte maneira:

3.1.1 Formatar processos com documentos comprovando a denúncia;

3.1.2 Em casos especiais, havendo evidências ainda que não sustentadas por documentos, a SKF fará auditoria.

3.1.3 SKF e “denunciantes” assumem a manutenção de sigilo total das informações.

4. Das penalidades

4.1 Fica consensado entre os Distribuidores SKF e a SKF do Brasil, que na constatação da violação das medidas aqui definidas, serão aplicadas as seguintes penalidades:

1.^a Ocorrência: advertência formal da SKF do Brasil;

2.^a Ocorrência: aumento de 5% no preço de venda SKF sobre todos os itens durante 60 dias.

3.^a Ocorrência: aumento de 10% no preço de venda SKF sobre todos os itens durante 60 dias. Havendo sobreposição de ocorrências, o aumento será cumulativo.

4.^a Ocorrência: aumento de 15% no preço de venda SKF sobre todos os itens durante 60 dias. Havendo sobreposição de ocorrências, o aumento será cumulativo.

5.^a Ocorrência: perda da distribuição autorizada.

6.1 A SKF do Brasil reconhece a validade das regras acima e as tornará imperativas para toda sua Rede de Distribuição Industrial.”

Em instrução complementar feita em meu gabinete, a SKF esclareceu que DGBB “é uma sigla para Deep Groove Ball Bearings, que é o tipo mais comum e simples de rolamento. Tendo em vista a simplicidade (natureza de quase commodity), o DGBB possui um percentual de *markup* menor que os outros tipos de rolamentos.

Por ser o tipo mais comum de rolamentos, ele é fabricado por praticamente todos os participantes do mercado". Já Mapro "refere-se a produtos de manutenção e esta categoria inclui aquecedores, lubrificantes, puxadores, entre outros". De acordo com a SKF "a lista que menciona Mapro nas (f.) dos autos corresponde à lista dos preços recomendados/sugeridos da SKF no momento da prática sob investigação" (p. 710 dos autos).

A instrução complementar, também, apurou a existência de 14 longas tabelas de preços, com validade em 16.11.2000; 23.11.2000; 07.12.2000; 05.02.2001; 12.02.2001; 19.03.2001; 26.03.2001; 09.04.2001; 02.05.2001; 09.05.2001; 21.05.2001; 01.06.2001; 13.06.2001; e 25.06.2001.

Existem várias teses defensivas que foram exploradas ao longo dos autos, sendo as principais (a) de que não foram impostas represálias contra desviantes; (b) de que se trata de infração impossível, em razão do baixo poder de mercado; e (c) de que existem ganhos de eficiência em razão da prática.

Com efeito, sobre as represálias, a SKF alegou que "nunca aplicou qualquer 'restrição comercial' ou 'penalidade', seja qual for o nome escolhido, que não a mera advertência formal" àqueles que se desviaram do *markup* combinado. Esclareceu-se, assim, que as poucas vezes que a SKF enviou comunicados para seus distribuidores que desviaram do combinado, "foram apenas alertas de descumprimento do que havia sido exigido e estabelecido pela rede de distribuidores, feitos por meio de cartas e sem qualquer implicação de outra natureza".

Quanto à impossibilidade da conduta, a SDE compreendeu que nos mercados de retentores, de ferramentas para manutenção e de equipamentos para monitoramento, a SKF não teria poder de mercado suficiente para impor qualquer tipo de prática vertical. Por outro lado, no mercado de rolamentos, considerando a ausência de informações mais precisas sobre a estrutura de mercado, a SDE optou por dar prosseguimento à análise. Concluiu que a prática de fixação de preços mínimos de revenda adotada pela SKF, "não obstante possa ter limitado a concorrência intramarca via preços, teve como efeito líquido o aumento de eficiência da rede de distribuição gerado pela ampliação da concorrência intramarca na dimensão qualidade de atendimento, pela eliminação do efeito carona e pelo consequente fortalecimento da concorrência intermarcas" (f. dos autos).

O Conselheiro Cesar Mattos, ao julgar este caso, teve um ponto de vista diferenciado sobre a questão. Para ele, "o parecer da Secretaria, embora aborde as eficiências que podem justificar a imposição de preços mínimos de revenda, não adentrou a discussão acerca da possibilidade de cobrar pela prestação dos serviços pré-venda de forma separada ou da assunção dos seus custos pelas próprias representadas". Não haveria, além disto, dados que comprovassem a "eficiência da restrição vertical que teria sido, eventualmente, imposta". Por outro lado, os pontos principais que levaram Cesar Mattos a decidir pela absolvição das representadas são os seguintes: (a) não há provas conclusivas no sentido de que a prática tenha sido efetivamente seguida – seja pelos distribuidores SKF, seja fora da própria rede

e (b) as representadas não teriam poder de mercado unilateral. Assim, no entendimento de Mattos, “embora não sejam precisos, os dados de *market share* que a SDE conseguiu angariar” [estes dados] “são suficientes para identificar que a SKF do Brasil não poderia, sem concertar-se com concorrentes, infligir qualquer ônus à concorrência” (grifo nosso). Quanto ao poder coordenado, Mattos avaliou existir elevada rivalidade intermarcas, o que tornava a presente prática “impossível” de ser perpetrada.

A Procuradoria do Cade, no mesmo sentido, avaliou que “a característica do mercado em que atua a referida empresa demonstra que, sendo deveras competitivo, impossibilita o efetivo domínio de um ou de mais de um produto – por mais alta que seja sua participação no mercado em um determinado tipo de segmento como rolamentos, retentores, graxas, lubrificantes, equipamentos de monitoramento e ferramentas em geral” (f. dos autos).

Tanto o MPF, como a ProCade, a SDE e o Conselheiro Cesar Mattos entenderam que este tipo de infração não pode mais ser considerada como *per se* ilícita. Neste sentido, pedi vista dos presentes autos para conseguir avaliar, com mais vagar, como compreender os argumentos de defesa, em especial a existência das eficiências no caso concreto, e a visão do relator que considerou a presente infração como “impossível”.

Não bastassem estas duas questões, considero que este precedente representa um marco extremamente relevante e traz consigo um questionamento que ultrapassa as fronteiras específicas desta infração, nos levando a pensar, de forma generalizada, sobre a forma como o SBDC irá se posicionar a respeito da conduta de fixação de preços de revenda em situações futuras.

2. Considerações sobre fixação de preço (e *markup*) de revenda

De acordo com o Conselheiro relator, o presente caso diz respeito à fixação de preço de revenda – FPR (ou, em inglês, *Retail Price Maintenance* – RPM). Aliás, a própria SDE explicitou que FPR possui um caráter triplice, abrangendo: (a) fixação de preço mínimo de revenda; (b) fixação de preço máximo de revenda; e (c) fixação de preço de revenda fixo.

Poder-se-ia argumentar que esta nomenclatura não é a mais adequada à presente discussão, já que, em realidade, não se está fixando, ao menos diretamente, os preços mínimos dos produtos transacionados. Todavia, ao se buscar fixar *markups* (ou seja, margens de lucro) mínimas de revenda aplicados a uma tabela pré-determinada, indiretamente, está-se fixando o preço mínimo de revenda. De qualquer maneira, a Legislação pátria repudia tanto a fixação de preços como a fixação de margens de lucro de revenda. O art. 21, XI da Lei 8.884/1994 dispõe que configura infração concorrencial a ação de: “impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros”.

Sobre a jurisprudência brasileira, há vários casos de “sugestão” de preços de revenda,² como o famoso caso Kibon (PA 148/1994). Mesmo nesta espécie de casos, de mera sugestão de preços, é possível existir uma preocupação se tabelas apenas sugestivas de preços conseguem (ou não) criar de mecanismos de coleta e disseminação de informações entre concorrentes que permitam ou induzam o paralelismo consciente ou colusão tácita (intra e entre marcas), sem que seja necessária a combinação expressa a respeito de preços, mesmo que tais tabelas sejam desprovidas de uma política de imposição de preços. Lembro, também, que esta Autarquia já julgou práticas de membros de uma associação, que, de comum acordo, estipularam preços, via tabela (que se intitulava sugestiva), mas mascarava um comportamento similar a cartel.³

2. No Processo Administrativo 103/1992, contra a representada Cimentos do Brasil S.A. – Cibrasa, conclui-se que a mesma não estipulava quantidades mínimas e/ou máximas de compra de cimento e que não sugeria preços finais de venda. No âmbito do, cuja representada era PA 91/1992 – Cia de Cimento do São Francisco – Cifrasa; do PA 89/1998 – Koerich S.A. Comércio de Automóveis, Amauri peças e Veículos Ltda e Volkswagem – Autolatina do Brasil; do PA 148/1994 – Kibon – Kraft Suchard Brasil S.A.; do PA 08000.018299/1996-86 (representados Livraria Eldorado Brasília Ltda. e Editora Ática S.A.) é possível verificar uma série de casos que versaram sobre tabelas meramente sugestivas de preços, sendo que as condições do mercado impediam qualquer dano anticompetitivo. No caso do PA 89/1998, ainda se verificou de uma sugestão de preços máximos, permitindo-se que os revendedores pudessem dar descontos e não havendo sanção àqueles que ultrapassassem o limite máximo.
3. No âmbito do PA 08012.007238/2006-32 (representados Associação das Auto-Escolas e Centros de Formação de Condutores de Campinas e Oswaldo Redaelli Filho); do PA 08012.000099/2003-73 (representados Auto Moto Escola Detroit, Auto Moto Escola Manhattan, Auto Moto Escola Indaiá, Auto Moto escola são Jorge, Auto Moto Escola São Judas Tadeu, Auto Moto Escola Gonzaga, Auto Escola Martins, Auto Moto Escola União, Auto Moto Escola Rallye, Auto Escola Orla, Auto Escola Estoril, Auto Escola Fátima, Pioneiro – Centro de Formação de Condutores Ltda. e Autotran – Centro de Formação de Condutores PA 08000.011520/1994-40 (representadas Sociedade de Medicina de Alagoas; Conselho Regional de Medicina do estado de Alagoas; Sociedade Alagoana de Radiologia; Sindicato dos Estabelecimento de Serviços de Saúde do Estado de Alagoas – Sindhospital). No âmbito do Processo Administrativo 53/1992, julgado em 31.06.1993, condenou-se a Associações dos Hospitais de Sergipe por ter elaborado uma tabela de preços de serviços hospitalares, induzindo seus associados à adoção de conduta uniforme. Compreendeu-se que “em matéria de concorrência, a própria existência de tabelas de preços constitui-se prova suficiente da ação coordenada e, para quem a organiza ou elabora, caracteriza conduta anticoncorrencial, que tem por objetivo o domínio do mercado e o prejuízo à concorrência”. Em 14.02.1996, o Plenário do Cade julgou denúncia contra a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização contra a Associação Médica Brasileira – AMB, a qual foi imputada a prática de influenciar a uniformização de conduta de entre

Todavia, situação diversa ocorre quando há “imposição” e não apenas “sugestão” de preços de revenda. A preocupação com este tipo de conduta é de longa data. Já, em 1938, o Dec.-lei 869, de 18 de novembro passou a disciplinar a proteção da economia popular, tipificando como crimes os acordos para imposição de preços de revenda (art. 3.º, I). Conforme explica Priscila Brólio Gonçalves, citando Benjamin Shieber, o Consultor Geral da República, Dr. Aníbal Freire elaborou parecer, aprovado por Getúlio Vargas, no sentido de que o contrato celebrado entre a *Standard Oil Co. Of Brazil* e seus distribuidores (proprietários de postos de gasolina) continha cláusula ilícita de fixação impositiva de preços de revenda.⁴

Também, conforme mencionado por Rodrigo Surcan dos Santos,⁵ em 1940, a sentença do Juiz Raul Machado puniu a aludida prática, *in verbis*: “para a consecução desse objetivo, se não havia uma coação legal decorrente do contrato ou ajuste, havia, sem dúvida, uma coação de ordem moral e outra de ordem comercial, pois, o negociante que infringisse a tabela organizada de preços de produtos odontológicos, vendendo-os por preço inferior, seria eliminando do quadro de sócios do Sindicato dos Comerciantes de Artigos Dentários do Rio de Janeiro, vendo-se, ainda, em sérias dificuldades para aquisição, com o fim de revenda, dos aludidos produtos, porquanto o Sindicato determinava aos seus associados “a completa cessação de relações comerciais com as irmãs que não pertencessem ao quadro social dos sindicalizados”. A acusação, neste caso, era de infração ao art. 3.º, I, do Dec.-lei 869, de 18.11.1938, “por terem celebrado ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor” (grifo nosso).

Posteriormente, tem-se que este repúdio aos preços de revenda consta do art. 2.º, VIII, da Lei 1.521, de 26.12.1951. É verdade que junto com esta proibição, também nasceu a exceção do controles de preços (com a Comissão Federal de Abaste-

concorrentes, através da elaboração, divulgação e recomendação de tabelas de honorários médios, utilizada em âmbito nacional por médicos, hospitais e serviços ambulatoriais (PA 61/1992). Para a relatora, Neide Terezinha Mallard, “não se requer seja impositiva a tabela. A conduta se materializa na medida em que, utilizando-se de sua indiscutível aptidão para influenciar seus afiliados, elabora tabela, divulgando-a e até recomendando-a, com o declarado objetivo de proteger a categoria dos médicos”. Já no âmbito do Processo 62/1992, contra a Associação dos Hospitais de São Paulo, se verifica um repúdio do Cade em relação a uma Associação que impõe tabela com propósito de influenciar adoção de conduta uniforme entre seus associados. Naquele precedente, entendeu-se não haver qualquer eficiência que justificasse a conduta.

4. GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição*. São Paulo: Singular, 2002. p. 273.
5. SANTOS, Rodrigo Surcan dos. *Resale Price Maintenance, suggested retail price e o caso Kibon: uma análise crítica do ponto de vista da doutrina norte-americana e europeia*. *Revista do IBRAC*. vol. 13. p. 127. 2006.

cimento de Preços, que podia, de forma lícita, tabelar preços máximos de revenda de mercadorias e serviços ao consumidor, conforme Lei 1.522 de 26.12.1951; sucedida pela Superintendência Nacional de Abastecimento – Sunab, em 1962 e pelo Conselho Interministerial de Preços – CIP, em 1968). Após, houve uma certa dúvida a respeito da antinomia da proibição de preços de revenda vis-à-vis o advento da Lei 4.137/1962, que, em seu art. 74 permitia que o Cade autorizasse acordos que tivessem por efeito “estabilizar preços”.

Na década de 1990, com a desregulamentação dos preços, a Política de Defesa da Concorrência se reestrutura e passa a proibir a prática de fixação de preços de revenda de forma muito clara, por intermédio do antigo art. 3.º, I, da Lei 8.158/1991 e, posteriormente, pelo já citado art. 21, XI, da atual Lei de Defesa da Concorrência.

Além da análise legislativa, pode-se verificar, do ponto de vista jurisprudencial, que ainda há alguns pontos a serem lapidados. Cita-se aqui o Processo Administrativo 08000.017766/1995-33, no qual a Fiat do Brasil S.A. havia estabelecido que seriam “tabelados os preços de venda dos produtos” que os seus concessionários deveriam praticar, sendo-lhes, na época, vedado conceder qualquer abatimento ou desconto, conforme item XI do contrato de distribuição.

Naquele caso, Lúcia Helena compreendeu que se tratava de “fixação de preços mínimos de revenda e não mera sugestão de preços. (...) na sua acepção clássica, fixação de preços de revenda (FPR) é definida como uma restrição vertical estabelecida contratualmente entre dois agentes econômicos integrantes de uma mesma cadeia produtiva, digamos, fabricante e distribuidor, no intuito de controlar o preço final vendido ao consumidor. *A FPR pode ter diversos objetivos: sustentar cartéis de fabricantes, distribuidores ou comerciantes; evitar o problema da dupla marginalização resultante da existência de monopólios sucessivos; estimular a provisão de serviços especiais; manter a qualidade do produto; e promover maiores esforços de vendas*”. Portanto, a FPR, que implica uniformização de preços e consequentemente restrição no leque de escolhas do consumidor, pode oferecer compensações (por exemplo, aumentar a qualidade dos serviços) ou não (por exemplo, facilitar o cartel). No mesmo voto do PA 89/1992, considerei que, a princípio, não existem eficiências ao consumidor decorrentes da conduta: *“além de estar preso à marca tem necessidade periódica de realizar revisões e aquisições de determinadas peças de reposição”* (grifo nosso).

Assim, em que pese o caráter dubio deste voto (que às vezes reconhece e às vezes nega a possibilidade de existir eficiências sobre esta conduta), como não houve investigação específica sobre FPR, o Cade se absteve de julgar a prática.

Todavia, no âmbito do Processo Administrativo 08012.004086/2000-21, envolvendo as representadas Gerdau S.A., Companhia Siderúrgica Belgo-Mineira e Siderúrgica Barra Mansa S.A., conhecido como cartel dos vergalhões, o então rel. Luis Alberto Esteves Scaloppe, não apenas julgou como condenou diversas empresas por esta conduta. O relator se pronunciou do seguinte modo: “quanto à

fixação dos preços de revenda, esta foi comprovada através do depoimento dos proprietários de distribuidoras independentes. Essa prática possui o condão de eliminar do mercado as distribuidoras independentes, que poderiam oferecer preços menores aos clientes. Tal fixação vai ao encontro dos interesses das representadas de criar suas próprias distribuidoras, com o crescente fechamento de distribuidoras independentes. Não se pode dizer que esta seja uma competição saudável e de interesse do mercado nacional”. Não obstante as referidas constatações e ciente de que o referido caso dos vergalhões englobava uma série de outras questões mais complexas, deve-se reconhecer que, neste âmbito específico não se fez qualquer ponderação de efeitos decorrentes da FPR.

Se, em alguns casos, o Cade chegou a aceitar a fixação de preços de revenda no mercado de cerveja (ver Processo Administrativo 08000.000146/1996-55 – cujas partes são Distribuidora de Bebidas Oásis de Cabo Frio Ltda. e Companhia Cervejaria Brahma) em outros casos, proibiu que as cervejarias estipulassem, na revenda, os preços das cervejas tidas como Premium em patamar superior aos preços das cervejas populares (ver AC 58/1995, entre Brahma e Miller Brewing Company e AC 122/1997 entre Cervejaria Reunidas Skol-Caracu S.A. e Carlsberb S.A.).

Todavia, não parece que exista uma discussão muito profunda sobre os requisitos para configurar ou não a ilicitude da FPR. Daí, entendendo que há necessidade de discutir três questões principais: (a) o papel dos mecanismos de coação para configurar FPR; (b) a avaliação da eficiência desta conduta; e (c) a existência ou inexistência de risco anticompetitivo associado.

2.1 Mecanismos de coação

No presente caso, entendeu-se que FPR necessita de coação. Ocorre que, como visto acima, uma organização criminosa pode combinar preços (tanto na revenda como na produção de bens), sem que seja estabelecido unilateralmente um sistema de sanções aos desviantes do cartel. Lembre-se, também, que práticas verticais com tabelas sugestivas podem representar danos à sociedade (mesmo sem imposição de sanções).

De todo modo, para que exista FPR, no seu sentido eminentemente vertical, é necessário que exista um comando para que se observe a política de precificação estabelecida. Assim, para descaracterizar a presente conduta, a SDE entendeu não haver “mecanismos de coação” que caracterizassem uma indução do *markup* mínimo sugerido. O Conselheiro relator, de forma semelhante, sugeriu o arquivamento do processo, por considerar que inexistem “provas de que os markups tenham sido, efetivamente, seguidos ou impostos”. Para embasar seu ponto de vista, citou Areeda e Hovenkamp, no sentido de que “sugestões que não sejam acompanhadas de mecanismos de coerção têm baixa probabilidade de evitar a prática de preços mais baixos por varejistas que desejem aumentar os seus lucros desrespeitando os preços sugeridos” (AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust Law – An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Aspen, 2004, vol. 8, p. 233-234).

Sem entrar no mérito sobre incentivos à colusão tácita advindos de tabelas eminentemente sugestivas, Areeda e Hovenkamp possivelmente estavam se referindo à permissão que existe num caso norte-americano, chamado caso Colgate [precedente extremamente formalista e controvertido], em que se admitiu, como lícita, a conduta de um distribuidor que simplesmente envia listas sugestivas, mas não combina, previamente, que se deva observar a referida lista como condição *sine qua non* para a existência da relação entre fabricante e revendedor.

No presente caso, ousou discordar da conclusão da SDE e do relator a respeito da inexistência de mecanismos de coação. A coação moral existe sim por parte da SKF. Utilizando-se de analogia com o Direito Civil, de acordo com Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho⁶ “coação moral (*vis compusvia*, *vis metus*) é a que resulta da intimidação ou da ameaça, em virtude da qual a pessoa enfraquecida em sua vontade ou na espontaneidade de querer, termina por acordar-se com os desejos de outra pessoa, para que se formule o ato jurídico pretendido”. Deste modo, o mero acordo ou a mera combinação entre fabricante e revendedores já previa uma série de ameaças aos desviantes do preço de revenda, com uma clara espécie de programa de estágios repressivos, que vão aumentando ao longo do tempo. Tais estágios se iniciam com uma correspondência formal sobre o descumprimento, podendo acarretar o aumento substancial do preço dos produtos da revenda. Caso tal prática se perpetue, há, ainda, a ameaça clara e explícita de desfiliação do revendedor da rede da SKF. Esta é sem sombra de dúvida uma coação existente, uma espada de Dâmocles sobre a cabeça dos revendedores, que – caso insistam em não observar a margem de revenda – poderão ser punidos pela sua conduta. Tal hipótese foge do escopo de proteção do caso Colgate, visto que se trata de um acordo *ex ante* sobre distribuição.

Também, estes estágios repressivos chegaram a ser iniciados, já que a SKF enviou advertências formais aos desviantes, lembrando-os do malfadado pacto e de suas inarredáveis consequências (ver f. dos autos em que a SKF reconhece ter enviado “alertas de descumprimento”). O fato de não ter se verificado o aprofundamento dos estágios repressivos, não significa que tais “alertas” não representassem coação ou mesmo não tenham tido qualquer efeito. Aliás, de acordo a interpretação da *Conseil de la concurrence*, na Décision 06-D-04 bis de 13.03.2006 relativa a práticas no setor de perfumaria de luxo, compreendeu-se que não há necessidade de estabelecimentos de represálias efetivas para configurar FPR como um ilícito:

“la jurisprudence exige seulement que soit prouvée la mise en place d’une police des prix fondée sur un système de contrôle par le fournisseur, les représailles ne constituant qu’une catégorie extrême dans les actes de cette police, parmi un large

6. FILHO, Nagib Slaibi; CARVALHO, Gláucia. *Vocabulário jurídico conciso*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 160.

éventail allant dès simples contrôles de prix, aux pressions, menaces de rétorsions et représailles effectives” (grifo nosso).

É equivocado argumentar, portanto, que represálias (como a desfiliação da rede ou a efetiva elevação de preço para desviantes) sejam elementos essenciais da conduta de FPR. De todo modo, compreende-se, assim, que a presente prática refere-se à imposição (e não simples sugestão) de margens de lucros mínimas, em uma cadeia verticalmente integrada.

2.2 Discussão sobre as justificativas da condutas: regra da razão ou *per se*

Considerando o escasso desenvolvimento jurisprudencial pátrio sobre a matéria e a recente efervescência internacional sobre as eficiências de FPR, entende-se ser interessante olhar a experiência do Direito Comparado para compreender melhor como outras jurisdições estão refletindo sobre este tema.

FPR nos Estados Unidos

Para Victor Calvete, a regra sobre FPR modificou-se diversas vezes nos Estados Unidos, sendo este fator, segundo sua interpretação, algo muito ruim à sociedade norte-americana:⁷

“pior do que uma regra má, é uma regra má que muda na pior altura: impedindo a FPR desde 1911 até 1937” [pelo precedente Dr. Miles] “numa altura em que os circuitos de distribuição eram muito atomizados, a Supreme Court criou um benefício para as empresas verticalmente integradas; permitindo a FPR” [por meio de Leis, como Miller-Tydings Act ou McGuire Act] “na medida em que os estados o quisessem, desde 1937 até 1975, a lei federal permitiu o lobbying a nível estadual (e, nessa medida, beneficiou diferenciadamente quem a ele melhor podia recorrer); voltando a proibir a FPR a partir dessa data” [via Consumer Goods Pricing Act] “a lei federal permitiu potenciar a tendência para a concentração na distribuição; voltando a admitir a fixação de preços mínimos de revenda, com base num juízo ad hoc, a partir de 2007” [pelo precedente Leegin] “o Supreme Court favorece a defesa dos circuitos de distribuição instalados face à ameaça das novas formas de distribuição virtuais, que muito ganhavam com a possibilidade de reduzir o preço dos bens vendidos (o que estavam em condições de fazer por poderem trabalhar com custos mínimos) – e foi ao encontro das convicções (podemos admitir que também dos interesses) dos 9.000 filiados na ABA que se dedicam às questões do antitrust”.

Independentemente das conclusões de caráter político, há de se concordar que houve grandes mudanças na forma como os Estados Unidos interpretam esta questão.

7. CALVETE, Victor J. Da ilicitude como uma das Belas Artes. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Ed., 2010. p. 67-121. De acordo com o site: [http://works.bepress.com/victor_calvete/2, verificado em 17 de dezembro de 2010].

Tudo começou com o caso *Dr. Miles Medical Co. vs. John D. Park & Sons Co.*, decidido em 1911 pela Suprema Corte norte-americana. Neste precedente, a empresa Dr. Miles Medical Company, estabelecida em Indiana, atuava na fabricação e venda de medicamentos, preparados por métodos e fórmulas secretas. A empresa vendia os seus medicamentos para intermediários farmacêuticos e atacadistas, que, por sua vez, os revendiam aos farmacêuticos varejistas. Para revender estes produtos, era necessário observar os preços mínimos e, conseqüentemente, as margens de lucro estipuladas. A Dr. Miles fez contratos com mais de quatrocentos intermediários e atacadistas e com cerca de vinte e cinco mil varejistas nos Estados Unidos, utilizando estes termos específicos.

A empresa ré, John D. Park & Sons Co., de Kentucky, era uma atacadista que se recusou a celebrar o contrato exigido que impedia a prática de descontos nos remédios transacionados. Resolveu comprar de intermediários por preços abaixo do mínimo estabelecido. Ou seja, a ré induziu diversos atacadistas verticalmente integrados com Dr. Miles a violarem a referida cláusula de preço mínimo. Neste sentido, a John D. Park & Sons Co. passou a comprar e revender estes remédios a um preço mais barato do que aquele utilizado pela cadeia vertical idealizada por Dr. Miles.

Em razão disto, a Dr. Miles entrou com uma ação para impedir esta quebra indireta dos seus contratos. Todavia a Suprema Corte compreendeu que a referida cláusula de preço mínimo não era válida, já que permitia, indevidamente, uma espécie de colusão no varejo, e “os acordos ou combinações entre revendedores, tendo por único objetivo a destruição da concorrência” [na revenda] “e à fixação de preços, são prejudiciais ao interesse público e sem efeito”.

No caso *United States vs. Colgate & Co.*, julgado em 1919, todavia, a Suprema Corte interpreta o caso Dr. Miles de forma um tanto peculiar, abrindo uma brecha para permitir fixação de preços de revenda. Este precedente versa sobre uma acusação contra Colgate & Co., empresa envolvida na fabricação de sabonetes e artigos de higiene, no sentido que a mesma buscava obter a adesão por parte de sua rede a respeito de preços mínimos de revenda. Caso dos revendedores não seguissem os preços indicados, a Colgate se recusava a continuar negociando com os mesmos. Nesta hipótese, a Suprema Corte considerou que a Colgate não forçava os revendedores a terem uma ou outra conduta. Ela apenas se recusava a continuar negociando com eles, estando tal prática de recusa em negociar dentro do escopo de sua liberdade empresarial. Assim, entendeu-se que o Sherman Act não impedia este tipo de conduta.⁸ Já, em *United States vs. Parke, Davis & Co.*, a Suprema Corte esclareceu que existem duas situações distintas: A primeira situação, legítima,

8. (*United States vs. Schrader's Son* – [<http://supreme.justia.com/us/252/85/case.html>]) e em 1922 (*Federal Trade Commission vs. Beech Nut Packing Company* – [<http://supreme.justia.com/us/257/441/case.html>]).

aconteceria em um ambiente no qual a empresa, após ter vendido seus produtos a um revendedor verifica que este se recusa a seguir os preços por ela fixados. Nesta situação, a empresa do *upstream* pode, legitimamente, não vender mais para este sujeito que desrespeitou suas normas internas, conforme mencionado no caso *Colgate*. Todavia, há uma segunda situação, esta sim ilegítima, que ocorreria quando há uma combinação prévia, ou seja, de forma antecipada, na qual a empresa do *upstream* impõe uma cláusula contratual, afirmando que ela irá negociar com o revendedor se, e apenas se, o preço fixado for observado.

Outro caso interessante foi o *United States vs. General Electric Co.*, julgado em 1926. Neste, a General Electric Company foi acusada de ter feito contrato com 21.000 agentes, para que estes vendessem suas lâmpadas elétricas com filamentos de tungstênio com preços fixados pela referida empresa. A Suprema Corte, por outro lado, considerou que a General Electric tinha a patente deste invento e – no caso de agentes específicos contratados pela empresa – não se poderia falar de fixação ilícita de preços. Os referidos agentes seriam uma espécie de *longa manus* da própria empresa. Por outro lado, no caso *Simpson vs. Union Oil Co. of California*, julgado em 1964, entendeu-se que um posto de gasolina revendedor não era um simples *longa manus* da empresa distribuidora de gasolina. A diferença se verifica porque, no caso *General Electric Co.* a empresa possuía uma patente legítima das lâmpadas com filamento de tungstênio e estava exercendo um monopólio legal sobre o referido produto, diretamente. Já, no caso do mercado de distribuição de gasolina, não havia tal proteção legal. Mais do que isto, havia uma coação clara, no sentido de que caso a empresa revendedora de gasolina não observasse os preços impostos pela distribuição, o contrato entre as empresas era automaticamente rompido.

Após toda esta digressão jurisprudencial é que se chega no caso *Leegin Creative Leather Products, Inc. vs. PSKS, Inc.* (“Leegin”) de 2007. Este caso foi citado tanto pela SDE como pelo Conselheiro relator para demonstrar que a fixação de preços de revenda nos Estados Unidos não é mais considerada uma prática *per se* ilícita.

Com efeito, desde *Dr. Miles*, FPR mínimo era uma prática ilícita *per se* (ver, por exemplo, os casos *United States vs. Trenton Potteries Co.*, 273 U. S. 392, 399.401 (1927); *Nynex Corp. vs. Discon, Inc.*, 525 U. S. 128, 133 (1998)). Tal regra foi a que perdurou por quase um século. Todavia, em 2007, a Suprema Corte revisou *Dr. Miles* e preferiu analisar FPR, de forma casuística, consoante a regra da razão. Aliás, muitas foram as vozes que se levantaram contra *Dr. Miles*. O integrante da Escola de Chicago, Robert Bork, in *The Antitrust Paradox – A Policy at War with Itself*, The Free Press, New York, 1993, p. 32-33, alegou que “raramente é possível identificar um decisivo passo em falso que controlou todo um ramo do Direito”, tanto nos Estados Unidos como no resto do mundo. Também, Richard Posner, in *Law – Second Edition*, The University of Chicago Press, Chicago, 2001, p. 189 considerou que tal decisão repretava “um triste erro”. Outros doutrinadores, que não pertencem a Escola de Chicago, tiveram opinião semelhante. Handler Milton

considerou que a regra do caso Dr. Miles era “o erro mais gritante em todo o anti-truste”. Herbert Hovenkamp, in *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*, Harvard University Press, Cambridge, 2005, p. 186, classificou a decisão de Dr. Miles como “o desenvolvimento mais infeliz na normatização da manutenção de preços de revenda”.⁹

Ocorre que estes posicionamentos não são pacíficos e há também muitos que defendem que a decisão de Dr. Miles estava correta, incluindo alguns membros do FTC. Aliás, a decisão da Suprema Corte de 2007 não foi unânime e houve muitos Ministros que votaram contra a referida mudança de opinião. Há de se reconhecer, todavia, que este episódio foi um tanto quanto desconcertante. De acordo com Victor Calvete “o embaraço com a decisão do caso Leegin, equivale, aproximadamente, ao de ver o Papa excluir um dos mais venerados santos do altar”.¹⁰

Eis o porquê da necessidade de compreender melhor este debate próprio do Direito Comparado, especificamente sobre este caso Leegin tão controverso, que está abaixo transcrito.

“A Peticionária, Leegin Creative Leather Products, Inc. (Leegin), projeta, fabrica e distribui produtos de couro e acessórios. Em 1991, Leegin começou a vender cintos com a marca Brighton. A marca Brighton foi ampliada para uma variedade de acessórios de moda feminina. É vendida nos Estados Unidos em mais de 5.000 estabelecimentos de varejo, a maior parte independentes, pequenas boutiques e lojas especializadas. (...). Leegin afirma que, pelo menos para os seus produtos, os pequenos varejistas tratam melhor os clientes, prestam mais serviços e tornam a sua experiência de compra mais satisfatória do que os maiores varejistas impessoais. Kohl explicou: Nós queremos que os consumidores tenham uma experiência diferente do que entrar no Sams Club ou no Wal-Mart. E você não consegue obter esse tipo de experiência ou de apoio ou de serviço ao cliente em uma loja como a Wal-Mart. O Reclamado, PSKS, Inc. (PSKS), opera a Kays Kloset, uma loja de vestuário feminino em Lewisville, Texas. A Kays Kloset comprava de aproximadamente 75 fabricantes diferentes e, ao mesmo tempo, vendia a marca Brighton. A PSKS começou a comprar bens de Leegin Brighton em 1995. (...) A Brighton foi a marca mais importante da PSKS, uma vez que esta respondia por 40 a 50 por cento dos seus lucros. Em 1997, a Leegin Brighton instituiu uma política de promoção de preços de varejo. Seguindo a política, a Leegin se recusou a vender a varejistas que revendiam os produtos da Brighton abaixo dos preços sugeridos. A política continha uma exceção para os produtos que não vendiam bem e que o vendedor não tinha planos de reordenamento. Na carta aos varejistas quanto à sua política de preços, Leegin declarou: Nesta época de mega lojas como Macy's, Bloomingdales, May Co. e outros, os consumidores estão perplexos com promessas de qualidade

9. CALVETE, Victor J. Op. cit.

10. CALVETE, Victor J. Op. cit.

e suporte de produto que nós acreditamos que estão faltando nessas lojas grandes. Os consumidores estão mais confusos com a venda sempre popular, venda, venda, etc... Na Leegin, optamos por romper com este padrão através da venda nas lojas especializadas. Lojas especializadas podem oferecer ao cliente mercadorias de grande qualidade, um serviço excelente, além de suporte por 365 dias por ano, de forma consistente. Sabemos que metade da equação refere-se à produção da Leegin e a outra metade é você, nosso revendedor, criando grandes lojas à procura de vendas dos nossos produtos com qualidade. A Leegin adotou a política de dar aos seus revendedores margens suficientes para fornecer aos clientes o serviço central de sua estratégia de distribuição. Ela também expressou preocupação de que o desconto prejudica a imagem da Brighton como marca de reputação. Um ano depois de instituída a política de preços Leegin, a mesma introduziu uma estratégia de *marketing* conhecida como 'Heart Store Program' (...). Ela oferecia incentivos para os varejistas para se tornarem 'lojas coração' e, em troca, os varejistas se comprometiam, entre outras coisas, a vender pelos preços da Leegin. A Kay's Kloset tornou-se uma loja Coração logo após a Leegin ter criado o programa. Depois, um empregado da Leegin visitou a loja e não a achou atraente. As partes parecem ter concordado que a Kay's Kloset não seria uma loja de Coração para além de 1998. Apesar de perder esse status, a Kay's Kloset continuou a aumentar suas vendas de Brighton. Em dezembro de 2002, a Leegin descobriu que a Kay's Kloset tinha dado descontos da linha inteira da Brighton em até 20 por cento. A Kay's Kloset alegou que os produtos colocados à venda da Brighton neste patamar se justificavam para competir com os varejistas próximos que também subcotavam os preços sugeridos da Leegin. A Leegin, no entanto, solicitou novamente que a Kay's Kloset cessasse o desconto. O seu pedido foi recusado, motivo pelo qual a Leegin parou de vender para a referida loja. A perda da marca Brighton teve um impacto negativo considerável na receita das vendas da Kay's Kloset. Por este motivo, a PSKS processou a Leegin na United States District Court do Distrito Leste do Texas. Alegou, entre outras questões, que a Leegin tinha violado as leis antitruste. Entrou em acordos com os varejistas para cobrar apenas os preços fixados pela Leegin. A Leegin introduziu testemunho de especialistas que descreveram os efeitos favoráveis à concorrência da sua política de preços. O Tribunal de Justiça do Distrito, invocou a regra *per se* criada pelo precedente de Dr. Miles. A PSKS, no julgamento, argumentou que o programa relativo à lojas Coração teria, entre outras coisas, demonstrado que a Leegin e os seus revendedores combinaram em fixar os preços de revenda. (...) O júri concordou com PSKS e concedeu indenização de US\$ 1.2 milhões. Em conformidade com 15 USC § 15 (a), o Tribunal Distrital triplicou os danos e reembolso PSKS pelos honorários advocatícios e pelas custas processuais. (...). O Tribunal de Apelações do Quinto Circuito afirmou a referida decisão. 171 Fed. Appx. 464 (2006) (*per curiam*). Em recurso, Leegin não contestou que havia entrado em fixação vertical de preços com seus revendedores. Em vez disso, sustentou que a regra da razão deveria ter sido aplicada a esses acordos. A Corte de Apelações rejeitou esse argumento, chegando a referida discussão à Suprema Corte Norte-Americana."

É apenas de posse destes dados históricos factuais que se consegue discutir, minimamente, o mérito da decisão da Suprema Corte Norte-Americana no caso *Leegin*. De um lado, a maioria dos Ministros da referida casa, capitaneados pelo Min. Kennedy, compreenderam que a regra da razão deveria ser aplicada ao caso concreto.¹¹ Por outra perspectiva, os Ministros Breyer, Stevens, Souter e Ginsburg afirmaram claramente que tinham dúvidas sobre a revisão de Dr. Miles, conforme se verifica a seguir.

Neste sentido, abaixo serão simplesmente relatados os argumentos da posição da Suprema Corte, especificamente sobre o caráter pragmático da referida questão, sem adentrar no mérito formal, se há ou não *stare decisis* em relação à Dr. Miles, ou seja, se este precedente constitui uma regra de caráter irrevogável.

Teoria favorável à flexibilização de *Dr. Miles*

Regra da razão rígida

A maioria vencedora na Suprema Corte norte-americana, capitaneada pelo Min. Kennedy, fez uma avaliação muito minuciosa sobre a questão das práticas de verticalização de mercado.

Inicialmente, argumentou-se que a Seção 1 do Sherman Act proíbe “todo contrato, combinação em forma de truste ou de outra forma, ou conspiração, em restrição ao comércio entre os Estados”. Todavia, pela interpretação atual, apenas as restrições que não são razoáveis é que são proibidas pelo referido instituto, conforme *State Oil Co. vs. Khan*, 522 U. S. 3, 10 (1997). Assim, a “regra da razão” é aceita como um *standard* para testar se uma prática restringe o comércio em violação à Lei Concorrencial. Por meio da referida regra, o analista pondera todas as circunstâncias do caso ao decidir se uma prática restritiva deve ser proibida ou não, não fazendo, deste modo, um juízo relativo à probabilidade de danos concorrenciais – conforme *Continental T. V., Inc. vs. GTE Sylvania Inc.*, 433 U. S. 36, 49 (1977). Vários são os fatores que devem ser considerados em tal ponderação, como as informações relevantes do negócio e o histórico da restrição, sua natureza e seus efeitos. Por exemplo, geralmente, se avalia qual o poder de mercado das partes envolvidas em uma restrição (especialmente vertical), para fins de análise antitruste (conforme *Copperweld Corp. vs. Independence Tube Corp.*, 467 U. S. 752, 768 – 1984). Por meio desta sistemática, distinguem-se as restrições com efeitos anticompetitivos, que retiram o bem estar das pessoas, das restrições que estimulam a competição e são boas para os interesses dos consumidores e da sociedade em geral. Todavia, a Suprema Corte compreendeu que a regra da razão não deve ser aplicada em todo e qualquer tipo de restrição. Com efeito, há, também, res-

11. Verificou-se uma revisão da regra *per se*, no âmbito da fixação de preços mínimos de revenda, de forma muito parecida ao que se verificou com a revisão da regra *per se* no âmbito da fixação de preços máximo de revenda, com o caso *State Oil Company vs. Bakat U. Khan Andkhan & Associates*.

trições que por si só (*per se*) já podem ser consideradas como categorias ilícitas, ou seja, que prescindem da avaliação sobre a razoabilidade da conduta, já que tais práticas sempre ou na grande maioria das vezes restringem a Concorrência (como fixação horizontal de preços).

Sobre o caso *Dr. Miles*, a Corte entendeu que o mesmo estava baseado em regras formalísticas da *Common Law* e não na avaliação dos efeitos econômicos da conduta. A decisão de *Dr. Miles* teria sido baseada em uma regra estipulada em 1628, sobre Propriedade Real, que não levou em conta as discussões de caráter pragmático sobre restrição vertical de preços. Compreendeu-se, nesta linha argumentativa, que a restrição vertical de preços – FPR pode ter vários efeitos positivos, dependendo das condições de mercado, conforme estabelecido em uma vasta literatura especializada (citou-se ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law and Economics of Product Distribution* 76 – 2006; H. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* 184.191 – 2005; R. Bork, *The Antitrust Paradox* 288.291 – 1978; F.M. Scherer & D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* 558, 3. ed. – 1990; T. Overstreet, *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence* 170 – 1983; Ippolito, *Resale Price Maintenance: Empirical Evidence From Litigation*, 34 *J. Law & Econ.* 263, 292.293 – 1991).

Kennedy entendeu que as justificativas para restrições verticais de preço são similares às justificativas das restrições verticais em sentido amplo. Para esta corrente, a prática restritiva vertical de preços pode estimular a competição intermarcas, ao reduzir a competição intramarca, dado que a mesma tem o potencial de encorajar distribuidores e varejistas a investir em serviços tangíveis ou intangíveis ou mesmo a auxiliar nos esforços promocionais do fabricante do *upstream*, posicionando o produto de forma diferenciada em relação aos seus rivais. Tal diferenciação de serviços daria aos consumidores mais opções, entre preços baixos e com atendimento de pouca qualidade ou preços elevados e com elevado grau de qualidade no atendimento ao consumidor. Para tanto, segundo a Suprema Corte, deveria ser enfrentado o problema dos *free-riders* (traduzindo-se, ainda que de forma imperfeita, como aproveitadores). Esta questão se verifica quando algumas lojas investem em *showrooms* muito caros, oferecendo demonstrações aos consumidores e/ou melhor treinamento de funcionários para demonstrar as qualidades do produto em questão, enquanto outras lojas atuariam apenas por descontos e se apropriariam, indevidamente, do investimento realizado na imagem ou na marca dos produtos ofertados, como ocorreu em *Leegin* (citou-se Posner, *Antitrust Law* 172.173 – 2. ed. 2001).

Do ponto de vista da competição intermarcas, a restrição vertical de preços, de acordo com alguns doutrinadores, poderia encorajar o fornecimento de serviços que não existiriam sem a referida margem pré-estabelecida (citou-se Mathewson & Winter, *The Law and Economics of Resale Price Maintenance*, 13 *Rev. Indus. Org.* 57, 74.75 -1998; Klein & Murphy, *Vertical Restraints as Contract Enforcement*

Mechanisms, 31 J. Law & Econ. 265, 295 – 1988; Deneckere, Marvel, & Peck, Demand Uncertainty, Inventories, and Resale Price Maintenance, 111 Q. J. Econ. 885, 911 – 1996).

Reconheceu-se, por outro lado, que este tipo de restrição pode ter efeitos anti-competitivos, como o incentivo à cartelização de um setor competitivo varejista. Um grupo de distribuidores pode entrar em um conluio para fixar preços e, posteriormente, compelir o fabricante no *upstream* a auxiliar o acordo ilícito com a política de manutenção de preços de revenda. Não haveria, assim, um interesse em estimular serviços ou promover a marca, mas dar vantagens a varejistas ineficientes. Os varejistas com melhores sistemas de distribuição e estruturas de baixo custo podem não querer cobrar os preços mais baixos, em razão de um acordo de FPR. (foi citado Marvel & McCafferty, The Welfare Effects of Resale Price Maintenance, 28 J. Law & Econ. 363, 373 – 1985). Mencionou-se que um cartel horizontal entre fabricantes ou entre os varejistas competidores que diminua a quantidade produzida, para aumentar preços é, e deve ser, uma prática ilícita *per se* (citou-se *Texaco*, 547 U. S., at 5; *GTE Sylvania*, 433 U. S., at 58, n. 28). Fez-se menção à hipótese de que um produtor ou um varejista com elevado poder de mercado no *upstream* pode ter interesse em impedir inovação na distribuição e poderá se utilizar da fixação vertical de preços para tanto. Também, a Corte alegou ser possível que um produtor do *upstream* seja coagido pelos distribuidores para fixar preços de revenda, caso o mesmo queira ganhar espaço na rede de distribuição, podendo tal coação ter efeitos perversos sobre a Concorrência. Outro alegado efeito anticompetitivo mencionado pela Corte diz respeito à hipótese de um fabricante do *upstream*, com poder de mercado, usar a fixação de preços de revenda para dar aos varejistas um incentivo a não revender os produtos de outros fabricantes menores do *upstream* ou para entrantes no *upstream*, tendo, como consequência uma espécie de fechamento do mercado de distribuição e uma diminuição da rivalidade no *upstream*.

Considerando estes efeitos contraditórios e simultâneos entre potenciais resultados pró e anticompetitivos, a maioria da Suprema Corte entendeu que a estipulação de preços de revenda, em alguns cenários, pode ser justificada, motivo pelo qual a regra da razão deve ser utilizada na referida análise. Todavia, os referidos Ministros da Suprema Corte fizeram uma ressalva importante, qual seja, a de que – neste tipo de conduta – “as consequências potencialmente anticompetitivas da restrição vertical de preços não podem ser ignoradas ou mesmo subestimadas”. Aliás, aparentemente, criou-se uma regra da razão diferenciada e mais rígida que a regra da razão comum, visto que se entendeu haver sérios perigos econômicos com a fixação de preço de revenda, devendo as cortes serem extremamente diligentes ao analisarem os impactos anticompetitivos da referida conduta. Assim, por meio deste entendimento, deve haver um “escrutínio mais cauteloso” se (a) houver outros produtores do *upstream* que adotem a prática de FPR ou (b) que tendam à colusão. Ademais, a Suprema Corte expressamente afirmou que se a iniciativa da

fixação de preços se originar dos revendedores e não do fabricante, há uma chance muito grande da mesma ser anticompetitiva:

“The source of the restraint may also be an important consideration. If there is evidence retailers were the impetus for a vertical price restraint, there is a greater likelihood that the restraint facilitates a retailer cartel or supports a dominant, inefficient retailer. See Brief for William S. Comanor et al. as Amici Curiae 7.8. If, by contrast, a manufacturer adopted the policy independent of retailer pressure, the restraint is less likely to promote anticompetitive conduct. Cf. Posner 177 (It makes all the difference whether minimum retail prices are imposed by the manufacturer in order to evoke point-of-sale services or by the dealers in order to obtain monopoly profits.). A manufacturer also has an incentive to protest inefficient retailer-induced price restraints because they can harm its competitive position”.

Considerando que, no presente caso, os revendedores sugeriram à SKF que fosse montado um sistema de fixação de margens de revenda, assim, mesmo pela aplicação da regra da razão rígida, ter-se-ia, de antemão, uma desconfiança expressa a respeito do caráter benéfico da aludida prática, caso o precedente *Leegin* seja utilizado, pelas autoridades brasileiras, como base analítica.

Teoria contrária à flexibilização de *Dr.Miles*

Regra per se

Em que pese a posição majoritária anteriormente mencionada, a Conselheira do FTC Pamela Jones Harbour¹² fez uma carta aberta à Suprema Corte em defesa da regra *per se* para casos de FPR.

Para a referida Conselheira, o que se buscou em *Leegin* era permitir a troca de lucros extras por serviços adicionais na revenda, por meio da conduta mencionada, que seria chancelada pela regra da razão em alguns casos. Todavia, ao afirmar que em alguns casos o cliente prefere trocar os seus descontos por serviços mais caros, a Corte estaria declarando que as preferências dos consumidores são falhas de mercado. Também, não seria correto o argumento de que alguns revendedores seriam “knives” ou “free-riders” (citou-se Frederic M. Scherer & David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 554 – 3. ed. 1990). Tais revendedores podem ter melhores localizações para vendas, podem prestar serviços de boa qualidade e informações, se forem eficientes e oferecerem produtos a

12. Tem-se notícia que esta foi uma iniciativa isolada, já que o FTC e o DOJ não apoiaram este ponto de vista, conforme se verifica na manifestação do Reino Unido na OCDE “Both the Department of Justice (DOJ) and the Federal Trade Commission (FTC) filed amicus briefs supporting a rule of reason approach. The two agencies argued that per se treatment should be reserved for behaviour that always, or almost always, reduces competition and reduces output and consumer welfare. Since the effects of RPM may be pro- or anti-competitive (as discussed below), they argued that per se treatment is inappropriate”.

preços de mercado. A fixação de preços mínimos iria impedir o aumento deste tipo de eficiências.

Seguindo entendimento similar, o Min. Breyer, juntamente com os Ministros Stevens, Souter e Ginsburg apresentaram uma decisão contrária à da maioria, ou seja, uma opinião dissidente, específica sobre o caso *Leegin*. Os Ministros citaram os potenciais perniciosos efeitos que podem decorrer deste tipo de prática, quando há revendedores que lidam tanto com uma marca ou com multimasas. Ao ter este tipo de conduta, impede-se que os consumidores usufruam preços mais baixos, por descontos na revenda (citou-se Areeda & Hovenkamp 1632c, at 319.321; Steiner, *The Evolution and Applications of Dual-Stage Thinking*, 49 *The Antitrust Bulletin* 877, 899.900 – 2004; Comanor, *Vertical Price-Fixing, Vertical Market Restrictions, and the New Antitrust Policy*, 98 *Harv. L. Rev.* 983, 990.1000 – 1985). Além disto, há a possibilidade de que a fixação de preços reforce padrões de comportamento que inibem a concorrência, facilitando a colusão tácita entre os agentes do mercado. (citou-se Areeda & Hovenkamp 1632d, at 321.323; P. Areeda & L. Kaplow, *Antitrust Analysis* 231.233, pp. 276.283 (4th ed. 1988) (hereinafter Areeda & Kaplow). Cf. *United States vs. Container Corp. of America*, 393 U. S. 333 (1969); Areeda & Kaplow 247.253, at 327.348).

Breyer citou um estudo muito interessante sobre o tema, trazendo evidências empíricas de quão problemática pode ser a aceitação da fixação vertical de preços.

Do ponto de vista empírico, o FTC analisou dados antes e após o *Consumer Goods Pricing Act* de 1975. O referido instrumento legislativo revogou o *Miller-Tydings Fair Trade Act* e o *McGuire Act*, impedindo, de vez, a possibilidade de fixação de preços mínimos nos estados. Antes de 1975, alguns estados podiam escolher autorizar a fixação de preços mínimos de revenda. Todavia, os 36 Estados que tinham a referida autorização possuíam preços de 19% a 27% superiores em relação aos 14 Estados que consideravam a prática como um ilícito *per se* (citou-se o Bureau of Economics Staff Report to the FTC, T. Overstreet, *Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence*, 160 – 1983).

Por outro lado, os supostos benefícios da referida conduta são: (a) a facilitação de novas entradas e (b) a melhoria do problema dos *free-riders*. Quanto à facilitação de entrada, a mesma diz respeito ao fato de que um fabricante pode contar com a rede de distribuição para criar novos produtos (repartindo o risco) e posteriormente dividirá parte do lucro do novo produto, permitindo a recuperação do investimento. O resultado pode ser um aumento da competição entre marcas, trazendo mais benefícios ao consumidor. Quanto aos *free-riders*, argumentou-se que é possível haver casos em que o fabricante apenas consegue sucesso se os varejistas de sua rede também investirem em lojas de qualidade, boa apresentação, criação de imagem, etc. Assim, alguns varejistas podem tomar carona nestes investimentos, poupando dinheiro e conseguindo mais lucros com isto.

Os economistas sugerem que há casos em que os preços de venda podem ser maléficos e outras vezes podem ser benéficos. Neste diapasão, os referidos Minis-

tros questionam: “antes de concluir pela aplicação da regra da razão, eu perguntaria tais questões da seguinte forma, quão frequente são os prejuízos e os malefícios de tal ocorrência? A discussão econômica, como estudos apresentados à Corte, podem auxiliar a prover respostas a tais questões, e ao fazer isto, a Ciência Econômica pode, e deve, contribuir com o Direito Antitruste. Porém, o Direito Antitruste não pode, e não deve, replicar, nos precisos termos, as visões (‘algumas vezes’ conflitantes) dos economistas. Isto ocorre porque o Direito, ao contrário da Economia, é um sistema administrativo cujos efeitos dependem de regras e precedentes apenas, considerando que são aplicados por juízes e jûris nas cortes ou por advogados que advertem seus clientes. E este fato significa que as cortes irão julgar, do ponto de vista administrativo, utilizando-se, algumas vezes, de regras per se sobre a ilicitude de prática, mesmo quando estas produzam benefícios” (citou-se F.M. Scherer & D. Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* – 3. ed. 1990, no qual os autores alegam que alguns acordos de fixação de preços horizontais podem ser mais benéficos à sociedade do que maléficis à Concorrência, mas que considerando os potenciais custos de se modificar uma proibição per se pela regra da razão, tal prejuízo pode ser socialmente aceitável).

Em consonância com Breyer, a FPR causa males com frequência e regularidade, mas não há certeza de quão comuns são os benefícios encontrados na referida prática. Aliás, Breyer entende que o argumento de *free-rider* não é um problema sério em muitas ocasiões. As pessoas, ao viajarem para uma certa cidade, podem se aproveitar (ou pegar carona), muitas vezes gratuitamente, das paisagens dos lugares onde passam ou mesmo da própria avenida que as leva ao destino final. Também, a comunidade inteira se beneficia livremente, por exemplo, de uma ampla gama de ideias, como a ideia da pessoa que criou o primeiro supermercado. Este efeito carona é indesejável questiona o Ministro da Suprema Corte norte-americana? De forma mais específica, Breyer afirma que alguém pode até imaginar um negociante que se recusa a prover serviços pré-vendas, não informando como o produto funciona ou não apresentando uma atmosfera própria para a venda (com lojas perfumadas, por exemplo), mas, nesta situação, o Ministro sustenta: “deixem o consumidor usar tais serviços gratuitos” (de *free-riders*), se beneficiando de um ambiente de um varejista que provê o referido benefício psicológico e mantém os preços altos, mas compra de um varejista com preços baixos. Tal avaliação estaria embasada em um ponto de vista pragmático, que verifica uma série de problemas de implementação da regra da razão ao caso concreto, que consiga distinguir como se dá o efeito carona (ou *free-rider*):

“All this is to say that the ultimate question is not whether, but *how much*, .free riding. of this sort takes place. And, after reading the briefs, I must answer that question with an uncertain .sometimes.. See, e.g., Brief for William S. Comanor and Frederic M. Scherer as *Amici Curiae* 6.7 (noting .skepticism in the economic literature about how often [free riding] actually occurs.); (...). How easily can courts identify instances in which the benefits are likely to outweigh potential harms? My own answer is, *not very easily*. For one thing, it is often difficult to

identify *who*, producer or dealer, is the moving force behind any given resale price maintenance agreement. Suppose, for example, several large multibrand retailers all sell resale-price-maintained products. Suppose further that small producers set retail prices because they fear that, otherwise, the large retailers will favor (say, by allocating better shelf-space) the goods of other producers who practice resale price maintenance. Who initiated this practice, the retailers hoping for considerable insulation from retail competition, or the producers, who simply seek to deal best with the circumstances they find? For another thing, as I just said, it is difficult to determine just when, and where, the free riding. Problem is serious enough to warrant legal protection. I recognize that scholars have sought to develop check lists and sets of questions that will help courts separate instances where anticompetitive harms are more likely from instances where only benefits are likely to be found. (...). But applying these criteria in court is often easier said than done. The Court's invitation to consider the existence of market power, for example, *ante*, at 18, invites lengthy time consuming argument among competing experts, as they seek to apply abstract, highly technical, criteria to often ill-defined markets. And resale price maintenance cases, unlike a major merger or monopoly case, are likely to prove numerous and involve only private parties. One cannot fairly expect judges and juries in such cases to apply complex economic criteria without making a considerable number of mistakes, which themselves may impose serious costs."

A partir desta reflexão, o Min. Breyer compreendeu que não deveria escolher naquele momento se a regra *per se* deveria ser abandonada, sendo necessário refletir um pouco mais sobre a questão.

EUA depois de *leegin*:

Foi construída uma regra clara ou há a volta de Miles?

Muitos foram os que fizeram objeções à revisão do caso Dr Miles.

Do ponto de vista de Projetos de Lei, faço referência que, em 30.07.2009, o House Judiciary Committee's Courts and Competition Policy Subcommittee aprovou a HR 3190, podendo, talvez, tornar a prática de FPR, novamente, ilícita *per se* nos Estados Unidos. Aliás, o senador Herb Kohl, de Wisconsin, havia, anteriormente, introduzido a S. 148, Discount Pricing Consumer Protection Act, no mesmo sentido. Tanto a Câmara como Senado, recentemente convocaram audiências para discutir especificamente esta matéria. Também, o presidente da FTC, Leibowitz e Christine Varney, da divisão antitruste do DOJ, indicados por Obama, aparentemente, manifestaram o seu apoio à tentativa de revisão legislativa de *Leegin*.¹³

13. Ver Richard Liebeskind and Joseph R. Tiffany Two Years After *Leegin*, Questions Remain on Lawfulness of Resale Price Maintenance De acordo o site: [www.pillsburylaw.com/siteFiles/Publications/053986E13BCE687E8E0CA54E89372048.pdf], verificado em: 19.01.2011

Em 2007, 35 procuradores gerais do estado apoiaram que se fosse revisto o mérito do caso *Leegin* e, em 14.04.2009, Maryland aprovou legislação expressamente ignorando a decisão *Leegin* no contexto estadual.

Outra avaliação tormentosa ocorreu quando o FTC, no caso *Federal Trade Commission (FTC) in the matter of Nine West Group Inc.*, buscou modificar uma decisão consensual no referido caso, adotando o standard de *Leegin*. Houve várias manifestações contrárias à revisão do caso *Nine West*. Outros casos julgados pelo FTC como *Poly Gram Holdings*; *North Texas Specialty Physicians* e *Realcomp* confirmam que a prática de FPR é “inerentemente suspeita” e que o padrão de prova para justificar a conduta deve ser muito robusto.¹⁴

Portanto, não parece completa a ideia de que atualmente, após *Leegin*, a utilização da regra da razão (sem nenhum tipo de rigidez) seja uma questão totalmente pacificada, conforme sustentado pelos órgãos instrutórios.

FPR na União Europeia

Na União Europeia, o art. 101 (1) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, estabelece que “1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os,

14. Ver *Bye Bye Bargains? Retail Price Fixing, the Leegin Decision, and Its Impact on Consumer Prices*, Subcommittee on Courts and Competition Policy, House Judiciary Committee (April 29, 2008); see also *The Discount Pricing Consumer Protection Act: Do We Need to Restore the Ban on Vertical Price Fixing?*, Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights, Senate Judiciary Committee (May 19, 2009). 18Ver *Executive Nominations*, Senate Judiciary Committee (March 10, 2009) (confirmation hearing for Christine Varney), Disponível em <http://judiciary.senate.gov/hearings/hearing.cfm?id=3700>. Ver carta do State Attorneys General, para o Senators Patrick Leahy, Specter, Kohl, et. al., *Re: Support for the Discount Pricing Consumer Protection Act (S. 2261)* (May 14, 2008).

20 Alan M. Barr, *State Challenges to Vertical Price Fixing in the Post Leegin World*, FTC Hearings on Resale Price Maintenance, Federal Trade Commission (May 21, 2009) at 3. Disponível em: [\[www.ftc.gov/opp/workshops/rpn/may09/docs/abarr.pdf\]](http://www.ftc.gov/opp/workshops/rpn/may09/docs/abarr.pdf). Md. Code Ann., Com. Law § 11-204 (2009). Ver *New York vs. Herman Miller, Inc.*, 08-CV-02977 (S.D.N.Y. March 25, 2008).

por esse fato, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos”.

Ocorre que, conforme o art. 101 (3), sempre é facultado às partes a apresentação de estudos que demonstrem que a prática em questão contribui para melhoria da produção ou da distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, de forma a seguir parâmetros de equidade e de preservação da concorrência. Ou seja, mesmo em casos de cartéis, há a possibilidade de se utilizar a referida defesa. (ver também o *Guidelines* de Restrições Verticais de 2000 e de 2010)

Além desta abordagem de efeitos, há tanto a regra de *minimis*, que estabelece que práticas verticais levadas a cabo por empresas com *market share* baixo não serão condenadas no âmbito antitruste, como a técnica chamada exceção em bloco, prevista no Regulamento 2790/1999 da Comissão Europeia [Block Exemption Regulation, ou simplesmente BER], que cria um porto-seguro (*safe harbour*) em relação a práticas verticais nas quais as empresas possuam menos de 30% de participação de mercado cumulativamente no downstream e no upstream. Trata-se de uma espécie de presunção de licitude. Todavia, as restrições verticais “*hardcore*” são apresentadas em uma espécie de “lista negra”, no art. 4.º do BER, e não podem ser incluídas neste tipo de exceção de bloco, tendo, também, uma avaliação diferenciada a respeito da regra de *minimis*.

Considerando tal sistemática, a FPR é o exemplo mais citado de prática vertical *hardcore*. Talvez, por isto, alguns autores consideram que a União Europeia utiliza-se da regra *per se* para o julgamento de FPR, sendo expresso este entendimento tanto pelo antigo *Green Paper on Vertical Restraints*¹⁵ como pelo Secretariado da OCDE na mesa redonda que tratou deste tema em 2008.¹⁶ Não obstante este ponto, o Secretariado esclareceu, conforme já mencionado anteriormente, que, do ponto de vista técnico, sempre é possível pleitear a defesa de eficiências em qualquer tipo de conduta na Europa. Todavia,

15. Ver Green Paper : “absolute territorial protection and Resale Price Maintenance (RPM) which may affect trade between Member States will not only continue to fall *per se* within Article 85(1) but are unlikely to be exempted”.

16. Ver OCDE – Policy Roundtable – 2008 – sobre Resale Price Maintenance – p. 48 em que o Secretariado da OCDE alegou que na Europa, “Setting minimum resale prices, however, is a practice that remains prohibited regardless of market share. In effect, RPM is treated as a *per se* infringement, at least with respect to minimum prices”. Já o representante da Holanda, neste mesmo evento, afirmou que não conseguia concluir com segurança se há ou não ilegalidade *per se* na União Europeia no que diz respeito a RPM.

na prática, no que diz respeito à conduta de FPR, as Cortes Europeias são extremamente receosas em relação a tais defesas (foi citado Kneepkens, Mart Kneepkens, *Resale Price Maintenance: Economics Call for a More Balanced Approach*, 28 *European Competition Law Review* 656, n. 3 e 4, 2007). Com efeito, a jurisprudência europeia reconhece os efeitos perversos na fixação de preços de revenda, (ver decisão da Corte Europeia em 1971 *Deutsche Grammophon vs. Metro* (Caso 78/1970), em 1986, in *SA Binon & Cie vs. SA Agence et Messagerie de la presse*, Caso 243/1983; também Caso *Pronuptia* – OJ 13, 15.01.1987, p. 39; Caso *Comp.f.1/36.516 Nathan-Bricolux*, 05/07/2000 – OJ L54/01; 23/02/2001; COMP/37.975 *PO/Yamaha*, 16/07/2003; *CEPSA Estaciones de Servicio SA vs. LV Tobar e Hijos SL*, caso C-279/2006). Aliás, para a Comissão Europeia é improvável que, individualmente, se configure a exceção prevista no art.101 (3) para FPR.

Mais do que isto, a União Europeia se posicionou no sentido de que as defesas relativas à FPR, com questões atinentes à melhoria das condições de entrada ou de *free-riding*, não são justificáveis no longo prazo ou, de forma mais ampla, em mercados já existentes e com marcas bem estabelecidas. Ao invés de prevenir a competição entre distribuidores, poder-se-ia, assim, pensar em formas diferenciadas de pagamento no que diz respeito à revenda, ou mesmo uma diferenciação de preços feita pelo fabricante aos revendedores mais eficientes e que investem mais.

Não bastasse este rigoroso ponto de vista, deve-se avaliar que as legislações nacionais aparentam ter tratamento diferenciado nesta matéria. Assim, há quem sustente que na França [desde o Regulamento de 30.06.1945, alterado pela lei de 18.06.1952],¹⁷ na Romênia [art. 5.º(1) da Lei de Concorrência] e na Espanha¹⁸ a prática de FPR é ilícita *per se*. Também, na República Checa, (por meio da decisão da Corte Regional em Brno No. 62 Ca 14/2006-34 de 31.01.2007 – *Jizerské pekárny* e 31 CA 71/2004-129 de 22.11.2005 – *Oskar Mobil*), considera-se irrefutável a presunção de que FPR é prejudicial à concorrência. Por outro lado, em outros países, como na Itália [art. 2.º e 4.º da Lei de Defesa da Concorrência Italia – Lei 287 de 10.10.1990], a referida conduta é analisada pela regra da razão.¹⁹ No Reino Unido, após março de 2000, quando entrou em vigor o *Competition Act* de 1998, revogando o *Resale Price Act* de 1976, a princípio, também, passa-se a admitir uma abordagem semelhante a da União Europeia como um todo, ou seja, mais tendente a analisar os efeitos da conduta.

17. Ver Green Paper on vertical restraints in EC Competition Policy.

18. Ver Comissão Europeia. XXVI Relatório sobre política de concorrência 1996 Green Paper on vertical restraints in EC Competition Policy.

19. Ver Green Paper on vertical restraints in EC Competition Policy.

No âmbito da Alemanha, de acordo com Priscila Brólio “o art. 14 da GWB proíbe os contratos que limitam a liberdade da parte de fixar preços e outras condições comerciais, tratando as cláusulas de fixação de preços mínimos e máximos de revenda como ilícitas per se.”²⁰ Todavia, não parece ser esta a postura alemã. Com efeito, tanto o Bundeskartellamt, da Alemanha, e o OFT, do Reino Unido, alegam que a União Europeia está trilhando a interpretação mais aceitável em considerar a prática de FPR por intermédio de uma presunção de ilicitude *iuris tantum* (ou seja, pelo objeto), não se devendo aplicar uma presunção de licitude *iuris tantum* norte-americana (ou seja, pelo efeito), conforme se verifica nos trechos abaixo:

Posição do Bundeskartellamt – “In the wake of the Leegin judgment, there are calls in Europe to stop regarding RPM as generally anticompetitive and introducing a rebuttable presumption in favour of its legality. The Bundeskartellamt is of the opinion that this would be a step in the wrong direction. The abovementioned arguments in favour of and against RPM show that RPM may generate efficiencies but also make it very clear that these efficiencies are often not sufficient to outweigh the severe restrictions in price competition which it causes. Consequently, jurisdictions have to weigh the risks and benefits and find solutions that are practical and manageable for competition agencies. In this respect it needs to be stressed that the approach towards RPM under the European and German rules differs considerably from the US per se approach that applied to RPM before the Leegin judgment. Under European law, it is presumed that RPM is anticompetitive. However, if companies come forward with evidence that a vertical agreement generates efficiencies that may fulfil the conditions of Article 81 (3) EC or § 2 ARC, the competition agency would have to make its case that the agreement is indeed anticompetitive. In view of the negative effects of RPM mentioned above, it does not seem justified to change this order of presenting evidence. More specifically, in the light of these effects, a (rebuttable) presumption in favour of RPM's legality would impose too heavy a burden on a competition agency or a plaintiff to establish that a specific RPM system has anticompetitive effects. Furthermore, given the limited resources available, cases of RPM that may merit being taken up under competition law would probably not be investigated. Moreover, a change does not seem justified since the alleged pro-competitive effects of RPM often do not materialise in the real world. What is more, such effects can mostly be achieved by measures that are less restrictive of competition. Consequently, the negative effects resulting from eliminating intra-brand competition are normally not outweighed by alleged pro-competitive effects. The Bundeskartellamt is therefore of the opinion that the current rules

20. GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição*. São Paulo: Singular, 2002. p. 261.

under EC law (which are mirrored by German law) address the RPM issue in an appropriate manner. To successfully invoke an efficiency defence, the thresholds of Article 81(3) EC have to be met”.²¹

“Posição do OFT – It is not yet precisely clear how the rule of reason approach will be applied in practice in the US. In particular it is not clear whether there will effectively be a rebuttable presumption of illegality (similar to EC ‘object’ cases) or whether there will be a full rule of reason assessment (more similar to EC ‘effect’ cases). It is also important to note that there is extensive private competition litigation in the US, with the DoJ and FTC bringing only a small fraction of the total number of cases taken. This is in sharp contrast to the EC and UK where the administrative system means that, at present, the vast majority of cases are taken by DG COMP or the national competition authorities. (...) *In the UK, as under EC law, RPM is presumed to be anti-competitive ‘by object’ with no requirement for an anti-competitive effect to be demonstrated.* There is little evidence from a UK casework perspective that would militate in favour of relaxing this presumption of anti-competitive effect:

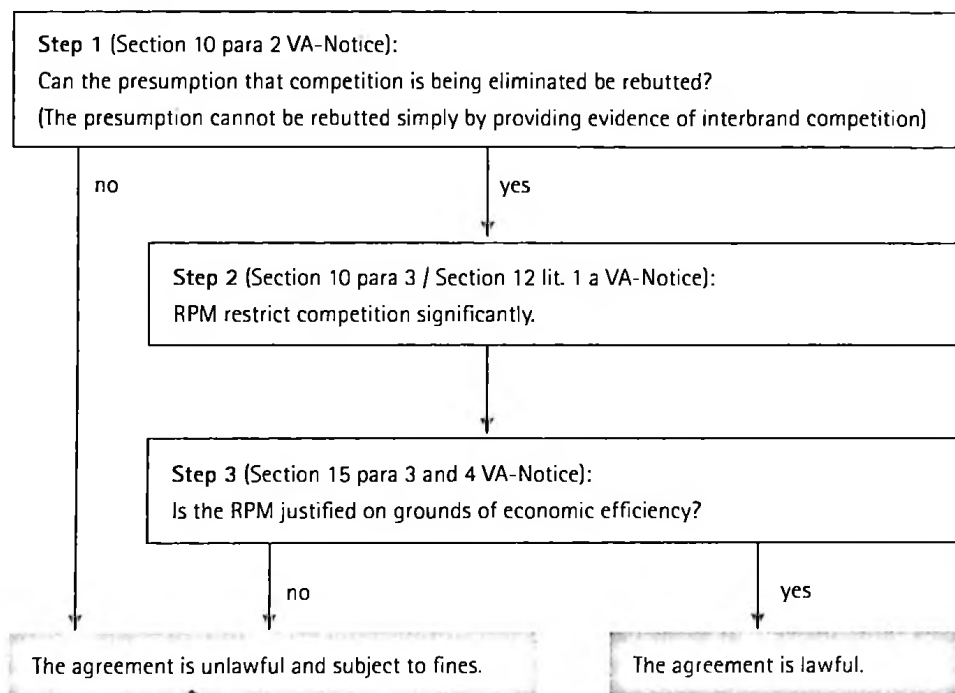
- While the economics literature on RPM highlights some efficiency benefits of RPM, our experience from UK book publishing has been that these efficiency benefits can be over-stated. As discussed above, this was one of the last sectors in the UK where RPM was legal. When RPM was removed, there were significant concerns about whether the efficiency benefits associated with RPM would be lost. In practice, we have instead seen an increase in book sales, in number of titles, in diversity of shopping experience, and we expect future increases in productivity.

- At the same time, whilst accepting the argument that RPM need not always have anti-competitive effects, the facts of the OFT’s cases against RPM on Replica Football Kits and Toys were clearly consistent with RPM having anti-competitive effects. There was a clear horizontal story of harm in both cases, and indeed in both cases the horizontal concerted practice was set out as a specific element of the case alongside the vertical RPM. (...) There may be occasions when RPM, viewed in the economic context, is not necessarily harmful or is indispensable for the efficient correction of incentive misalignment between vertically differentiated firms. The fact that RPM can be harmful in some circumstances, and beneficial in others, implies that interventions can potentially give rise to Type I errors (whereby pro-competitive and efficient activity is prohibited) and Type II errors (whereby there is too little enforcement and anti-competitive activity is insufficiently deterred). 29 Both types of error can have serious and long-lasting effects both on markets directly affected, and

21. Ver OCDE – Policy Roundtable – 2008 – sobre Resale Price Maintenance – p. 146.

on wider markets via the deterrent effect of interventions. It is important to think about these errors when choosing whether and where to intervene, and the OFT takes minimisation of Type I and Type II errors seriously. One way in which it does this is by applying a set of principles for prioritising its work. These focus on the impact and strategic significance of cases, and weigh this against the associated resource cost and risks. Carrying out this assessment intrinsically requires the OFT to establish a plausible theory of harm before taking forward any case, including RPM cases.”²²

A Suíça,²³ por seu turno, apresenta uma espécie de regra da razão estruturada e rígida sobre a matéria, conforme o gráfico abaixo:



Assim, na Suíça, três passos são observados para investigar se a FPR é lícita ou não.

Passo 1 – Inicialmente, há uma presunção de que acordos de FPR eliminam a concorrência efetiva, conforme Art. 5.º, § 4.º LCart. Por outro lado, para afastar

22. Ver OCDE – Policy Roundtable – 2008 – sobre Resale Price Maintenance – p. 204.

23. Idem, p. 190.

tal presunção, não basta alegar concorrência intermarcas (conforme Seção 10, § 2.º VA-Notice). É necessário que os preços não sejam transparentes, que não existam mecanismos de pressão, que seja uma lista de preços não vinculativa, dentre outras circunstâncias concretas, como por exemplo, justificativas sobre qualidade do serviço;²⁴ Não sendo possível afastar a presunção de ilicitude da FPR, a prática é considerada ilícita.

Passo 2 – Por outro lado, se for possível afastar esta presunção, mesmo assim, entende-se que esta espécie de acordo é prejudicial independentemente do *market share* (Seção 10, § 3.º e Seção 12 lit. a VA-Notice). Não é possível, portanto, aplicar a regra de *minimis rule* para FPR sob as leis Suíças.

Passo 3 – Apenas, então, analisam-se os efeitos econômicos da conduta, com propósito de avaliar se as eficiências na distribuição que compensam os prejuízos da prática; Por exemplo, avalia-se se há proteção contra *free-riders* ou resolução de problemas de dupla margem.

Outras jurisdições

A China (por meio do art. 18 do Fair Trade Act), a Coréia do Sul (por meio do art. 29 do Monopoly Regulation and Fair Trade Act of Korea – MRFTA), segue a proibição *per se* contra a fixação de preços mínimos de revenda.

Já, o México (por meio do Recurso de Revisão da Suprema Corte 2589/96, Grupo Warner Lambert México S.A de C.V. vs. Federal Competition Commission, que interpretou o art. 10 da Lei de Concorrência Mexicana) se utiliza da regra da razão para qualquer conduta unilateral.

Sabe-se que este debate internacional é muito grande e recente em uma série de outras jurisdições.

24. (ver artigo de Walter A. Stoffel, 2008, –Vertikalabsprachen und Marktabstimmung – Zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission,– presentation hold at the Geneva Conference –Economic Experts in Competition Law.– Available at [www.weko.admin.ch/publikationen/00276/VertBek_Redetxt_3.pdf?lang=de]. (Die Liste der Umstände – Der Grundsatz ist verbunden mit einer Auflistung von fünf konkreten Umständen, die bei der Einzelfallbeurteilung in der Regel eine Rolle spielen. Die fünf Umstände haben sich in der bisherigen Praxis des Sekretariates als problematisch erwiesen, vor allem wenn sie in der einen oder anderen Kombination vorkommen. Die Liste beginnt mit drei Umständen, die durch die Hersteller und Lieferanten beeinflusst werden können, und fügt diesen am Schluss zwei Marktcharakteristika an, welche auf eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung der Preisempfehlung hindeuten • eine nicht transparente Mitteilung der Empfehlung (1.), • die Verwendung von Druck und Anreizen zur Durchsetzung (2.), • und die fehlende Aussage über die Unverbindlichkeit der Empfehlung (3.); sowie alsdann • ein signifikant höheres schweizerischen Preisniveaus (4.), • und die tatsächlichen Befolgung der Empfehlung durch die Wiederverkäufer (5.).

Sinalização à sociedade brasileira

Entende-se relevante sinalizar se a prática de FPR é tolerável ou não à sociedade brasileira e, caso seja, em que medida há tolerância. Esta questão se torna mais interessante, levando em conta que o Conselheiro Cesar Mattos parece ter uma postura mais ousada que a experiência internacional, porque considera inexistir racionalidade econômica na conduta, *in verbis*:

“Suponha um monopolista no mercado upstream com vários revendedores (ou clientes de insumos no mercado downstream). Qual o possível interesse anticoncorrencial desse monopolista em forçar os seus revendedores em vender o produto por um preço mínimo? A resposta é nenhum. Isso porque o vendedor no mercado upstream que possua poder de mercado em relação a seus revendedores sempre preferirá exercer o seu preço de monopólio. E, para isso, não há qualquer necessidade de fazer um FPR [ou RMP] com preço mínimo. Na verdade, ao forçar um FPR de preço mínimo, o seu lucro cairá, enquanto o de seus revendedores aumentará. (...) [A] única forma de a FPR de preço mínimo ter propósitos anticoncorrenciais é se o mesmo estiver associado a uma prática cartelizada. (...) os revendedores no mercado downstream pressionariam o monopolista no mercado upstream para servir de ‘maestro’ do cartel. O único problema desse raciocínio, no entanto, é a falta de interesse do monopolista no mercado upstream de viabilizar um cartel no mercado downstream, dado que o seu lucro cairá.”²⁵

Ou seja, há aqui quase que um argumento circular, em que só é possível FPR configurar um ilícito se houver facilitação de cartel na revenda com força suficiente para se impor contra o monopolista do upstream. Todavia, na referida hipótese, se os revendedores têm tanto poder para fazer tal imposição, isto significa que os mesmos já estão cartelizados e não necessitam da FPR como instrumento de facilitação do cartel. Além disto, trata-se de uma infração teoricamente impossível, já que o monopolista não terá incentivos em ver seu lucro diminuir. Deste modo, quase que se retira do mundo jurídico a ilicitude da FPR.

Ora, com tão rico e grande debate internacional sobre esta conduta, alguns considerando como prática inerentemente suspeita e outros como prática ilícita per se, talvez seja precipitado iniciar uma nova corrente que considera esta conduta como lícita, independentemente de qualquer circunstância. Aliás, a conduta de FPR pode ocorrer mesmo na ausência de um monopolista no upstream e pode, por exemplo, facilitar um cartel no próprio upstream.

Assim, antes de categorizar a conduta, talvez seja interessante, em um contexto democrático, promover uma discussão ampla, transparente. No seio deste deba-

25. MATTOS, Cesar. *Fixação de preços de revenda (Resale-Price Maintenance – FPR): elementos para um roteiro de investigação*. vol. 8, 4, p. 27-66, 2001.

te, poderá ser discutido como as diversas estratégias de verticalização podem ser tratadas pela autoridade de defesa da concorrência, a saber: contratos de franquia, contratos de exclusividade, FPR, dentre outras.

No caso concreto, a prática de FPR está devidamente comprovada. Por enquanto, salvo melhor juízo, a postura europeia, que versa sobre uma ilicitude pelo objeto parece ser mais adequada. Isto se dá porque a postura europeia é mais cautelosa e conservadora, já que, ao mesmo tempo que reconhece a possibilidade de existir eficiência associadas a esta conduta vertical, também não representa uma mudança tão abrupta sobre a matéria, sem que se reflita, minimamente, a respeito com a sociedade a respeito deste tema. Aliás, os Estados Unidos é criticado pelo resultado que suas grandes mudanças de interpretação acarretaram no âmbito das estruturas verticalizadas.

Além disto, considerando o aspecto da regulação da risco anticompetitivos, entendo que – ao se inverter o ônus da prova – o representado terá que se preocupar, de forma muito mais aguerrida, em justificar a existência de concorrência intermarcas e de eficiências associadas. Ao Cade ou à sociedade em geral talvez possa ser difícil realizar este tipo de prova, já que é uma questão complexa, que demanda uma expertise setorial. Se a empresa realizou este tipo de prática tida como suspeita, muito provavelmente, ela tem muito mais condições técnicas para demonstrar o seu ponto de vista. O efeito imediato deste tipo de orientação é desincentivar aventuras de FPR sem uma justificativa muito firme e convincente e alegações frívolas no Cade. Serão aceitas como lícitas as FPR apenas excepcional e marginalmente.

Assim, mesmo admitindo que exista alguma espécie de justificativa atrelada, considero que caberia à SKF o ônus probatório da inexistência de risco anticompetitivo da aludida prática. Sobre este aspecto, irei discorrer na próxima parte do meu voto.

2.3 Análise do risco anticompetitivo

2.3.1 Definição de mercado relevante

As práticas verticais, geralmente, possuem mercado relevante alvo e origem da conduta.

Não obstante esta observação, não parece ter ocorrido uma definição precisa destes mercados até o momento.

A princípio, alguém poderia argumentar que, quanto à dimensão produto, os mercados afetados com a prática seriam os de produção (origem) e de revenda (alvo) de (a) rolamentos, (b) retentores, (c) ferramentas para manutenção e (d) equipamentos de monitoramento. Todavia, no AC 08012.002669/2002-89 (j. 14.05.2003), entre NKS Ltd. e Timken, o então rel. Miguel Barrionuevo adotou o parecer da Seae, definindo o mercado relevante como de rolamentos anti-fricção, subdivididos em rolamentos de esferas, cônicos e cilíndricos.

A SKF sustenta que o mercado relevante de rolamentos deve ser subdividido em (a) rolamentos para a indústria automotiva; e (b) rolamentos para outras aplicações industriais, visto que tal interpretação foi adotada pela Comissão Europeia em uma série de casos (tais como INA/FAG, Timken/Torrington e a NTN/SNR).

Ou seja, não parece haver uma delimitação do mercado, na dimensão produto, de forma consistente. Aliás, rolamentos podem ser segmentados das mais variadas formas, por exemplo: rolamentos de esferas (“Ball bearings”);²⁶ rolamentos de auto alinhamento (“self-aligning roller bearings”); rolamentos cônicos (“tapered roller bearings”); rolamentos cilíndricos (“cylindrical roller bearings”); rolamentos de agulha (“needle roller bearings”); dentre outros possíveis.

Embora exista esta grande diversidade de formas de segmentação do mercado, não houve um estudo aprofundado sobre a matéria, sendo ônus da requerente demonstrar sua participação de mercado, já que a tese defensiva é centrada neste conceito.

Veja que há uma série de problemas na forma como o mercado foi agregado. Por exemplo: No âmbito dos rolamentos esféricos de sulcos profundos (DGBB), as partes alegaram que se trata de uma “quase commodity”. Todavia, ao verificar a tabela de preços imposta pela SKF, no dia 13.06.2001, é possível verificar que na família DGBB há rolamentos que, sob o ICMS de 18%, como o 6004-Z, custavam R\$ 8,00 (oito Reais) e outros como o 618/630-MA custavam R\$ 38.287,60 (trinta e oito mil, duzentos e oitenta e sete Reais e sessenta centavos). Ambos pertencem aos rolamentos industriais. Aliás, o 23022 CC-C3/W33, da família SRB, tinha preço tabelado de 968,30 (novecentos e sessenta e oito Reais e trinta centavos). Por outro lado, o 23288-CAK-C3/W33, sob as mesmas condições, também da família SRB, estava tabelado com o preço de R\$ 134.253,12 (cento e trinta e quatro mil, duzentos e cinquenta e três Reais e doze centavos). Todas estas peças estão dispostas nas mesmas tabelas de preços. Verifica-se, desta forma, que tais tabelas se referem a bens extremamente heterogêneos. Aliás, mesmo quando comparados, dentro da mesma “família” e dentro de peças industriais, é possível encontrar uma grande disparidade de preços. Tal disparidade na precificação também se verifica quando se comparam os rolamentos automotivos.

Para comprovar este argumento, abaixo foi possível elencar uma pequena amostra da longa tabela de preços:

26. Ver também rolamentos de sulcos profundos (*deep groove Ball bearings*); rolamentos de três e quatro pontos (*three-point/ four point contact ball bearings*) e rolamentos de pressão (*thrust ball bearings*).

Parte da tabela com validade de 25.06.2001 – Peças industriais

DESCRIÇÃO	1% ICM	17% ICM	1% ICM	17% ICM	CURVA ABC	FAMÍLIA
09074 O	47,28	46,71	44,06	41,68	S	TRB
1008593 A	280,82	277,44	261,67	247,61	X	Mancais, acessórios
1009030 A	294,18	290,64	274,13	259,39	X	Mancais, acessórios
1077589	1.658,13	1.638,15	1.545,09	1.462,03	X	Kits, Ferramentas
1077589/2	3.744,18	3.699,07	3.488,89	3.301,33	X	Kits, Ferramentas
1077600	109,34	108,02	101,90	96,41	X	Mancais, acessórios
1077600-1	38,83	38,36	36,18	34,24	X	Mancais, acessórios
1077600-1A	32,60	32,21	30,37	28,73	X	Mancais, acessórios
1077601	71,03	70,17	66,19	62,62	X	Mancais, acessórios
108 TN9	48,25	47,67	44,95	42,53	S	SABB
11204 ETN9	89,92	88,84	83,79	79,29	S	SABB
11205 TN9	106,89	105,60	99,60	94,25	S	SABB
11205 TN9	115,56	114,17	107,69	101,91	S	SABB
11207 TN9	150,25	148,44	140,01	132,48	S	SABB
11209 TN9	204,03	201,57	190,12	179,89	S	SABB
11212 TN9	346,75	342,57	323,10	305,73	S	SABB
11590/11520/O	29,65	29,29	27,63	26,15	A	TRB
11X30206 A DB	89,14	87,08	82,14	77,72	S	TRB
1200 ETN9	38,85	38,38	36,20	34,25	B	SABB
1201 ETN9	38,83	38,36	36,18	34,24	B	SABB
1202	38,83	38,36	36,18	34,24	S	SABB
1202 ETN9	35,21	34,79	32,81	31,04	B	SABB
1203	38,85	38,38	36,20	34,25	S	SABB
1203 ETN9	38,85	38,38	36,20	34,25	B	SABB
1204 ETN9	48,58	47,99	45,27	42,83	A	SABB
1205 EKTN9	48,60	48,01	45,29	42,85	S	SABB
1205 EKTN9/C3	48,60	48,01	45,29	42,85	S	SABB
1205 ETN9	48,60	48,01	45,29	42,85	A	SABB
1205 ETN9/C3	48,60	48,01	45,29	42,85	S	SABB
1205 EKTN9	58,28	57,58	54,31	51,39	A	SABB
1205 EKTN9/C3	58,28	57,58	54,31	51,39	B	SABB
1206 EM	245,61	242,65	228,86	216,57	S	SABB
1206 ETN9	58,28	57,58	54,31	51,39	A	SABB
1206 ETN9/C3	58,28	57,58	54,31	51,39	B	SABB
1207 EKTN9	68,05	67,24	63,42	60,01	A	SABB
1207 EKTN9/C3	68,05	67,24	63,42	60,01	A	SABB
1207 ETN9	68,05	67,24	63,42	60,01	B	SABB
1208 EKTN9	80,66	79,69	75,16	71,12	A	SABB
1208 EKTN9/C3	80,66	79,69	75,16	71,12	A	SABB
1208 ETN9	80,66	79,69	75,16	71,12	B	SABB
1209 EKTN9	91,98	90,87	85,71	81,10	A	SABB
1209 EKTN9/C3	91,98	90,87	85,71	81,10	A	SABB
1209 ETN9	91,98	90,87	85,71	81,10	B	SABB
1210 EKTN9	108,86	107,55	101,44	95,98	A	SABB
1210 EKTN9/C3	108,86	107,55	101,44	95,98	A	SABB

Parte da tabela com validade de 25.06.2001 – Peças industriais

DESIGNAÇÃO	16% IONS	17% IONS	18% IONS	19% IONS	CURVA ABC	FAMÍLIA
22356 CCKW33	34 578.97	34 162.36	32 221.37	30 488.98	S	SRB
225147 M	206.45	203.96	192.35	182.02	S	TBB
226400	3 545.99	3 503.27	3 304.22	3 126.58	X	Kits. Ferramentas
227957 A	1 706.33	1 685.77	1 590.00	1 504.50	X	Kits. Ferramentas
227958 A	1 678.85	1 658.62	1 564.40	1 480.28	X	Kits. Ferramentas
230.500 CA/C08W509	44 786.43	44 246.83	41 732.89	39 489.10	S	SRB
230.500 CA/C3W33	41 078.00	40 583.08	38 277.30	36 219.28	S	SRB
230.500 CA/V33	41 078.00	40 583.08	38 277.30	36 219.28	S	SRB
230.500 CAK/C3W33	41 078.00	40 583.08	38 277.30	36 219.28	S	SRB
230.500 CAK/V33	41 078.00	40 583.08	38 277.30	36 219.28	S	SRB
230.530 CAK/V33	52 796.17	52 160.07	49 196.54	46 551.45	S	SRB
230.560 CA/C08W509	64 145.74	63 372.90	59 772.29	56 558.58	S	SRB
230.560 CAK/V33	62 571.73	61 817.85	58 305.58	55 170.75	S	SRB
230.600 CA/C08W509	48 139.53	47 559.54	44 857.30	42 445.61	S	SRB
230.630 CAK/V33	58 837.21	58 128.33	54 825.59	51 877.96	S	SRB
230.670 CAK/V33	116 748.58	115 341.97	108 788.66	102 939.56	S	SRB
2301	97.21	96.04	90.58	85.71	S	SABB
2302	50.00	88.92	83.87	79.36	S	SABB
2302 E-2RS1TN9	97.21	96.04	90.58	85.71	S	SABB
23022 CC/C3W33	968.30	956.63	902.28	853.77	S	SRB
23022 CC/C4W33	1 300.25	1 284.58	1 211.60	1 146.46	S	SRB
23022 CCAW33	944.60	933.22	880.20	832.88	B	SRB
23022 CCK/C3W33	944.62	933.24	880.22	832.89	S	SRB
23024 CC/C3W33	1 046.13	1 033.53	974.81	922.39	B	SRB
23024 CC/C4W33	1 076.91	1 063.94	1 003.50	949.53	S	SRB
23024 CCAW33	1 046.13	1 033.53	974.81	922.39	B	SRB
23024 CCK/C3W33	1 079.03	1 066.03	1 005.48	951.41	S	SRB
23024 CCK/V33	1 079.03	1 066.03	1 005.48	951.41	S	SRB
23026 CC/C3W33	1 302.10	1 286.41	1 213.32	1 148.10	B	SRB
23026 CC/C4W33	1 356.25	1 339.91	1 263.78	1 195.83	S	SRB
23026 CCAW33	1 358.28	1 341.92	1 265.66	1 197.62	B	SRB
23026 CCK/C3W33	1 400.78	1 383.90	1 305.29	1 235.10	S	SRB
23026 CCK/V33	1 400.78	1 383.90	1 305.29	1 235.10	S	SRB
23028 CC/C3W33	1 489.93	1 471.98	1 388.34	1 313.71	S	SRB
23028 CCAW33	1 444.85	1 427.44	1 346.35	1 273.95	S	SRB
23028 CCK/C3W33	1 442.71	1 425.33	1 344.34	1 272.06	S	SRB
23028 CCK/C4W33	1 567.93	1 549.04	1 461.02	1 382.47	S	SRB
23028 CCK/V33	1 442.71	1 425.33	1 344.34	1 272.06	S	SRB
2303	87.45	86.40	81.49	77.11	S	SABB
2303 E-2RS1TN9	130.47	128.90	121.58	115.04	S	SABB
23030 CC/C2W33	1 842.02	1 819.83	1 716.43	1 624.16	S	SRB
23030 CC/C3W33	1 844.82	1 822.59	1 719.04	1 626.61	B	SRB
23030 CC/C4W33	1 842.03	1 819.84	1 716.44	1 624.17	S	SRB
23030 CCAW33	1 844.82	1 822.59	1 719.04	1 626.61	B	SRB
23030 CCK/C3W33	1 902.55	1 879.63	1 772.83	1 677.53	S	SRB

Parte da tabela com validade de 25.06.2001 – Peças industriais

DESCRIÇÃO	16% ICMS	17% ICMS	17% ICMS	7% ICMS	CLASS. ABC	FAMÍLIA
23238 CC/C3W33	6 810,35	6 728,30	6 346,02	6 004,83	S	SRB
23238 CCW33	6 810,35	6 728,30	6 346,02	6 004,83	S	SRB
23238 CCK/C3W33	6 810,35	6 728,30	6 346,02	6 004,83	S	SRB
23238 CCKW33	6 810,35	6 728,30	6 346,02	6 004,83	S	SRB
23240 CC/C3W33	8 264,66	8 165,09	7 701,17	7 287,12	S	SRB
23240 CCW33	8 264,66	8 165,09	7 701,17	7 287,12	S	SRB
23240 CCK/C3W33	8 264,66	8 165,09	7 701,17	7 287,12	B	SRB
23240 CCKW33	8 264,66	8 165,09	7 701,17	7 287,12	S	SRB
23244 CC/C3W33	11 090,16	10 956,54	10 334,04	9 778,42	S	SRB
23244 CCW33	11 090,16	10 956,54	10 334,04	9 778,42	S	SRB
23244 CCK/C3W33	11 090,16	10 956,54	10 334,04	9 778,42	S	SRB
23244 CCKW33	11 090,16	10 956,54	10 334,04	9 778,42	S	SRB
23248 CC/C3W33	14 529,55	14 354,50	13 538,92	12 810,99	S	SRB
23248 CCK/C3W33	14 529,55	14 354,50	13 538,92	12 810,99	S	SRB
23248 CCKW33	14 529,55	14 354,50	13 538,92	12 810,99	S	SRB
23252 CACW33	19 135,36	18 904,81	17 830,71	16 872,03	S	SRB
23252 CACK/C3W33	19 135,36	18 904,81	17 830,71	16 872,03	S	SRB
23252 CACKW33	19 135,36	18 904,81	17 830,71	16 872,03	S	SRB
23256 CAC/C3W33	22 234,86	21 966,97	20 718,89	19 604,92	S	SRB
23256 CACKW33	22 234,86	21 966,97	20 718,89	19 604,92	S	SRB
23256 CACK/C3W33	22 234,87	21 966,98	20 718,90	19 604,93	S	SRB
23260 CAC/C3W33	28 845,30	28 497,77	26 878,65	25 433,48	S	SRB
23260 CACW33	28 845,29	28 497,76	26 878,64	25 433,47	S	SRB
23260 CACK/C3W33	28 845,30	28 497,77	26 878,65	25 433,48	S	SRB
23260 CACKW33	28 845,30	28 497,77	26 878,65	25 433,48	S	SRB
23264 CAC/C3W33	36 011,44	35 577,57	33 556,18	31 752,01	S	SRB
23264 CACK/C3W33	34 573,40	34 156,85	32 216,18	30 484,06	S	SRB
23264 CACKW33	34 573,41	34 156,86	32 216,19	30 484,08	S	SRB
23268 CAW33	44 757,35	44 218,10	41 705,80	39 463,45	S	SRB
23268 CAK/C3W33	44 757,35	44 218,10	41 705,80	39 463,45	S	SRB
23268 CAKW33	44 757,35	44 218,10	41 705,80	39 463,45	S	SRB
23276 CAK/C3W33	40 116,28	39 632,95	37 381,07	35 371,34	S	SRB
23280 CAK/C3W33	73 465,70	72 580,57	68 456,81	64 776,17	S	SRB
23280 CAKW33	73 465,70	72 580,57	68 456,81	64 776,17	S	SRB
23288 CAK/C3W33	134 253,12	132 635,61	125 099,73	118 373,67	S	SRB
234108 BM1/SP	1 796,91	1 775,26	1 674,39	1 584,37	S	TBB
234409 BM1/SP	1 892,29	1 869,49	1 763,27	1 668,47	S	TBB
234410 BM1/SP	1 951,11	1 927,60	1 818,08	1 720,34	S	TBB
234413 BM1/SP	2 267,27	2 239,95	2 112,69	1 999,10	S	TBB
234414 TN9/SP	2 587,55	2 556,37	2 411,14	2 281,51	S	TBB
234417 BM1/SP	2 899,88	2 864,94	2 702,18	2 556,88	S	TBB
234418 TN9/SP	3 322,87	3 282,84	3 096,31	2 929,83	S	TBB
234420 BM1/SP	3 593,91	3 550,61	3 348,86	3 168,81	S	TBB
234428 BM1/SP	8 647,81	8 543,62	8 058,21	7 624,95	S	TBB
235013 DC	2 267,99	2 240,66	2 113,37	1 999,72	S	CRB

Certamente que a comparação de preços, por si só, não é suficiente para definir o mercado relevante. Não obstante tal fato, em ambientes com elevada disparidade de preços, é muito provável que não exista substitutibilidade da demanda a ponto de justificar um mercado relevante único, independentemente da aplicação de testes mais sofisticados, para cada tipo de peça. Em outras palavras, ou há um prêmio de qualidade ao consumidor tão grande que justifique tamanha disparidade de preços (que por si só dificulta a utilização do teste do monopolista hipotético) ou, simplesmente, são equipamentos diferenciados não intercambiáveis pelo consumidor (o que é mais provável).

Também, quanto à substitutibilidade pelo lado da oferta, há indícios de que o mercado possa ser segmentado de forma bem estrita, o que poderia acarretar um redimensionamento da força da SKF no âmbito de rolamentos ou de peças específicas. Por exemplo, a Comissão Europeia, no Ato de Concentração envolvendo as empresas INA, AIG e NSFA, definiu o mercado relevante como sendo de rolamentos esféricos angulares para máquinas-ferramenta na Europa Ocidental. Além disso, no referido caso, entendeu-se que não haveria substitutibilidade pelo lado da oferta suficiente para aprovar a referida fusão, conforme Comunicação de Objeções apresentada pela Comissão. Ou seja, outros órgãos de defesa da concorrência tiveram grandes suspeitas ao agregar o mercado relevante analisado apenas pela ótica da oferta.

Ao ser indagada a este respeito, a empresa não apresentou qualquer estudo que pudesse ratificar o seu ponto de vista ou mesmo apresentar como se daria a substitutibilidade de oferta para seus tão diversificados produtos. Assim, qualquer menção ao argumento de que a empresa não possui “participação de mercado” elevada deve ser lida com extrema cautela, visto que tal afirmação se baseia em uma definição de mercado apriorística e não muito trabalhada, que pode tornar homogêneas mercadorias que não são substituíveis entre si, tanto pela oferta como pela demanda. Assim, deixa-se em aberto a definição precisa do mercado relevante produto. Por outro lado, serão utilizadas, a título informativo, como simples Proxy, as informações constantes nos autos de *market share*, sem que exista um comprometimento do Conselho a este respeito.

Quanto à definição geográfica dos mercados, o Cade em duas vezes o definiu como internacional (AC entre SKF e Timken – 08012.000294/2001-31 e AC 08012.002669/2002-89 entre NSK e Timken), visto que as importações de rolamentos atingiam aproximadamente cerca de 43% do total comercializado no mercado brasileiro. Para o Conselheiro rel. Cesar Mattos, todavia, tais importações não são independentes, mas, sim, feitas pelas próprias empresas já estabelecidas no mercado nacional, o que justificaria restringir a abrangência do mercado relevante ao âmbito nacional.

Sobre este aspecto, novamente, talvez fosse interessante explorar um pouco mais a definição geográfica do mercado, visto que a inexistência de custos ou de barreiras à importação pode, quiçá, justificar uma análise do mercado como mun-

dial, mesmo na ausência de importações independentes, ou seja, dando uma dimensão mais ampla no que tange ao mercado de origem.

Todavia, considerando questões relativas ao ônus da prova, entendo que (a) a representada acatou a definição geográfica nacional e (b) caso houvesse qualquer divergência sobre este aspecto, ainda assim, as conclusões deste processo não seriam modificadas, conforme será verificado a seguir.

2.3.2 Poder unilateral

Os fundamentos do voto do Conselheiro e dos pareceres da SDE, da Procuradoria do Cade e do MPF, no que tange à possibilidade da conduta, estão direcionados para os seguintes pontos nevrálgicos, quais sejam:

a) A SKF não possui *market share* suficiente para lhe conferir poder de mercado unilateral suficiente para criar risco anticompetitivo; e

b) É impossível haver poder de mercado coordenado, considerando a elevada rivalidade do mercado.

Assim, considerou-se tratar-se a FPR como crime [ou seja, infração] impossível. Tal conclusão baseia-se no art. 17 do CP, que considera não ser punível “a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”.

Aplicando tal conceito ao Direito Concorrencial, o crime ou infração concorrencial ocorre, sempre quando os efeitos do art. 20 da Lei 8.884/1994 puderem ocorrer, ou seja, em última análise se está aqui falando se é ou se não é possível que uma conduta (seja ela horizontal ou vertical) consiga aumentar os preços dos produtos. A respeito de impossibilidade de aumento de preços, é possível pensar no modelo teórico hipotético de concorrência perfeita, no qual toda e qualquer prática horizontal ou vertical é – por concepção – impossível, em razão de uma série de fatores que acontecem de forma simultânea. Veja que no âmbito da concorrência perfeita, há uma infinidade de consumidores e de produtores, que transacionam um bem homogêneo, não havendo nenhum agente com poder de mercado. Posto de outra forma, tem-se, neste cenário, uma elasticidade da demanda infinita, na qual o menor aumento de preços é respondido com a total perda da quantidade vendida. Mais do que isto, não há dificuldades de entrada no mercado, sendo que também não há qualquer custo afundado. Portanto, é extremamente fácil a entrada e a saída do mercado. Mais do que isto, as partes, tanto produtores como consumidores, no modelo teórico de concorrência perfeita, têm conhecimento perfeito, absoluto, de tudo o que acontece no âmbito das preferências pessoais e dos termos de troca. É nesta sociedade, hipotética, de seres racionais e oniscientes, em que cartel é impossível por concepção, seja porque (a) a estrutura de oferta é extremamente dispersa/fragmentada, havendo grandes custos de unificá-la sob uma estrutura horizontal e (b), mesmo que formado o referido acordo ilícito, que eleve minimamente os preços, este será prontamente detectado e haverá, seguramente, alguma espécie de entrada fácil, provável, tempestiva e suficiente, que inibirá a elevação dos preços dos produtos.

Veja que pensar sobre possibilidade da consecução da infração levando em consideração a estrutura do mercado é diferente de pensar a possibilidade de obtenção de um resultado de um crime olhando-se para questões de natureza física (falta de lesividade de um revólver de brinquedo), química (falta de perigo em substância que não é tóxica, mas a pessoa erroneamente pensa administrar veneno) ou até mesmo biológica (se a vítima está ou não morta). Todas estas são questões empíricas facilmente verificáveis.

Pensemos em um homicídio por arma de fogo. O revólver (e o tiro proferido pelo mesmo), certamente, é o meio pelo qual se obtém o resultado criminoso. Um revólver sem balas ou de brinquedo, portanto, diz respeito a um meio ineficaz para matar uma pessoa, não havendo qualquer possibilidade de existir tentativa de homicídio, se o próprio homicídio não poderia ser levado a cabo, mesmo em teoria, por este meio. Já, por outra perspectiva, o objeto é relevante, já que para que o homicídio aconteça é necessário que a pessoa esteja viva. Atirar em pessoas que estão mortas pode talvez representar outra figura criminosa (como vilipêndio a cadáver), mas para o propósito de homicídio, certamente, se verifica uma absoluta impropriedade do objeto.

Se a diferença é clara entre o meio utilizado para o crime e o objeto que pode ser afetado em um homicídio [no caso, uma pessoa viva], a mesma coisa não ocorre em uma conduta anticompetitiva. Se pensarmos em um ambiente de concorrência perfeita, na tentativa cartelizante há, ao mesmo tempo, ineficácia absoluta do meio utilizado (já que, como pressuposto do modelo, um agente isolado ou mesmo alguns agentes não tem poder de mercado para elevar o preço do produto, em razão da elevada elasticidade da demanda) e absoluta impropriedade do objeto (visto que a estrutura de oferta, em si, e por concepção, contesta, via participação de agentes externos do mercado, a subida dos preços, mesmo na eventualidade de uma improvável coordenação dos agentes internos do mercado). Em outras palavras, agente e objeto se confundem.

Claro que para fins antitruste talvez fosse o caso de se questionar se a definição de mercado relevante está correta, visto que pelo teste do monopolista hipotético se espera que em um mercado seja possível que um monopolista consiga – de forma bem sucedida – alcançar um aumento de preço não transitório e significativo, o que não é possível alcançar sem relaxar as hipóteses do modelo de concorrência perfeita, em especial, a que diz respeito à contestabilidade do mercado.

Ou seja, como bem explicitado, este é um modelo hipotético que não consegue utilizar a terminologia antitruste de mercado relevante. Portanto, qualquer consideração sobre *market share* neste modelo é totalmente descabida e sem sentido prático.

A questão importante que cabe levantar é: e, no mundo real, um *market share* elevado é condição necessária ou mesmo suficiente para elevar preços? Esta consideração decorre da constatação de que uma prática apenas ganha relevância pública se o agente que a realiza tem força o suficiente para modificar preços.

Para Cesar Mattos: “se dois motoristas de táxi do ponto mais próximo ao Cade resolverem combinar não dar descontos aos clientes, dificilmente poderia ser considerado um ilícito anticoncorrencial, dada a total falta de capacidade de impor preços, coordenadamente, desses agentes ao mercado” (voto Processo Administrativo 08012.004484/2005-51).²⁷

Por outro lado, se homens de negócio (no exemplo taxistas) combinam preço entre si, muito provavelmente, há uma justificativa para tanto, visto que são agentes supostamente racionais que maximizam seu bem estar. Talvez, por isto, este tipo de prática seja considerada ilícita *per se*, ao menos em alguns países. Além disto, se estes taxistas, mesmo com baixo poder de mercado, conseguirem convencer outros agentes a realizar divisões territoriais ou mesmo a formar o referido cartel de preços, ainda assim, este seria um crime impossível? É crime impossível, por impropriedade absoluta do objeto, que agentes com pouco *market share* busquem colusão em um ambiente mercadológico específico, independentemente das características do mercado? E mesmo que tais características sejam dadas, e se saiba de antemão que a tentativa de colusão se deu em um ambiente mercadológico contestável, mas tal contestabilidade pode ser modificada a depender das expectativas dos agentes econômicos e/ou de outras variáveis que podem ser controladas e modificadas pelas ações dos mesmos? Como ponderar os riscos associados a estas práticas, sabendo que a autoridade concorrencial, também, pode cometer erros tanto em sub como em supervalorizar o que é possível e impossível no âmbito mercadológico?

Estas não parecem ser questões triviais, já que o mercado é interpretado, sempre, pela lente de um viés teórico econômico. Além disto, ele é parte de uma criação social. Do ponto de vista ontológico, utilizando os ensinamentos de Pierre Bourdieu, temos que, por meio de um processo de reflexividade, estruturas sociais são, ao mesmo tempo, estruturadas e estruturantes. De todo modo, temos

27. No mesmo sentido, é interessante avaliar o seguinte trecho escrito por Hovenkamp: “The widespread application of the *per se* rule to agreements among competitors has often blinded courts to some of these economics. For example, it is not generally a defense to a price fixing charge that the cartel members did not hold enough market power to reduce output profitably. If an urban market contains 50 similar grocers and three of them jointly run a newspaper advertisement quoting retail prices, the arrangement would reduce advertising costs for each of the three. Furthermore, three grocers out of 50 could not plausibly fix prices — customers would respond to their price increase by buying from the other 47. In such a case the inference that the arrangement creates efficiency is very strong, while the inference of price fixing is very weak. Nevertheless, a court might hold that the *per se* rule prevents it from considering both the argument that the defendants had no market power and that their agreement produced cost reductions that would benefit consumers” (HOVENKAMP, Herbert. *Economics and Federal Antitrust Law*. West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1985, p. 110-111).

que a estrutura de mercado não é decorrente de um dado empírico (físico, químico ou biológico), o que dificulta a analogia com a maioria dos exemplos penais de crime impossível, mas, pelo contrário, é decorrente de um processo reflexivo em que o agente interfere na natureza do objeto, podendo modificá-la, tornando o que a princípio era uma estrutura de elevada concorrência, na qual a prática anticompetitiva era – a princípio – improvável, em uma estrutura diferente que passa a ser potencial alvo de ilícitos competitivos como ilícitos possíveis, pela modificação de estruturas sociais. Daí que é difícil saber o que significa, *a priori*, impropriedade absoluta do objeto ou ineficácia absoluta do meio em um tipo de infração concorrencial, que diz respeito a relações humanas e estruturas de ofertas que se modificam e que possuem uma certa plasticidade peculiar. Daí a pertinência de a Lei 8.884 ter mencionado como condutas anticompetitivas não só as de abuso de poder econômico, como também as tendentes à dominação de mercado.

Deste modo, agentes com baixa participação de mercado, às vezes, podem infligir dano concorrencial, sim. Não parece ser impossível – do ponto de vista teórico – que agentes menores criem barreiras de entrada artificiais, via óbices formais e materiais ao desenvolvimento de concorrentes com elevada participação de mercado, pelas mais diversificadas estratégias de elevação de custos dos rivais. Também, foros que favorecem trocas de informações, criados por agentes pequenos podem, talvez, em determinados cenários, propiciar a colusão tácita entre todos os participantes do mercado. Assim como agentes com baixa participação de mercado podem realizar um convite à cartelização de todos os outros entes empresariais, o que poderia modificar o caráter improvável da conduta.

Soma-se a este já complexo cenário a seguinte questão: O novo guia de atos de concentração norte-americano reconhece que mesmo concentrações entre empresas com baixo *market share* podem gerar aumento de preço ao consumidor final, já que este conceito pode não refletir o ambiente competitivo:²⁸

“Market shares may not fully reflect the competitive significance of firms in the market or the impact of a merger. They are used in conjunction with other evidence of competitive effects”.

Tal questão é muito saliente no que diz respeito a fusões entre os agentes mais eficientes do mercado que teriam maior capacidade a adquirir *market share* futuro (em especial em leilões), ou mesmo quando se tem uma análise de bens diferenciados.²⁹ Eis o que se depreende da leitura de Joseph Farrell and Carl Shapiro (2010)

28. (e serem mais danosas que outras concentrações com participação de mercado superior mas menor elasticidade cruzada).

29. Sobre a análise de efeitos unilaterais em produtos diferenciados, o Guia de 2010 afirma que “In differentiated product industries, some products can be very close substitutes and compete strongly with each other, while other products are more distant

"Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition", The B.E. Journal of Theoretical Economics: vol. 10: Iss. 1 (Policies perspectives), Article 9. p. 4:

"The DOJ and the FTC have perhaps the world's largest concentrations of Ph.D. industrial organization economists, and *they do not mechanically rely on concentration and market shares*, but seek flexibly to understand the economics of the industry. Economic analysis of unilateral effects, in particular, has advanced greatly in recent decades, but the Guidelines begin by describing an approach to defining relevant markets, and stress market concentration as a primary signal of competitive effects. This approach does not always work well in the large class of mergers in which the merging firms sell differentiated products and the agencies must weigh concerns about unilateral effects. Product differentiation can make defining the relevant market problematic, notably because products must be ruled 'in' or 'out', creating a risk that the outcome of a merger investigation or case may turn on an inevitably artificial line-drawing exercise"

Para ilustrar estes problemas, digamos que a fusão entre duas empresas hipotéticas, que vendem produtos de luxo, eleve o preço destes produtos diferenciados a 4%. Assim, com este resultado, a linha *premium* não representa, por si só, um mercado relevante pelo teste do monopolista hipotético (já que geralmente exige-se um aumento superior a 5% para definir um mercado antitruste). Então, é razoável que nesta hipótese se incluam no mercado todos os produtos populares (que possuem menos elasticidade cruzada com os de luxo), o que pode diluir (e muito) a participação das empresas de luxo. Todavia, dizer que uma concentração que gera 4% de aumento de preços é irrelevante, porque os *market shares* dos produtos no agregado mascara ou esconde a grande elasticidade cruzada verificada

substitutes and compete less strongly. (...) Adverse unilateral price effects can arise when the merger gives the merged entity an incentive to raise the price of a product previously sold by one merging firm and thereby divert sales to products previously sold by the other merging firm, boosting the profits on the latter products. Taking as given other prices and product offerings, that boost to profits is equal to the value to the merged firm of the sales diverted to those products. The value of sales diverted to a product is equal to the number of units diverted to that product multiplied by the margin between price and incremental cost on that product. In some cases, where sufficient information is available, the Agencies assess the value of diverted sales, which can serve as an indicator of the upward pricing pressure on the first product resulting from the merger. *Diagnosing unilateral price effects based on the value of diverted sales need not rely on market definition or the calculation of market shares and concentration.* The Agencies rely much more on the value of diverted sales than on the level of the HHI for diagnosing unilateral price effects in markets with differentiated products. If the value of diverted sales is proportionately small, significant unilateral price effects are unlikely".

é, certamente, uma visão míope da concorrência. Aliás, é em razão deste tipo de questão, que os métodos de simulação de efeitos de fusão deixam de lado uma avaliação exclusivamente das estruturas da oferta em termos de participação de mercado percentuais (e acrescentam outras variáveis importantes à análise). E se isto é correto para fusões, também pode-se fazer a mesma afirmação no que diz respeito a condutas, podendo se ter um papel extremamente relativizado do *market share* no âmbito de infrações concorrenciais, para determinar o que é ou não uma “ineficácia absoluta do meio” ou mesmo “impropriedade absoluta do objeto”, caso estes conceitos consigam ser utilizados no antitruste.

Soma-se a todos estes problemas teóricos o fato de a Autoridade de Concorrência Suíça, por exemplo, considerar que *market share* não é sequer relevante para configurar a ilicitude de FPR, dado o caráter nocivo desta conduta. No mesmo sentido, nos termos dos *Guidelines* preparados pelo *Office of Fair Trading*, quando a soma das quotas de mercado dos intervenientes num acordo não exceda 25% do mercado relevante, considera-se que tal acordo não terá, *em princípio*, “an appreciable effect on competition” – mas entre as exceções está a fixação de FPR: “The Director General appears to regard such agreements as having an appreciable effect whatever their market share”.³⁰

Enfim, parece ser equivocado considerar poder de mercado como sinônimo de *market share*.

Mesmo assim, e fazendo todos estes descontos às análises anteriores, segundo levantamento da SDE, a SKF teria (a) 2% de participação no mercado de retentores; (b) 15% de participação no mercado de peças para manutenção; (c) 20% do mercado nacional de equipamentos de monitoramento; e (d) 28% participação no mercado de rolamentos. Portanto, no âmbito do mercado de rolamento, de acordo com Cesar Mattos, a SKF teria um *market share* próximo a 30%, superior aos 20% da presunção legal do nosso ordenamento jurídico, “mas sem indícios adicionais de poder de mercado”.

Neste sentido, Mattos compreendeu que a SKF é uma das quatro maiores empresas do setor, extremamente competitivas, e que garantem rivalidade ao mercado:

- SKF
- NSK
- INA/FAG
- Timken

Deste modo, para o relator, seria impossível que a fixação de preços de revenda, de forma unilateral, fosse uma prática que trouxesse algum prejuízo ao mercado. Sobre este respeito, discordo que (a) seja impossível realizar prática anticompetitiva em razão de baixo *market share* e (b) que não existem indícios

30. CALVETE, Victor J. Op. cit.

de poder de mercado, seja unilateral ou coordenado, suficiente para condenar a representada.

Inicialmente, verifico que não há mensuração separada do mercado alvo em relação ao mercado origem da prática. Sobre o mercado alvo, a SKF alegou existir tanto distribuidores exclusivos como multimarcas. De todo modo, quanto ao poder de mercado unilateral, novamente, lembro que na Suíça as condenações por FPR ocorrem de forma independente do *market share* das empresas envolvidas. Também, na União Europeia, esta conduta não estaria protegida pela exceção em bloco, dado o caráter *hardcore* da conduta, nem pela regra de *minimis*, que considera haver uma presunção de licitude a condutas verticais quando os representados possuem menos de 10 ou 15% de participação em um mercado relevante. Em outras palavras, o *market share* não serviria de escudo protetor à representada na Europa.

Olhando-se apenas para “participação de mercado” e utilizando-se a analogia com outras condutas verticais verificadas nos Estados Unidos, não há, também, um porto seguro para se determinar o *quantum* de *market share* é suficiente para causar dano em uma prática vertical.³¹ Pode-se citar o caso *Twin City Sportservice*,

31. De acordo com GONÇALVES, Priscila Brólio. *A obrigatoriedade de contratar no direito antitruste*. Ed. singular. p. 117 – “Segundo a ABA Section of Antitrust Law, o percentual de 20% de fechamento de mercado abaixo do qual um contrato de exclusividade de compra estaria resguardado (*safe harbour*), existe desde o início dos anos 1970. Porém, com a decisão *Jefferson Parish*, tal percentual passou a ser de 30%. Abaixo desse patamar, as cortes tenderão a desde logo descartar a ilicitude da prática, sem maior aprofundamento da análise (*Antitrust law developments*, cit., p. 217)”. Por outro lado, esta questão já foi tratada no voto do ex-Conselheiro Rigato no caso do PA 53500.000502/2001. Embora Rigato tenha sido vencido, pelo voto de qualidade da Presidente Elizabeth Farina – que questionou a definição do mercado relevante de distribuição de celulares, seu posicionamento foi aceito no que diz respeito ao fundamento que afastou esta presunção da ABA mencionada por Priscila Brólio Gonçalves. Seu voto está escrito da seguinte forma: “Muito embora a representada tenha reconhecido que o direito norte-americano faz uma análise qualitativa das cláusulas de exclusividade, afirmou-se, também que: ‘Em caso de fechamento de mercado de até 40%, a Jurisprudência, rotineiramente, sustenta a legalidade do contrato de exclusividade’ (f.) Para justificar a existência da referida zona de segurança a representada citou diversos casos norte americanos, dentre eles o caso *Jefferson Parish*. De acordo com a CRT, o caso *Jefferson Parish Hospital District n.2 vs. Hyde* foi um marco para a Suprema Corte Norte-Americana, pois, a partir de então, passou-se a ‘considerar lícitas as cláusulas de exclusividade que não provocassem fechamento de ‘parcela substancial do mercado’, fixada em torno de 30 a 40% do mercado” (Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, p. 437, 1989. Cf.(f.) dos autos). “Todavia, cumpre esclarecer que o caso *Jefferson Parish Hospital District n.2 vs. Hyde* versava sobre a venda casada de serviços hospitalares e de anestesia. No referido caso, entendeu-se que, como o Hospital representado

Inc. vs. Charles O. Finley & Co., 676 F.2d 1291, 1301-02 (9.º Circuito), de 1984, em que se entendeu que o fechamento de 24% do mercado relevante de revenda

possuía apenas 30% de *market share*, não seria possível aplicar a regra que considerava a venda casada como um ilícito *per se* (o que não significa que seja ou não seja um ilícito sob a regra da razão). Além disto, entendeu-se no referido caso que os pacientes não conseguiam diferenciar os serviços ofertados por anestesiológicas, o que dificultava caracterizar qualquer espécie de coação na venda conjunta dos serviços médicos e de anestesia. Assim, a conclusão do caso *Jefferson Parish* não é uma autorização tácita para qualquer contrato de exclusividade que afete até 30% do mercado relevante, como alegou a representada. Além disto, não há uma regra – expressa – permitindo um ou outro valor. Por exemplo, os Estados Unidos já entenderam, no caso *Standard Oil Company of California (Standard Stations) vs. United States*, que o fechamento de 6,7% do mercado poderia, em mercados com elevadas barreiras à entrada, significar uma prática ilícita. Por outro lado, a representada alega que esta regra foi revista no caso *Tampa Electric Co. vs. Nashville Coal Co* (1961) e, principalmente, no caso *Jefferson Parish* (1984), sendo que – após 1984, as cláusulas fixadas até o limite de 40% seriam, naturalmente, consideradas lícitas. De fato, há uma série de casos que aceitaram o limite de até 20% de fechamento de mercado como razoável, tais como: *Caso Satellite Television & Associated Resources*, (com fechamento de 8%); *caso American Motor Inns vs. Holiday Inns* (com fechamento de 14,7%); *Cornwell Quality Tools Co. vs. C.T.S. Co.*, (fechamento de 10-15%); *Kidd vs. Bass Hotels & Resorts, Inc* (venda exclusiva de móveis para hotel que representa menos de 9% dos quartos de hotéis dos Estados Unidos); *TAM, Inc. vs. Gulf Oil Corp.* (com fechamento de 7% das vendas e 5%); *Bepco, Inc. vs. Allied-Signal, Inc.* (fechamento de mercado entre 18,5% e 21,5%, estando um pouco abaixo do que é substancial); *Caso Beltone Elecs. Corp.*, (fechamento de 7 a 8% dos pontos de venda e 16% das vendas líquidas). Contudo, não é correto afirmar que a jurisprudência norte-americana tenha definido um valor fixo para restrições verticais como *lícito per se*, independente das variáveis de mercado ou das barreiras à entrada. Para demonstrar este argumento, pode-se citar o caso *Twin City Sportservice, Inc. vs. Charles O. Finley & Co.*, 676 F.2d 1291, 1301-02 (9.º Circuito), de 1984, em que se entendeu que o fechamento de 24% do mercado relevante era considerado uma prática ilícita. Também, no caso *Minnesota Mining & Mfg. Co. vs. Appleton Papers, Inc.* 35 F. Supp. 2d 1138 (D. Minn), julgado em 1999, considerou-se que o fechamento de 30 a 40% significava o ‘fechamento do mercado’ ilícito. Assim, ao contrário do que a representada alega, em geral, a jurisprudência norte-americana tem considerado que a clausulas de exclusividade acima de 40% não estão em conformidade com as regras concorrenciais. Também, o fechamento de mercado acima de 50% tem sido considerado – em regra – como conduta ilícita [ver *Kohler Co. vs. Briggs & Stratton Corp.* (envolvendo o fechamento de 62% do mercado); *United States vs. Dairymen, Inc.* (considerando como ilícito o contrato de exclusividade em que o réu possuía 59,5% do mercado e os contratos afetavam 50% do mercado); *Oltz vs. St. Peter's Cmty. Hosp.* (em que 84% de participação do mercado)]. Não se desconhece que existam exceções e que

deveria ser considerado uma prática ilícita. Também, no caso *Minnesota Mining & Mfg. Co. vs. Appleton Papers, Inc.* 35 E Supp. 2d 1138 (D.Minn), julgado em 1999, considerou-se que o fechamento de cerca de 30% da revenda significava fechamento ilícito do mercado. Em todos estes casos as partes tinham participações unilaterais próximas a 30% (de forma semelhante à SKF) e entendeu-se não só que a infração era possível como se condenou a prática.

De todo modo, parece-me que fazer um juízo do *quantum* de participação de mercado é suficiente (ou não) à condenação de uma prática vertical pode significar, na realidade, um reducionismo da análise antitruste ao instrumental de participação de mercado (em especial no ambiente específico deste caso, em que há extrema heterogeneidade de produtos e razoáveis dúvidas sobre a validade da definição de mercado traçada pela requerente). Sobre este assunto, eu recorro meu Despacho 03/2010, no qual entendi ser relevante avaliar outras variáveis, como as elasticidades (própria e cruzadas); a margem de lucro unitária (que permite o cálculo do índice de *Lerner*) e o contexto econômico inerente, com o propósito de avaliar o que, de fato, significa poder de mercado. Todas estas questões fáticas fazem parte do ônus probatório de quem realiza uma conduta arriscada como FPR, sendo que a SKF não conseguiu trazer aos autos provas robustas de sua falta de poder de mercado.

Lembro, também, que a presente prática de FPR é diversa das demais práticas verticais, sendo atualmente considerada como inerentemente suspeita, conforme o recente caso *Realcomp*³² do FTC. Em razão disto, conforme explicita Meyer, a ilicitude de FPR, ao menos nos Estados Unidos, se daria de forma independente do *market share* das partes envolvidas³³ e apenas em casos extremos se admitiria a possibilidade da litude da mesma.

De todo modo, mesmo admitindo, por motivos eminentemente retóricos, que, sob o ponto de vista unilateral, a representada não tivesse poder de mercado suficiente para causar risco anticompetitivo, compreendo, ao contrário do Conselheiro relator, que existe, sim, diversos elementos palpáveis, neste caso, que possibilitam afirmar a existência de elevado “poder coordenado” entre as empresas de rolamentos, o que gera impactos, inclusive, na própria racionalidade da conduta.

2.3.3 Poder coordenado

o direito norte-americano prefere uma análise casuística. Porém, com certeza, não existe uma zona de segurança antitruste pacífica no direito norte-americano abaixo de 40% do mercado, como argumenta a representada”. Após, também, foram feitas considerações interessantes sobre o caso europeu Oscar Bronner/Mediaprint.

32. *Realcomp II Ltd.*, FTC Docket No. 9320, op. (Oct. 30, 2009), available at [www.ftc.gov/os/adjpro/d9320/091102realcompopinion.pdf].
33. David Meyer, em seu artigo *The FTC's New “Rule of Reason”: realcomp and the expanding scope of “Inherently Suspect” analysis*.

Não se busca aqui avaliar se existe ou não cartel entre empresas, como uma prática ilícita, repudiada pelo ordenamento pátrio, visto que, para tanto, seria necessário que se percorresse um rito próprio, com investigação específica. Todavia, outra questão diz respeito às características estruturais da indústria. Em outras palavras, busca-se verificar se há condições objetivas para que empresas se coordenem ou tenham uma colusão tácita, como estratégia racional, no upstream, em razão da FPR. A avaliação da possibilidade de colusão na indústria, mesmo que tácita, é relevante para saber se e em que medida uma FPR é prejudicial no mercado afetado, visto que, como já largamente argumentado, quando não há concorrência intermarcas, mesmo que por questões estruturais, tal prática vertical tende a causar prejuízos sociais, mantendo a estabilidade do acordo tácito.

Há três espécies de provas que serão estudados, atinente às condições objetivas relativas à colusão tácita, a saber: (a) evidências societárias, (b) evidências econômicas e (c) evidências históricas da indústria.

Evidências societárias

A primeira questão que salta aos olhos do analista é que há uma série de relações societárias entre estas empresas tidas como concorrentes. Digo isto, porque, no caso analisado pelo ex-Conselheiro Afonso Arinos de Mello Franco Neto (AC 08012.000294/2001-31 (j. 06.03.2002), as empresas SKF do Brasil e Timken do Brasil Ltda., constituíram uma *joint-venture*, por meio da empresa International Component Supply Ltda, para produzir anéis usinados sem tratamento térmico (machine Green rings), matéria-prima para produção de rolamentos. Como justificativa desta *joint venture* as partes alegaram à época que pretendiam combinar ativos existentes e apropriados em um prédio existente da SKF localizado em Cajamar para organizar e instalar a International Component Supply Ltda. com a finalidade de obter economias de escala. As requerentes visavam custos menores na produção de anéis de alta qualidade sem tratamento térmico e outros componentes a partir da matéria-prima fornecida pelas partes e por terceiros, conforme previsto no Contrato Principal datado de 22.12.2000. Alegou-se, também, que a SKF já possuía uma relação vertical com a Timken e fornecia anéis à mesma. Esclareceram, também, que a maioria das empresas que produzem anéis forjados, cônicos e usinados para fabricação de rolamentos cônicos (“anéis” ou “produto relevante”) não os comercializam, uma vez que, em tal mercado, a integração vertical é uma característica dessa indústria.

Já no AC 08012.002669/2002-89 (j. 14.05.2003), o então rel. Miguel Barrio-nuevo analisou uma *joint venture* entre NSK e Timken para a constituição de uma *joint venture* para a construção de uma planta industrial próxima à cidade de Shanghai, na República Popular da China (a “Fábrica de Suzhou”), que deveria produzir determinados rolamentos anti-fricção (“anti-friction bearings”), especificamente rolamentos cônicos (“tapered roller bearings”). A NSK e a Timken deveriam controlar, cada uma, 50% (cinquenta por cento) do capital social da “joint venture”,

denominada Timken-NSK Bearings (Suzhou) Co. Ltd. As empresas solicitaram permissão para transacionar, no Brasil, os produtos desta *joint-venture*.

Ou seja, Timken tem relação com a SKF para produzir o insumo de rolamentos e ao mesmo tempo possui uma *joint-venture* com a NSK para produzir rolamentos conjuntamente. Tais empresas (SKF, Timken e NSK) possuíam, conjuntamente, à época da conduta, 57% do mercado de rolamentos.

Não obstante esta evidente constatação, a representada foi chamada a se pronunciar, em instrução complementar feita em meu gabinete a respeito do mencionado vínculo societário e se este vínculo não teria como diminuir a rivalidade no setor. A resposta que obtive foi a seguinte:

“as *joint ventures* acima mencionadas cuja constituição foi notificada ao Cade em 2001 e 2002 (Atos de Concentração 08012.000294/01-31 e 08012.002669/2002-89) não tinham suas atividades atreladas à fabricação de rolamentos e, sim, eram voltadas a fabricação de produtos periféricos tais quais componentes que podem ser fornecidos por qualquer fabricante atuante neste segmento. Desta forma, estas *joint ventures* não seriam instrumentos hábeis a facilitar o exercício de poder coordenado no mercado de rolamentos.”

Todavia, não se concorda com o referido argumento (a) porque, ao contrário do que foi argumentado pelas requerentes, as *joint-ventures* são, sim, específicas para produção de rolamentos e de seus insumos ou (b) porque os insumos de rolamentos mencionados no caso SKF/Timken não podem ser fornecidos por qualquer fabricante, já que a referida produção de anéis usinados, como afirmado acima, é em grande parte verticalizada.

Aliás, será aberto um auto de infração específico para avaliar se a referida resposta pode ou não estar sujeita à multa de enganosidade. De todo modo, independentemente do mérito da referida apuração, do ponto de vista objetivo, é possível alegar, sim, que existem *joint-ventures*, no setor de rolamentos, que tendem a diminuir a rivalidade entre os principais concorrentes do mercado brasileiro.

Evidências econômicas

Não bastassem as relações societárias sólidas entre os supostos concorrentes, o mercado de rolamentos também possui algumas características que me levam a duvidar de que exista uma rivalidade intensa que impeça a colusão, ainda que tácita, entre os referidos membros.

A primeira variável, obviamente, é o interesse societário conjunto. A Timken lucra tanto com os rolamentos da SKF vendidos no Brasil como com os rolamentos vendidos pela NSK, o que tende a diminuir a rivalidade do mercado.

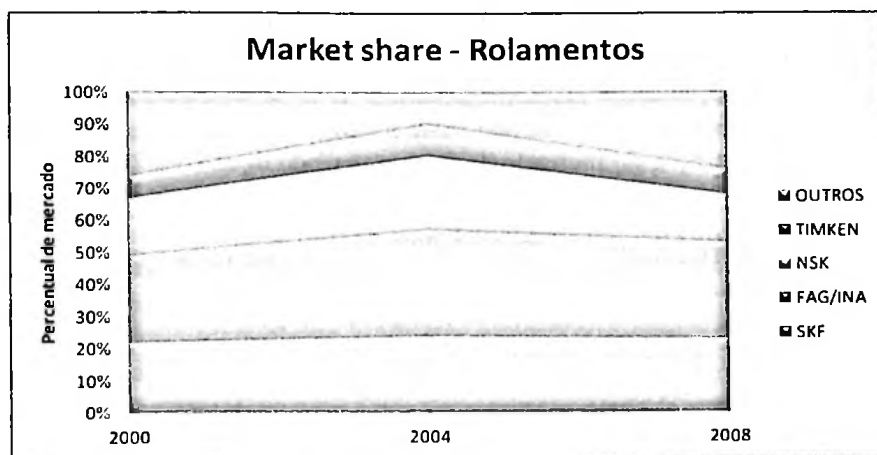
Existem vários fatores que demonstram haver pouca rivalidade no mercado. Considero que as condições para colusão tácita são em sua grande maioria excelentes para colusão tácita ou muito próximas de excelente, conforme quadro abaixo.

Tabela – Condições de rivalidade nos aplicativos empresariais

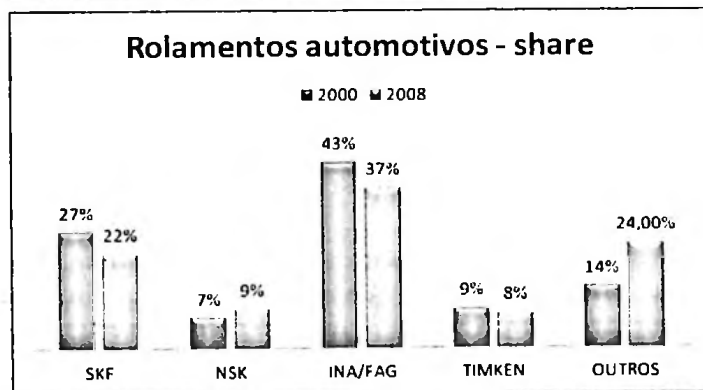
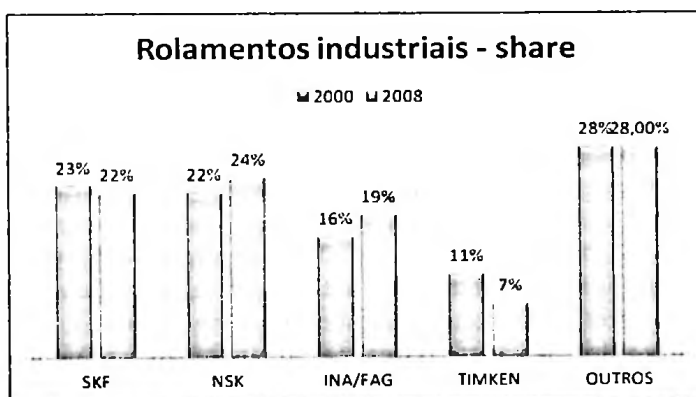
Motivação	Atributo	Condições			Mercado Relevante analisado
		Excelente: Coalizão tácita	Possível: Cartel	Difícil: Alta Rivalidade	
Custo da Negociação	Número de empresas	Muito poucas	Diversas	Muitas	Muito poucas
	Tipo do produto	Padronizado	Comparável	Diferenciado	Comparável
	Mudanças tecnológicas	Nenhuma	Média	Intensa	Média
	Concentração	Alta	Média	Baixa	Alta
Possibilidade de retaliação	Frequência de vendas	Alta	Média	Pequena	Alta
	Transparência do mercado	Grande	Média	Ausente	Grande
Ganhos de não cooperação	Crescimento do mercado	Baixo	Médio	Intenso	Baixo
	Elasticidade da Demanda	Baixa	Média	Alta	Baixa

Fonte: Elaboração própria, com base na metodologia de análise de rivalidade em outros setores. Para maior detalhamento sobre cada variável ver AZEVEDO, P. F.; DIAZ, M. D. M.; GREMAUD, A. P.; TONETO JR., R. *Introdução à economia*. São Paulo: Atlas, 2007. cap.10.

Olhando-se apenas para o mercado nacional, também, nos últimos anos, é possível verificar não apenas que houve simetria nos *market shares* das empresas supostamente rivais (o que aumenta o incentivo ao conluio tácito), mas também se verifica uma grande estabilidade nas referidas participações de mercado.



A referida estabilidade de *market shares* verifica-se tanto no âmbito de rolamentos industriais como no de rolamentos automotivos, conforme gráficos abaixo transcritos:



Outro dado, extremamente ilustrativo a respeito da possível falta de rivalidade no mercado diz respeito ao comportamento da participação dos preços e das quantidades ofertadas. Confidencial.

Levando em consideração o *market share* da SKF em rolamentos, é possível inferir que houve retração do mercado durante o período de 2004 a 2008, conforme tabela abaixo.

Diminuição do mercado em termos absolutos

	2004 (*)	2008
Volume de peças automotivas	Confidencial	Confidencial
Volume de peças industriais	Confidencial	Confidencial
Total da SKF	Confidencial	Confidencial
Participação % da SKF (agregado)	24%	23%
Total do mercado	Confidencial	Confidencial

Confidencial.

Ao ser questionada qual seria o motivo pelo qual o preço dos produtos aumentou enquanto que o total vendido diminuiu, a SKF alegou que “o aumento do preço atribuídos aos rolamentos, sejam eles de aplicação industrial ou automotiva, tem por justificativa econômica principal o aumento do preço dos materiais utilizados na fabricação de seus componentes”. Alegou-se que o preço do aço longo aumentou 178% e 235% entre janeiro de 2000 e dezembro de 2004. Na categoria de aços planos este aumento foi de 151% a 279%. Além disto, em meados de 2004, o preço do aço passou a sofrer aumentos sucessivos, impulsionados pelo aumento do preço de suas principais matérias-primas, quais sejam o minério de ferro e o carvão. O que é intrigante é que o impacto nos preços dos rolamentos automotivos confidencial foi mais acentuado que no setor de rolamentos industriais confidencial, sendo que ambos utilizam o mesmo insumo aço. Assim, certamente que os insumos impactaram no preço, mas deve ter outra justificativa em relação a este aumento, que não é controlada por insumos comuns.

Quanto à diminuição da demanda, a SKF atribui à crise que ocorreu em 2008. Todavia, ainda assim, parece esta ser uma resposta apenas parcial destes dados.

Claro que estas informações isoladas não querem dizer muita coisa, mas demonstram que ao mesmo tempo em que os preços de rolamentos automotivos aumentaram, o mercado de rolamentos, como um todo, diminuiu bruscamente, o que representa uma evidência econômica contrária à existência de elevada concorrência intermarcas.

Assim, após verificar estas avaliações numéricas do mercado brasileiro, não consigo encontrar quaisquer evidências que apontem para a suposta rivalidade mencionada pelo Conselheiro relator (guerra de preços, instabilidade de *market shares*, elevado crescimento da demanda, grande elasticidade preço da demanda, dentre outros). Pelo contrário, todos estes fatores indicam não existir rivalidade elevada intermarcas.

Ocorre que ao contrário de um cálculo matemático, estritamente delimitado, que consiga avaliar como se dá a rivalidade no mercado, tal conclusão é, necessariamente, de ordem subjetiva, sendo necessário verificar, também, o histórico das relações entre empresas.

Evidências históricas em outras jurisdições

O histórico do relacionamento interempresarial (incluindo movimentos em outras jurisdições) é relevante para considerar a rivalidade na indústria. Tal questão ganha ainda contornos maiores, tendo em vista que os votos dos Atos de Concentração 08012.000294/2001-31 e 08012.002669/2002-89 consideraram que o mercado relevante de rolamentos possui escopo internacional.

Considerando que um mercado relevante é um todo homogêneo, o que acontece em uma parte do mercado relevante tende a se propagar para as outras partes com a mesma intensidade. Assim como em vasos comunicantes, um líquido em equilíbrio apresenta, na mesma altura, pressão semelhante, uma conduta, dentro de um mercado relevante internacional, também, tende a apresentar efeitos similares, mesmo em países diferentes.

Sabendo disto, as empresas que estão no Brasil (e vendem rolamentos) tidas como fortes rivais, entraram em acordos ilícitos, na França, para cartelizar o seu sistema de distribuição. Caso o mercado de rolamentos seja definido como internacional, é muito improvável que este acordo horizontal tenha racionalidade apenas e exclusivamente na França.

As partes apresentaram defesa, contra-argumentando que:

“não existe possibilidade de exercício de poder coordenado entre os principais fabricantes de rolamentos, visto tratar-se de um mercado altamente fragmentado, com empresas que se dedicam a este ramo de atividade detentoras de vultosas fatias do mercado. Existem centenas de empresas atuantes no mercado mundial de rolamentos, algumas delas especializadas em apenas um tipo, outras em uma ampla gama de espécies de rolamentos. Aproximadamente dez empresas são vistas de forma geral como fornecedoras internacionais de todos os tipos de rolamentos, concorrendo em escala global, e, em conjunto, sendo responsáveis por suprir aproximadamente 75% da demanda mundial de rolamentos. Além disso, uma grande quantidade de fabricantes de rolamentos chineses têm recentemente entrado no mercado mundial de rolamentos o que tem intensificado a concorrência neste setor. Outro fato que impede o exercício de poder coordenado é o grande poder de barganha dos consumidores que também impede qualquer exercício unilateral e

coordenado de poder de mercado por parte dos fornecedores. Em relação ao cartel internacional condenado pelas autoridades antitruste francesas, deve-se ter em mente que o efeito da sentença se estendeu somente ao território nacional e não gerou qualquer impacto sobre as subsidiárias da SKF fora da França. Desta forma, esta prática não gerou qualquer efeito internacional.”

Inicialmente, é equivocado alegar que há muitas empresas com poder de mercado no âmbito de rolamento ou que as estruturas de mercado no mundo, no Brasil e na França são extremamente diferentes. Pelo contrário, *as grandes empresas brasileiras são as mesmas grandes empresas mundiais e as mesmas cartelizadas francesas.*

Market share rolamentos (agregado)

	Mundo (99)	Brasil (00-01)	França (99)
SKF	20,6%	28%	25%
NSK	19,4%	23%	10%
NTN	13,3%	3%	
Timken	10,0%	9%	8%
FAG-INA	9,4%	18%	22%
SNR	-	-	24%
Outros	27,3%	19%	11%

Além disto, não se está aqui julgado o referido cartel que ocorreu na França entre estas empresas. A grande questão é saber se existe a possibilidade das empresas que estão no Brasil entrarem em conluio, ainda que tácito, que lhes permita alguma espécie de poder coordenado e, assim, torne racional a hipótese de que a FPR gere risco à concorrência. Quando se fala em risco, não se está aqui falando necessariamente em dano à concorrência, mas apenas na probabilidade abstrata, objetivamente quantificável, de que um estado de coisas viabilize um maior dano à coletividade, decorrente da diminuição dos incentivos concorrenciais.

Sabendo que as empresas que fizeram o referido cartel na França são dos mesmos grupos transnacionais que as empresas brasileiras, questiona-se: É possível que grupos societários combinem preços em um país mas sejam rivais ferrenhos em outro país? Certamente, que tal hipótese é possível, mas, à primeira vista, parece improvável que os efeitos de combinações transnacionais e empresariais não consigam transbordar para outras fronteiras. Não é demais repetir: Aqui não se está julgando a prática específica do cartel que ocorreu na França, mas, simplesmente, avaliando uma variável histórica, comportamental, dos mesmos grupos empresariais que atuam no Brasil, no mesmo setor, sobre a mesma conduta, e próximo do período de tempo analisado da FPR brasileira.

É com este propósito que o Cade deve voltar sua atenção à França.

Na *Décision* 02-D-57 de 19.09.2002, *relative à des pratiques dans le secteur des roulements à billes et assimilés*, o *Conseil de la Concurrence*, a Autoridade Antitruste da França, investigou e puniu uma prática relativa a alguns acordos de distribuição que grandes empresas fabricantes de rolamentos possuíam à época.

O quadro abaixo explicita quais eram as empresas que pertenciam ao mercado de rolamentos Francês, a saber:

Mercado de rolamentos – França – 99 – Agregado

Empresa	Market share
SKF (empresa sueca)	25%
SNR (empresa francesa)	24%
INA (empresa alemã)	17%
NSK-RHP, NTN, Koyo. (Empresas japonesas)	10%
Timken (empresa americana)	8%
FAG (empresa alemã)	5%
Nadella (American Franco)	4%
Outras	7%

A maioria delas possuía fábricas na França, exceto para as montadoras japonesas e alemãs da FAG. A SKF France controlava a empresa de rolamentos Brie, a RKS empresa e da Companhia de rolamento *Vendée*, estando presente em rolamentos de esferas (25%); rolamentos de rolos cilíndricos (15 a 20%); Rolamentos de rolo afilado (10%); rolamentos autocompensadores de rolos (15%); e várias peças e acessórios (20 a 25%).

Compreendeu-se que o mercado poderia ser analisado de forma diferenciada, dependendo da destinação do rolamento ou do porte do cliente atendido. Verificou-se existir, na França, cerca de 250 distribuidores de rolamentos. Durante a última década, se verificou uma redução do seu número e da formação de grupos nacionais. Também, foi possível observar o surgimento de grupos varejistas, como Doucet, Loudet, Martin Belaysoud e Binnetruy, Orefi, Trumel e Efrapo; dentre outros.

Especificamente quanto ao processo, compreendeu-se que haveria, de forma combinada entre as referidas empresas, a fixação de preços, descontos e bônus no âmbito dos distribuidores. Isto ocorria da seguinte forma. Cada fabricante publicava um catálogo de produtos com um preço unitário, que variava dependendo da quantidade encomendada.

Estes catálogos eram identificados de diferentes formas, dependendo da empresa:

- FAG-France: liste de prix nets distribution au 08 juin 1998,
- NTN: tarif 951,
- INA: tarif 95/01 G,
- SKF: barème d'achats des distributeurs agréés industrie,
- SNR: liste de prix LP794.

Tais listas possuíam uma sistemática de como se daria a precificação por parte da distribuição das referidas empresas. Além disto, houve aumentos de preços de referência fabricantes aplicados em 1993/1994, 1995 e 1998. Os documentos juntados no referido processo revelam quatro ondas de um aumento paralelo das taxas definidas pelos fabricantes para a atenção dos distribuidores: 3% no último trimestre de 1993, 4,5% no segundo trimestre de 1994, 4,5% no primeiro semestre de 1995 3,5% em 1998.

- Pour INA:

L'agence Sonotec, distributeur à Dijon, a communiqué un courrier du 07.12.1993 émanant de La société INA Roulements faisant état d'une hausse de 3% applicable à partir du 17/01/94 (cote 28).

CRD, distributeur à Grenoble, a communiqué une lettre de la société INA, en date du 23/06/94, l'informant d'une hausse de 4,50 % à compter du 01.07.1994 (cote 40). Par courrier du 27.02.1995, INA informe Sonotec d'une hausse de 4,50 % de son tarif distribution GL 94 pour toute commande à compter du 03.04.1995 (cote 49). INA fait état dans une note interne du 23.12.1997 d'une hausse de 3 % prévue pour mars 1998 (cote 63).

- Pour SNR:

SNR a annoncé à l'agence Sonotec, par courrier du 4 novembre 1993, une hausse moyenne pondérée de 3 %, à compter du 03.01.1994 (cote 27). Par courrier du 17.06.1994, elle informe la société IMA d'une hausse de 4,5 % à compter du 11 juillet 1994 (cote 35). Le 01.02.1995, elle annonce par courrier circulaire une hausse de 4,50 % à compter du 1er mars 1995 cote 52). Un document saisi dans le bureau de M. Pinchon, directeur marketing SNR, daté du 29.09.1997, fait état des dates d'annonce et d'effet d'une hausse de 3,5 % des tarifs des principaux concurrents de la société SNR, et, pour cette société, indique que cette hausse sera annoncée le 15.12.1997, avec effet au 01.02.1998 (cote 76).

- Pour FAG:

Deux circulaires de FAG, datées du 11.10.1993, indiquent "nous avons entrepris depuis deux ans, une harmonisation européenne de nos prix et la dernière étape nous amène à appliquer, à compter du 2 novembre 1993, une hausse moyenne pondérée de", concluant pour l'une, à une hausse de 3 %, et pour l'autre, à une hausse de 4,5% (cotes 25 et 26). FAG a adressé à l'ensemble de ses distributeurs

un courrier daté du 8/6/94 annonçant une hausse des tarifs de 4,50 % à partir du 1er juillet 1994 (cote 41). Le 31.01.1995, elle a adressé un courrier type à ses distributeurs les informant d'une hausse tarifaire de 4,50% sur toutes les livraisons à partir du 20 février 1995 (cote 50). Par courrier du 27.09.1995, FAG annonce une hausse linéaire de 5% sur toutes ses livraisons à compter du 06.11.1995 (cote 54). Une lettre circulaire de FAG aux distributeurs annonce le 20.10.1997 une hausse linéaire de 3,5 % à compter des livraisons au 20.01.1998 (cote 60).

- Pour SKF:

Par courrier du 20.10.1995, SKF a récapitulé les hausses de tarifs distributeurs qu'elles a annoncées au cours de la période: une hausse de 3,2% le 01.01.1993, une hausse de 3% le 15.11.1993, une hausse de 4,5% le 20.06.1994 et une hausse de 4,5% le 06.02.1995 (cote 56). Une lettre du 07.10.1997 annonce cette dernière hausse (cote 44). La hausse du 20.06.1994 est mentionnée dans un courrier du 31.05.1995 (cote 34). Une lettre circulaire de SKF aux distributeurs annonce le 01.10.1997 une hausse linéaire de 3,5% linéaire à compter des livraisons au 01.01.1998 (cote 57).

- Pour NTN:

NTN a annoncé, le 20 juin 1994, le relèvement de son tarif 932 "distributeur" de 4,50%, hausse entrant en vigueur au 11.07.1994 (cote 31). Une lettre circulaire de NTN aux distributeurs annonce le 17.12.1997 une hausse linéaire de 3,5% linéaire à compter des livraisons au 16.02.1998 (cote 62).

Aumentos dos preços de revenda na França

Tarif	Date d'annonce	Date d'effet	Hausse notifiée
FAG	11/10/93	02/11/93	3,0 %
SNR LP 194	04/11/93	03/01/94	3,0 %
SKF		15/11/93	3,0 %
INA 94/01G	07/12/93	17/01/94	3,0 %
FAG	08/06/94	01/07/94	4,5 %
SNR	17/06/94	11/07/94	4,5 %
SKF	31/05/94	20/06/94	4,5 %
INA	23/06/94	01/07/94	4,5 %
NTN	20/06/94	11/07/94	4,5 %
FAG	31/01/95	20/02/95	4,5 %

Tarif	Date d'annonce	Date d'effet	Hausse notifiée
SNR	01/02/95	01/03/95	4,5 %
SKF	07/10/94	06/02/95	4,5 %
INA	27/02/95	03/04/95	4,5 %
FAG	27/09/95	06/11/95	5,0 %
SKF	01/10/97	01/01/98	3,5 %
FAG	20/10/97	20/01/98	3,5 %
SNR	15/12/97	01/02/98	3,5 %
INA	23/12/97	03/98	3 %
NTN	17/12/97	16/02/98	3,5 %

Diversas declarações e documentos obtidos pela Autoridade Francesa indicavam a vontade de harmonizar as tarifas entre concessionários de diferentes fabricantes. Tal prática ocorria com a disponibilidade de troca de informação prévia para anúncios de aumentos dos diferentes distribuidores.

Para comprovar este tipo de afirmação, a Autoridade Francesa juntou as declarações feitas em 05.01.1999, pelo Sr. Le Dosseur, CEO de rolamentos INA, no sentido de que compreendia correto haver uma normalização das taxas para fabricantes de rolamentos. Também, citou-se um documento manuscrito, datado de 09.06.1993, preparado por MP Kempf, diretor da empresa SNR França, apreendido nas instalações da SNR em 26.03.1998. Tal documento, marcado como "confidencial", estava escrito da seguinte forma:

"Tarif 94

K France (lire SKF France) a reçu des instructions de Suède:

– hausse au 1.10.93 de + 3% minimum

(...)

Décision K. France

– application au 1.11.93

– réserves sur le niveau de 3 % eu égard à la faible inflation en France

– établissement des documents suivants:

1.1 tarif confidentiel pour ses distributeurs (...)

2.1 tarif publié à diffusion restreinte (...)

3.1 barème d'achat à l'usage des distributeurs (8000 références) avec prix nets calculés avec des remises de 56 % si Q mini faible ou non respectée

ou 60% remise générale

ou 64% pour les prof

En fait, la 'fameuse' remise de 65,6 % devient remise 60% et les + 10 % accordés aux 'prof' → 64%

– Au 1.1.94, avec la suppression des aides, K fera bénéficier ses distributeurs 1 amélioration de 10 % sur ses superstandard ce qui mettra les prof à 67,6% et les autres à 64%

Décision FAG France

– suit la méthode K en souhaitant

– un rendement net de 3% mini (...)

– une harmonisation commune des super standard

Ce que nous demandent K et FAG être les premiers à sortir 1 tarif au 01.11.1993 (surtout FAG) en prenant comme référence le tarif allemand et en appliquant les mêmes remise qu'eux cad

60% sur remise générale

64% sur les prof (...)."

É possível verificar que havia uma comunicação explícita entre as referidas empresas para estabelecer taxas/tarifas de distribuição semelhantes. Também, Paulo Bordeaux, diretor comercial da SNR e Paulo Kempf, já referido, declararam, em relatório datado de 02.12.1998, que fizeram reuniões em cafés parisienses para discutir este tipo de questão, tendo participação específica da SKF:

"Les fabricants de roulements NSK, Koyo, FAG, SKF et nous-mêmes se sont rencontrés le 17 décembre 1993. Cette réunion a eu lieu dans un café de la région parisienne dont on ne se rappelle plus l'adresse... lors de cette réunion, SKF a remis à l'ensemble des participants présents des grilles de remises maximums qu'il aimerait bien voir appliquer par les participants... le représentant FAG a remis une grille de remises établie par sa maison-mère en Allemagne, suggérant aux participants de s'en inspirer."

Foram citadas uma série de outras provas e documentos, como uma nota manuscrita do Sr. Pinchin, diretor de *marketing* SNR, confirmando encontros neste sentido. O Depoimento de Rey, Diretor de uma agência de rolamentos e da FAG e SKF no seguinte sentido: "No início de 1998, houve aumentos similares de nossos fornecedores FAG e SKF. Tenho certeza que houve um acordo entre duas empresas para definir um preço equivalente no mercado. Para uma referência dada, há o mesmo preço da FAG e SKF". Um ex-gerente de compras em Pechiney, Sr. Verstraete disse: "Um aumento de 9% sobre os produtos, de cunho padrão, tem sido cumprido em julho de 2000 para os distribuidores e os departamentos de compras da Pechiney. Os principais autores deste aumento são FAG, SKF e SNR. Esta combinação aumenta, juntamente com resultados a longo desde 1994, sendo demasiado evidente para ser considerado aleatório ou inocente".

Verificou-se, também, no mencionado processo, que as empresas SKF, FAG, e SNR tinham regras muito bem estabelecidas entre as empresas produtoras de rolamentos e seus respectivos distribuidores.

Sobre a SNR, há diversos relatos a respeito da criação de zonas de influência destes distribuidores, a saber: De acordo com declarações recolhidas, não havia contrato escrito que formalizasse a relação comercial entre SNR e seus distribuidores. Mr. Thi, gerente de compras Estabelecimentos Guiffroy disse: "(...) não há acordo de distribuição formal entre nós e SNR (...)". Da mesma forma, Guy Rivas, a sociedade CMTPI confirmou que: "(...) não existe contrato escrito entre SNR e nós (...)". Todavia, os distribuidores da SNR se beneficiavam de uma exclusividade de venda sobre em um território. Vários relatos confirmavam a natureza absoluta da referida exclusividade, sendo que os fabricantes retiravam do distribuidor todo suporte técnico e/ou comercial quando este ousasse realizar uma venda fora de sua área de influência.

O Sr. Michel Bricotte, CEO da Sonotec, disse em um relatório datado de 19.10.1995: "(...) nós temos uma área geográfica que respeitamos. Para SNR, temos o território da Côte d'Or (...) evitamos sair porque, em caso de problemas técnicos, o fabricante não irá prestar assistência técnica (...)". Mr. Thi, citado acima, também afirmou o seguinte: "(...) Somos um distribuidor autorizado da SNR (...) nossa área fica a leste do Isère e algumas cidades vizinhas de Loire, Rhône e Drôme. Se um cliente fora da zona decide abrir uma conta (...) para comprar da SNR, nós sempre indicamos um distribuidor SNR local. A exclusividade territorial é reforçada pelo fato da SNR retirar a sua assistência técnica para um cliente fora da área (...)\" (c.160).

Todas as demais empresas também tinham uma certa divisão do território de suas próprias redes de distribuição. No caso específico da SKF, os seus distribuidores formalizaram um contrato chamado "Passport pour l'avenir". O referido contrato previa explicitamente a exclusividade de venda sobre um território, sendo esta prática adotada por todas as empresas do setor.

A SKF foi punida em 7.900.000 euros pela Autoridade Francesa por ter feito a referida combinação de taxas de preço na distribuição de rolamentos.

Rivalidade intermarcas

Sabendo que há fortes vínculos societários entre as referidas empresas, que todas as variáveis econômicas demonstram condições excelentes para o estabelecimento de colusão tácita no setor, tendo conhecimento que as mesmas empresas que atuam no Brasil já realizaram acordos restritivos à concorrência em outros países (envolvendo FPR), tem-se aqui uma dificuldade muito grande em aceitar o argumento de que o risco à concorrência é nulo pelo estabelecimento de preços de revenda, seja porque (a) há poder coordenado entre as empresas e (b) há racionalidade na facilitação de possível cartel na produção de rolamentos.

Se tal prática é considerada per se ilícita ou se a mesma deve ser analisada por uma regra da razão rígida, em ambas hipóteses, independentemente da memorável

discussão teórica, tal conduta certamente está à margem da legalidade. Aqui não há condições objetivas para afirmar, com razoável grau de certeza, que a concorrência intermarcas consegue, por si só, afastar o risco concorrencial que foi assumido pela representada.

2.3.4 Da prática específica

Não bastasse todo o debate já travado, de acordo com Mattos, a prática de FPR não foi seguida pelos revendedores. É verdade que alguns países exigem a observância específica por parte da revenda destes preços, a exemplo do teste francês da “*application significative*” em que há necessidade de se ter algum impacto nos preços ou mesmo nos níveis de dispersão da revenda (antes e após a prática de FPR).³⁴ No presente caso, não houve uma mensuração dos níveis de dispersão de preços de revenda.

Todavia, no Brasil, aparte da discussão já travada sobre crime impossível, havendo risco anticoncorrencial, o art. 20 da Lei 8.884 é explícito ao dispor que a *efetiva obtenção* do efeito anticompetitivo de uma possível conduta é irrelevante para caracterização da infração. Neste âmbito, cabe questionar, apenas, se havia, à época da conduta, ou não, o risco do que aconteceu na França ser replicado no Brasil, tendo consequências indesejáveis.

Sobre este aspecto, entendo que o risco não só era grande como era proibitivo. Ora, a SKF conhecia as variáveis do mercado, tinha participado de esquemas semelhantes que restringiram a concorrência em outros países, no âmbito da distribuição, e, mesmo assim, concordou em fixar *markups* na distribuição de rolamentos no mercado nacional. Tal conclusão é independente da aplicação efetiva dos preços tabelados pelos revendedores.

Outrossim, no que diz respeito à defesa da conduta com base em argumentos de eficiência, não creio que se deva concordar com a mesma por dois motivos simples:

- Primeiro: Se eficiências existiam, não haveria sentido da prática de FPR ter durado tão pouco tempo, como alegado pela SKF. Ora, após sete meses de conduta o atendimento pré-venda deixou de ser essencial? A representada alega que o monitoramento da prática foi custoso demais. Por outro lado, isto por si só demonstra que a FPR não era “essencial” como único meio para garantir a diferenciação do atendimento na revenda. Se houve uma limitação da concorrência em troca de

34. Sobre este aspecto, a França exige, para considerar FPR ilícita, que os preços sejam conhecidos pela revenda “*évocation des prix*”, que exista uma política de preços específica com possíveis sanções aos desviantes “*police des prix*” e que exista uma observância significativa dos preços de revenda “*application significative*” (ver 06-D-04). Ocorre que quando não há uma observância significativa busca-se avaliar se o nível de dispersão de preços de revenda antes da prática é diferente do nível de dispersão de preços após a prática.

uma eficiência que poderia ter sido obtida por outro meio, então, é muito provável que as eficiências não sejam uma defesa correta a ser apresentada à autoridade concorrencial.

• Segundo: De todo modo, assumindo o *standard* europeu, da ilicitude pelo objeto, compreendo que a SKF não se desincumbiu do ônus de demonstrar as eficiências de sua conduta.

Assim, ousou discordar dos órgãos instrutórios e do Conselheiro relator e entendendo que a empresa deva ser punida pela referida prática de fixação de preços de revenda.

3. Individualização da pena

Uma vez verificada a existência de ilícito concorrencial, passa-se a analisar e individualizar a pena.

Da dosimetria da pena

Como não houve quantificação da vantagem auferida pela representada, em consonância com o art. 23, I, da Lei 8.884/1994, a pena em abstrato deve ser a de “multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos”.

Quanto aos incisos do art. 27 da Lei 8.884/1994, deve-se levar em consideração que a infração é de elevada gravidade (conforme art. 27, I, da Lei 8.884/1994). Estamos julgando uma prática unilateral, assim, por não se tratar de uma *societa sceleris*, cartel, cuja reprovabilidade tende a ser maior, tal fator deve ser levado em consideração.

Não se tem notícia de qualquer vantagem auferida ilícita, conforme dispõe o art. 27, III, da Lei Concorrencial. A infração foi consumada, mesmo que tenha tido alguma dificuldade em sua implementação (art. 27, IV, da Lei Concorrencial). Houve um risco de lesão concorrencial, objetivamente determinado conforme exposto ao longo do voto (art. 27, V, da Lei Concorrencial), por outro lado, não é possível alegar que tenham ocorrido, necessariamente, efeitos econômicos negativos no mercado (art. 27, VI, da Lei 8.884/1994). Sabe-se que o infrator é empresa já estabelecida no mercado e de porte razoável (art. 27, VII da Lei 8.884/1994). Como fator atenuante adicional, não se verificou nenhum tipo de reincidência, bem como a prática durou apenas 7 meses.

Assim, compreendo que a representada deva ser multada em 1% do seu faturamento do ano anterior à abertura deste processo administrativo. A SKF esclareceu que a AB SKF é a empresa controladora do Grupo SKF e uma empresa holding e, dessa forma, não está envolvida de qualquer forma com as atividades da SKF do Brasil Ltda. ou com quaisquer outras subsidiárias do Grupo SKF localizadas na Suécia ou em outras jurisdições. Em 2000, a SKF do Brasil registrou um faturamento bruto de (confidencial). Para efeito de cálculo da multa, nos termos do art. 11 da Lei 9.021/1995 será considerado o faturamento do estabelecimento no exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, corrigido segun-

do os critérios de atualização dos tributos federais pagos em atraso, até a data do recolhimento da respectiva multa. (ver: [www.receita.fazenda.gov.br/Pagamentos/jrselic.htm]). Confidencial. Portanto, o valor da multa de 1% deste faturamento atualizado corresponde a (confidencial).

4. Da conclusão

Por todo o exposto, considero a Representada como incurso do art. 20 e 21, IV e V, ambos da Lei 8.884/1994, e determino:

1. O pagamento de multa, nos termos do art. 23, I, da Lei 8.884/1994, no valor acima mencionado, qual seja, a confidencial.

2. A Representada deverá comprovar o cumprimento da decisão no prazo de 30 (trinta) dias a contar da publicação desta decisão.

É como voto.

Brasília, 19 de janeiro de 2010 – VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO, Conselheiro do Cade.

Processo Administrativo 08012.001271/2001-44.

Representante: Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania/Procon-SP.

Representada: SKF do Brasil Ltda. – advogados: Marcelo Procópio Calliari, Daniel Andreoli de Oliveira e outros.

Relator: Conselheiro César Costa Alves de Mattos.

Voto-vista: Conselheiro Marcos Paulo Verissimo.

Ementa: Processo Administrativo. Fixação de preços de revenda – art.s 20, I, e 21, XI, da Lei 8.884/1994. Mercados relevantes de produção e distribuição de rolamentos, retentores, ferramentas de manutenção e equipamentos de monitoramento. Votos do Conselheiro relator Cesar Mattos e do Conselheiro Olavo Chinaglia pelo arquivamento, e dos Conselheiros Vinicius Marques de Carvalho e Ricardo Machado Ruiz, bem como do então Presidente Fernando Furlan pela condenação. Definição dos standards de ilicitude e do regime de distribuição dos ônus probatórios que devem circunscrever a adequada incidência da regra da razão no âmbito específico da conduta de imposição de preços mínimos de revenda. Ausência de incompatibilidade entre a regra da razão e sistemas mais ou menos rígidos de presunção de ilegalidade nos termos da legislação nacional e das experiências internacionais. Voto pela condenação da representada.

VOTO-VISTA – 1. Trata-se de processo administrativo instaurado para investigar a prática de fixação de preços de revenda por parte da empresa SKF do Brasil Ltda. (“SKF”).

2. Após longa instrução, devidamente sumariada no relatório de (f.) (autos públicos), o processo foi incluído na pauta da 455.^a Sessão Ordinária de Julgamento do Cade, realizada em 11.11.2009. Na ocasião, o Conselheiro relator, César Costa Alves de Mattos, votou pelo arquivamento do processo, acompanhando, portanto, o parecer da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE). Assim procedeu por entender, em resumo, (a) que “os efeitos d[a] RPM [fixação de preço de revenda, no acrônimo em inglês¹] sobre o bem-estar são considerados ambiguos” (f.), (b) que, via de regra, o interesse do agente a montante (o produtor) é o de reduzir a margem do agente a jusante (o distribuidor) e não o inverso, mitigando assim o problema da chamada “dupla marginalização”, não havendo portanto incentivos ou racionalidade para que ele queira reduzir os níveis de competição na rede de distribuição com propósitos puramente anticompetitivos (f.), (c) que, portanto, a conduta só pode ser explicada, em mercados com razoável competição intermarca, por outras eficiências que a caracterizem, sendo a mais importante a redução do efeito carona no serviço ou na publicidade entre os varejistas, ou, alternativamente, (d) “como instrumento de facilitação de cartéis, seja no mercado a jusante, seja a montante” (f.), mas apenas em mercados propensos à colusão na dimensão intermarcas, (e) que a conduta, no Brasil, não pode ser tratada de forma *per se* (f.) e (f) que, no caso concreto, *apesar de não haver nenhuma prova da presença, mesmo em tese, de eficiências*, também não haveria prova do “intuito de promover a coordenação *upstream* ou *downstream*”, nem “de que os *mark ups* tenham sido, efetivamente, seguidos ou impostos” (ou seja, de que a ameaça de coação da SKF sobre os distribuidores se tenha tornado real), o que ensejaria, por si só, o arquivamento (f.).

3. Após o voto do relator, o então Conselheiro Vinicius Marques de Carvalho pediu vista dos autos e, ao trazê-los de volta à mesa para julgamento, abriu divergência e votou pela condenação da Representada.

4. A condenação da Representada fundou-se, nesse voto divergente, em múltiplos fundamentos autônomos, dos quais destaco os seguintes: (a) seria, no presente caso, “incontroverso que houve fixação de preços de revenda” (f. do voto em sua versão confidencial), (b) a fixação de preços de revenda seria conduta específica e expressamente repudiada pelo art. 21, XI, da então vigente Lei 8.884/1994 (f.), (c) a coação, no caso, estaria provada a partir da “ameaça clara e explícita de desfiliação do revendedor da rede da SKF” (f.), (d) várias jurisdições antitruste estrangeiras considerariam a fixação de preços de revenda como uma conduta altamente suspeita, contrariando portanto a posição do relator, que considerou, no mais das vezes, “inexistir racionalidade econômica na conduta” (f.), (e) haveria, no caso, evidências societárias, econômicas e históricas de colusão na indústria a

1. Deste ponto em diante utilizarei, para referir-me à mesma conduta, de seu acrônimo em português (FPR).

que pertence a requerida (f.), havendo, portanto, fortes indícios de que ela coloque riscos para o bem-estar geral, (f) nesse contexto, “*caberia à SKF o ônus probatório da inexistência de risco anticompetitivo de aludida prática*” (f.), sendo irrelevante, nos termos da lei brasileira, a efetiva consolidação desse risco em prejuízo concretamente ocorrido para o bem-estar do consumidor (f.). Em resumo, segundo esse voto divergente, “assumindo o *standard* europeu, da ilicitude pelo objeto”, a SKF não se teria desincumbido do “ônus de demonstrar as eficiências de sua conduta” (f.), justificando-se por isso sua condenação.

5. Prosseguindo o julgamento, houve votos dos Conselheiros Ricardo Machado Ruiz e Fernando de Magalhães Furlan (então presidente do Cade) pela condenação da Representada e do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia pelo arquivamento do processo.

6. Após o voto-vista do então Presidente, na 506.^a Sessão Ordinária de Julgamento, o julgamento foi suspenso diante de pedido de vista por mim formulado.

7. A razão fundamental de meu pedido de vista está no evidente caráter de precedente de que se reveste este caso. Trata-se de um ponto já sublinhado no voto-vista do então Conselheiro, hoje Presidente Vinícius Carvalho, para quem “este precedente representa um marco extremamente relevante e traz consigo um questionamento que ultrapassa as fronteiras específicas desta infração, nos levando a pensar, de forma generalizada, sobre a forma como o SBDC irá se posicionar a respeito da conduta de fixação de preços de revenda em situações futuras” (f.).

8. A meu ver, o que está em jogo neste julgamento é de fato a *própria definição dos standards de prova (e de distribuição de seus respectivos ônus) que serão usados pelo CADE para avaliar acordos de imposição de preços mínimos de revenda*. Trata-se, obviamente, de um tema da maior importância, que diz com a própria função de um tribunal especializado como o Cade: estabelecer uma jurisprudência racional capaz de tornar operativos, claros e seguros os termos de uma legislação aberta e eminentemente principiológica como é a legislação de proteção da ordem econômica.

9. Especificamente, interessa-me explorar neste voto, com um pouco mais de vagar, um dos pontos específicos tratados no voto do então Conselheiro Vinícius Carvalho, consistente na submissão da conduta aos *standards* da “regra *per se*” ou da “regra da razão”. Trata-se de um tema que, a meu ver, tem gerado importantes confusões no âmbito do direito antitruste brasileiro, e que merece, por isso, tratamento cuidadoso. Esse tratamento já foi iniciado no voto do então Conselheiro Vinícius Carvalho, especialmente a partir de uma detida análise das experiências estrangeiras e também da própria legislação brasileira, levando-o a um resultado com o qual eu concordo integralmente: o de que era ônus da SKF provar eventuais eficiências ou mesmo o caráter pró-competitivo da conduta, justificando-se sua condenação na medida em que (a) ela não se desincumbiu dessa prova, e (b), houve, em contrapartida, prova incontestada da prática objetiva do fato presumido como ilícito (ou seja, da fixação de preços de revenda).

10. Esse é, evidentemente, apenas um entre múltiplos fundamentos presentes no voto do então Conselheiro Vinícius Carvalho para fundamentar a condenação, havendo, ao lado desse, toda uma discussão independente de colusão no setor que poderia, nos termos da divergência, sustentar, sozinha, a condenação. Contudo, não quero me ater a essa outra discussão, pois, do ponto de vista de política jurisprudencial, o tema que aqui quero explorar parece-me mais premente, mais urgente, e também capaz, por si só, de sustentar a condenação da representada.

11. O que pretendo esclarecer é que, a meu ver, trata-se de um importante equívoco procurar apartar, a partir de suas próprias naturezas, aquilo que normalmente chamamos de regras “*per se*” e “da razão”, procurando assim definir contornos específicos, rígidos e únicos para uma e para outra e defender, a partir daí, que o sistema jurídico nacional adota uma e não a outra, ou ambas, ou nenhuma delas no trato das condutas anticompetitivas.

12. Na verdade, entendo que o que chamamos de regras “da razão” e “*per se*” nada mais é senão os dois pontos extremos de uma mesma escala de presunções (algumas absolutas, outras relativas) de que lança mão o direito pra lidar, pragmaticamente, com o leque de condutas anticompetitivas, aproximando umas da presunção de ilegalidade, outras da presunção de legalidade, e colocando outras tantas em várias posições intermediárias, por razões de política legislativa e jurisprudencial. A tais presunções corresponde, no processo administrativo, um leque também variado de arranjos possíveis de distribuição de ônus probatórios entre a autoridade persecutora e as pessoas físicas e jurídicas investigadas, cada qual sendo compatível com um tipo específico de conduta, na medida, naturalmente, de sua gravidade e da frequência com que ela produz efeitos deletérios.

13. Esclarecer isso e determinar, a cada caso, em que grau dessa escala deve ser colocada cada conduta específica, determinando os *standards* de prova necessários para sua configuração, as excludentes específicas de ilicitude que são admitidas, os limites de poder de mercado unilateral ou coordenado que serão exigidos para sua configuração, entre outros temas, é, como já ressaltai, a mais importante tarefa de que este tribunal especializado é incumbido, traduzindo sua missão última que é a de tornar, como dito, operativo e algo mais estável um ramo do direito particularmente árido, principiológico e de difícil operação como é o direito antitruste, especialmente no âmbito do controle de condutas.

14. Estes foram os motivos que fundamentaram o meu pedido e estes são os temas que passo aqui a analisar à luz do caso concreto.

1 – Sobre o caráter “ambíguo” da FPR: as dúvidas da teoria econômica acerca de seu caráter anticompetitivo ou pró-competitivo e as implicações dessa “dúvida” em termos de política jurisprudencial

15. Existe, há mais de um século, intenso debate na teoria econômica sobre as implicações concorrenciais e de bem-estar coletivo da FPR, com posições que

vão desde aquela aparentemente sustentada pelo Conselheiro César Mattos em seu voto neste caso, de que a conduta seria quase sempre justificada por eficiências e que não haveria interesse do fornecedor em aumentar injustificadamente as margens de seus distribuidores, sendo ela, portanto, benéfica como regra, até o argumento do Juiz Breyer em seu voto dissidente no caso *Leegin*, reproduzido no voto do então Conselheiro Vinícius Carvalho, de que “a FPR causa males com frequência e regularidade, mas não há certeza de quão comuns são os benefícios encontrados na referida prática”.

16. Na verdade, esse dissenso é tamanho que, do ponto de vista da política jurisprudencial e legislativa, há quem defenda que a prática deveria ser considerada ilícita pelo próprio objeto, sem margem sequer a defesas baseadas em eficiências específicas (como era o regime norte-americano desde 1911 até 2008), até os que defendem que a conduta deveria ser considerada *licita* pelo próprio objeto, de sorte a nunca poder ser punida. Daí a afirmação do Dr. César Mattos, em seu voto, de que “os efeitos do RPM (FPR) sobre o bem-estar são considerados ambíguos”.

17. Um dos principais efeitos negativos apontados – que é de especial relevância para a análise deste caso – é de que a fixação de preços seria um facilitador para uma conduta colusiva por parte dos revendedores.

18. De fato, como anota Hovenkamp, a imposição de FPR foi usada, em muitos casos, para facilitar a organização de um cartel. Segundo ele, “(...) a decisão dada em *Dr. Miles* condenando pela primeira vez a FPR foi o resultado de um dos maiores cartéis da história americana – um acordo entre membros das associações nacionais de atacado e varejo de drogas para fixar os preços de medicamentos patenteados.”² O autor afirma, ainda, que em todas as primeiras decisões dos tribunais americanos dadas em casos de FPR havia fortes evidências tanto de colusões horizontais quanto verticais.

19. Segundo Hovenkamp, haveria fundamentos econômicos para crer, também, que a FPR poderia ser utilizada, no âmbito de um acordo entre revendedores, como um dispositivo para excluir do mercado ou pelo menos retardar a entrada de outras empresas revendedoras.

20. Contudo, o mesmo autor afirma que a fixação do preço de revenda pelo produtor é, muitas vezes, uma tentativa de evitar o *problema do carona (freerider)*, ou seja, a deterioração das condições de serviço ou promoção por parte de alguns distribuidores com o objetivo de reduzir seus preços de revenda e, assim, ganhar injustificadamente espaço de mercado em detrimento de outros distribuidores que gastam mais com serviços e promoção e que, por isso, são obrigados a praticar preços mais altos. Na teoria econômica, essa passou a ser, fundamentalmente, a

2. Cf. Herbert Hovenkamp. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. St. Paul: Thomson Reuters, 2011. p. 465.

principal justificativa teórica para a utilização lícita da FPR em mercados sujeitos à diferenciação por serviços de venda, pré-venda ou pós-venda.³

21. O raciocínio, no plano teórico, é razoavelmente simples. Um consumidor interessado em comprar um carro, por exemplo, teria incentivo de informar-se sobre o produto na loja que oferecesse os melhores serviços de pré-venda, mas iria acabar comprando na loja que oferecesse o menor preço. Apesar de oferecer um serviço melhor, a primeira loja não conseguiria, no longo prazo, concorrer com a loja que oferece o menor preço e seria expulsa do mercado, ou, alternativamente, acabaria por reduzir seus próprios níveis de serviço. O resultado final seria a deterioração das condições de serviço em toda a rede distribuidora e a perda de *market share* do fornecedor para outras marcas de carros dotadas de uma rede de distribuição provida de melhores serviços. Para evitar esse efeito, a montadora precisaria incentivar a oferta de serviços de pré-venda por suas revendedoras, uma vez que esses serviços são considerados fundamentais para a tomada de decisão do consumidor, e uma forma de fazê-lo seria fixar um preço de revenda para todas as concessionárias que, assim, teriam que oferecer o carro pelo mesmo preço. Com o preço de revenda fixado pela montadora, as concessionárias poderiam oferecer serviços adicionais para atrair os consumidores, e passariam a competir por serviços e não por preços. De acordo com Hovenkamp: "(...) com o preço final de venda fixado, ambos os revendedores irão competir entre si não por preços, mas pela quantidade de serviço que podem fornecer".

22. Outras eficiências usualmente associadas à prática de FPR estão relacionadas à melhor distribuição do produto, ao incentivo à entrada de novo fornecedor no mercado e à redução da assimetria de informações entre fornecedores e distribuidores, mas são, via de regra, laterais e menos importantes que aquela relativa ao efeito carona, salvo, eventualmente, a de incentivo à introdução de um *novo produto* no mercado, que pode, de fato, e por um curto período, ser promovida racionalmente mediante a garantia de margens mínimas para a rede de distribuição.

23. Além disso, é comum defender-se que a fixação de preço de revenda também pode ser utilizada para garantir que o distribuidor tenha interesse em expandir seu portfólio de produtos, dispondo-se a ofertar, junto com produtos mais rentáveis, outros de sucesso comercial mais incerto, promovendo, assim, um interesse legítimo do fornecedor. Hovenkamp dá o exemplo de uma editora que deseje vender seus livros em uma grande livraria. De todos os livros ofertados pela editora, apenas alguns farão sucesso comercial, e a FPR poderia, neste caso, garantir às livrarias uma boa margem de lucro nos livros que farão sucesso, viabilizando a distribuição de livros com menos sucesso comercial e aumentando, assim, o bem-estar do consumidor, que terá acesso a uma gama maior de produtos.

3. Todas as referências seguintes correspondem ao mesmo trabalho citado na nota anterior, e dizem respeito, basicamente, às sessões iniciais do Cap. 11 (*Intrabrand restrains on distribution*).

24. Não há, contudo, nos estudos econômicos, uma teoria geral dominante sobre os efeitos líquidos de restrições verticais de preço. Segundo o próprio Hovenkamp, “nós temos relativamente pouca informação de quantidade sobre a frequência com que restrições como a FRP são usadas por razões pró ou anticompetitivas”.⁴

25. Há, ao contrário, um razoável consenso (reproduzido, aliás, nestes autos), de que as dúvidas levantadas pela teoria econômica acerca do caráter benéfico ou prejudicial das restrições verticais ligadas a preço (especialmente a FPR) não foram até hoje acompanhadas ou fundadas em dados empíricos e, até por isso, a evolução do debate correspondente (a) colocou-se, até este momento, quase que exclusivamente em um plano puramente teórico e (b) provocou importantes guinadas de entendimentos ao longo dos anos.

26. Alguns, como aliás, de alguma forma, o próprio Hovenkamp, defendem que estas dúvidas seriam uma razão importante para lidar com a conduta debaixo de uma “regra da razão estrita”, ou seja, de um juízo de razoabilidade feito caso a caso e destinado, sempre, à realização um exame específico de efeitos líquidos positivos ou negativos concretamente produzidos. Segundo o próprio autor, a enorme instrução que esse tipo de exame exige teria a virtude de fornecer aos economistas material de pesquisa capaz de resolver, de uma vez por todas, a questão de saber se a conduta é em geral benéfica ou deletéria.⁵ O problema, como ele mesmo aponta, é que, “infelizmente, os serviços ‘educativos’ produzidos por um contencioso antitruste baseado em uma regra da razão desse tipo são extremamente caros”, e, mesmo no sistema americano posterior a *Leegin*, nada garante que venha a ser esse (o exame caso a caso de efeitos líquidos, sem outras qualificativas) o *standard* a ser adotado.⁶

27. Um ponto que merece ser ressaltado, contudo, é a existência de pelo menos um efeito negativo da FPR que é incontestável, que ocorre sempre, por força necessária da imposição dessa prática. Trata-se, evidentemente, do aumento do nível de preços intramarca. Por definição mesmo, a prática da FPR impede que certos distribuidores vendam dados produtos a preços mais baixos que um determinado patamar, impedindo, portanto, que os consumidores que preferem esse produto em relação a outros similares possam aproveitar-se dos ganhos de bem-estar que seriam daí decorrentes. Supondo ainda um certo nível de diferenciação entre os produtos que concorrem no mercado *intermarcas*, seja em virtude de preferências de marca, diferenças de qualidade, ou outras semelhantes, é razoável supor, ainda, uma possível redução de quantidades em relação ao ponto ótimo concorrencial, gerando, assim, nos limites da diferenciação, efeitos econômicos semelhantes aos de um cartel.

4. Idem, p. 490.

5. Idem, p. 536.

6. Idem, *ibidem*.

28. Esse é um ponto admitido e explicado pelo próprio autor já mencionado acima, o qual é, por sinal, defensor de um tratamento particularmente “brando” para a conduta em questão. Como ele mesmo admite, “mesmo uma restrição vertical que aumenta quantidades pode às vezes ser ineficiente,” especialmente em mercados que “contêm consumidores marginais, que precisam ser educados sobre as qualidades de um produto particular, e inúmeros consumidores inframarginais, que já apreciam a qualidade do produto e sabem como usá-lo”. Neste caso, “o fornecedor pode aumentar sua oferta oferecendo serviços de venda desenhados a trazer novos consumidores marginais para seu mercado, mas embutir o preço desses serviços no produto de tal forma a que *todos* os consumidores, incluindo os inframarginais, precisem pagar por ele”.⁷

29. O próprio caso *Leegin* é exemplificativo neste sentido, pois tratava, como ressaltado no voto do então Conselheiro Vinicius de Carvalho, de um mercado de bolsas femininas, acessório que dificilmente se enquadra entre aqueles que demandam informações de pré-venda particularmente específicas ou sofisticadas acerca de seus usos e qualidades. Até por isso, os chamados *point-of-sale services* daquele caso foram definidos pela Suprema Corte Americana, simplesmente, como a oportunidade de oferecer aos consumidores uma “experiência agradável de consumo”, algo como as taças de *prosecco* ou *champagne* que algumas lojas de luxo oferecem a seus clientes enquanto escolhem roupas e acessórios. Evidentemente, quando a FPR é utilizada para garantir as “eficiências” representadas por esse tipo de “serviço”, todos os consumidores pagam: não apenas aqueles que entendem ser imprescindível beber o *champagne* para comprar a bolsa, como os que dispensariam, em outras condições, o mesmo tipo de serviço.

30. O ponto, contudo, é que a tarefa que se coloca ao Cade não é a de saber, com grau de verdade científica, qual lado desse debate teórico econômico tem razão. Essa é uma tarefa muito importante, mas que é reservada, exclusivamente, para os debates acadêmicos e científicos da economia. Para o Cade, a questão é decidir como esse caráter ambíguo pode ser traduzido em uma política de interpretação e “enforcement” do art. 21, XI, da Lei 8.884/1994, que seja, ao mesmo tempo, racional para a Administração, justa para o administrado, e de bom senso em termos de incentivos para os agentes do mercado.

31. A meu ver, definir os *standards* de punição da FPR no Brasil é desincumbir-se, exatamente, dessa missão. Trata-se, em resumo, exatamente do mesmo ponto sublinhado pelo Juiz Breyer em seu voto dissidente no caso *Leegin*, segundo o qual “a discussão econômica (...) pode e deve informar o direito antitruste”, mas este “não pode, e não deve, replicar precisamente as visões econômicas (às vezes conflitantes)” em questão. Isso ocorre “porque o direito, ao contrário da teoria econômica, é um sistema administrativo cujos efeitos dependem do conteúdo de regras e prece-

7. Idem, p. 505-506

centes que possam ser aplicados por juizes e juris em tribunais e por advogados na orientação de seus clientes. E esse fato significa que os tribunais terão frequentemente que lançar mão de seu próprio julgamento administrativo, às vezes até para aplicar regras de ilicitude “*per se*” a condutas de negócio que podem, em certas hipóteses específicas, produzir benefícios”.

32. O que Breyer quer dizer com isso é muito semelhante ao que a Suprema Corte Americana ressaltou em um outro julgamento de 1990 (*FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass’n*), no qual comparou as regras *per se* em direito anti-truste às regras de limite de velocidade em estradas. Essas regras de velocidade, segundo a Suprema Corte, seriam como que substitutos imperfeitos (e talvez menos eficientes de um dado ponto de vista singular) de uma outra regra hipotética, mais genérica, destinada a impedir os motoristas de dirigir em velocidade superior àquela permitida por sua própria destreza e pelas condições de clima e estrada. Essa regra hipotética, para ser operacional, deveria obrigar a autoridade administrativa a verificar e provar, a cada caso, as condições específicas de pista, segurança do veículo, destreza do motorista e condições do ambiente, de sorte a fixar, também com vistas ao caso concreto, qual seria, dadas aquelas específicas condições, o limite de velocidade “eficiente”, capaz de permitir ao motorista o aproveitamento máximo dos benefícios que a velocidade traz sem com isso colocar em risco os demais motoristas. Obviamente, esse limite variaria de caso para caso, e, na comparação proposta, equivaleria ao teste específico das “condições de mercado” que determinariam os “efeitos líquidos” da conduta de dirigir a certa velocidade. Ao contrário desse teste *feito para o caso*, as regras de limite de velocidade usam simplificações e presunções e acabam por obrigar um piloto de Fórmula 1 a dirigir seu seguríssimo automóvel de passeio esportivo a, digamos, no máximo 100 ou 120 km/h, em estradas com perfeitas condições de tráfego, quando ele poderia fazê-lo nessas circunstâncias (e de modo perfeitamente seguro) a velocidades bem superiores. Ocorre, contudo, que, se vistas do ponto de vista da política de *enforcement*, tais regras de limite fixo de velocidade são perfeitamente sensatas e eficientes, pois seria muito difícil, custoso e eventualmente arbitrário aplicar, simplesmente, o *standard* da destreza, segurança do veículo e condições específicas de pista a todos os casos de abuso potencial de velocidade. Se isso fosse feito, acabaria por gerar incerteza quanto ao permitido e ao proibido, falta de isonomia em muitos casos, e baixa punição de condutas efetivamente perigosas em tantos outros. Assim, a regra “arbitrária” da fixação de um limite rígido de velocidade, que poderia parecer irracional num primeiro momento, torna-se perfeitamente racional do ponto de vista específico do direito, em outro.

33. A meu ver, a questão, nestes autos, é justamente essa. Se, por um lado, o debate econômico reproduzido acima mostra que não seria sensato (ou mesmo compatível com o texto legal vigente no país, como veremos adiante) simplesmente proibir, de forma absoluta, a fixação de preços de revenda em todas as hipóteses,

sem admitir quaisquer defesas ou exceções (como faziam os norte-americanos até 2008), ele também mostra, por outro lado, que seria igualmente insensato submeter essa conduta a um teste obrigatório de efeitos líquidos negativos concretamente produzidos, semelhante, em tudo e por tudo, àquele hipotético teste de “destreza e condições de pista e ambiente”. Tenho receio, no entanto, que seja mais ou menos isso o que muitos acabam propondo ao dizer que a conduta deveria ser submetida “à regra da razão” e não “à regra *per se*”. Aliás, essa hipótese não seria apenas tão insensata quanto a anterior, mas também tão incompatível com o texto da lei brasileira quanto. A questão, portanto, é a de entender e determinar em que ponto intermediário entre esses dois extremos devem ser fixadas as presunções e os padrões de prova para punição de FPR no Brasil. Não é definir, portanto, se ela se enquadra na regra *per se* ou na regra da razão, mas sim *entender quais devem ser os contornos específicos da regra da razão no que diz respeito a essa conduta*, fixando uma jurisprudência que possa ser, como ressaltado por Breyer, seguida pelo próprio Conselho, entendida e aplicada por juízes, desembargadores, promotores e procuradores, compreendida e obedecida por empresários e assimilada por advogados, de tal sorte a que eles possam aconselhar, com algum grau de segurança, seus clientes acerca das condutas que são tidas por lícitas e aquelas que são tidas por ilícitas.

II – A análise da FPR sob a regra “per se” ou sob a “regra da razão”: um “falso problema”

II.1. A experiência internacional

34. No plano internacional, as preocupações relatadas acima não passaram despercebidas às autoridades judiciárias e administrativas encarregadas da tutela antitruste. A preocupação central de traduzir as dúvidas econômicas sobre os efeitos da FPR em políticas de *enforcement* sensatas, justas e razoáveis marcou, sem exceções, todas as jurisdições relevantes. Por sinal, esse é um ponto que foi exaustivamente tratado no voto do então Conselheiro Vinícius Carvalho, que fez um importante e abrangente inventário da evolução do tema nos EUA, Europa e outros países, focando sua análise, justamente, na submissão da FPR às regras *per se* e da razão. Não quero, aqui, reproduzir o inventário já realizado no voto que abriu a divergência, mas alguns comentários adicionais sobre o tratamento do tema nessas jurisdições são importantes para definir com clareza a minha posição no caso, que é a de *ressaltar a inexistência de uma dicotomia clara entre essas duas regras*, e sublinhar que se trata de extremos de uma mesma escala variável de presunções de licitude e ilicitude, de razoabilidade e irrazoabilidade das condutas, reforçando a necessidade de o Cade definir, em termos de política jurisprudencial, os *standards* de análise correspondentes.

35. Creio que essa tentativa pragmática de traduzir as dúvidas econômicas acerca da FPR em políticas operacionais e minimamente claras de persecução marcou todas as jurisdições já inventariadas pelo voto do então Conselheiro Vinícius Carvalho, e tentarei, adiante, sublinhar isso.

II.1.a. A oscilação da jurisprudência norte-americana

36. Como dito, o voto do então Conselheiro Vinícius Carvalho explorou minuciosamente, em suas (f.), a evolução do tema na jurisprudência da Suprema Corte Americana, ressaltando, ainda, que “a regra sobre FPR modificou-se diversas vezes” naquele país.

37. Como se constata do voto, a primeira importante posição a respeito foi manifestada no caso *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, decidido em 1911. Esse é, a bem da verdade, o primeiro caso importante decidido pela Suprema Corte envolvendo acordos de restrição vertical, e teve por objeto, justamente, uma restrição do tipo *preço fixo*, ou seja, uma prática de FPR. Na oportunidade, a Suprema Corte decidiu que a FPR deveria ser presumida em todas as circunstâncias como ilícita, por ser, por seu próprio objeto, irrazoável. De certa forma, a decisão dialoga com a tradição anterior do *common law* inglês e americano (que será retomada adiante) de separar as restrições à concorrência em dois grupos, distinguindo aquelas que tem *por próprio objeto* restringir a liberdade de comércio (em geral ilícitas), daquelas que são, na verdade, *acessórias a um acordo principal lícito* (que tem objetivo distinto da própria restrição à liberdade de comércio), e que com este guardam relação razoável de dependência, não sacrificando, ademais, a liberdade de comércio de forma desproporcional aos benefícios obtidos pela convenção lícita principal. A decisão, a bem da verdade, sequer usa a expressão “regra *per se*”, apesar de se ter tornado comum dizer que ela inaugurou, no regime americano, o “tratamento *per se*” da FPR. Por isso, Gavil, Kovacic e Baker têm inteira razão quando dizem que “a abordagem *per se* de *Dr. Miles* não decorreu de uma análise econômica elaborada das consequências da FPR,” mas, antes, “da conclusão da Corte de que essas restrições não seriam ‘razoavelmente necessárias’ para a ‘proteção do contratante’ e de que, portanto, seriam ‘não razoáveis’”, refletindo, portanto, “a análise de acessoriedade desenvolvida em *Addyston Pipe*, que a Corte citou expressamente em seu acórdão”. Portanto, ainda segundo os mesmos autores, “a regra *per se* derivada de *Dr. Miles* decorreu mais da percepção de que não haveria um propósito legítimo subjacente” à restrição ao comércio representada pela conduta que “de uma clara conclusão acerca de seus prováveis efeitos competitivos”. No caso, a abordagem desses efeitos prováveis apareceu apenas no voto dissidente de Oliver Wendel Holmes.⁸

38. Essa posição recebe temperamentos e oscilações no sentido de um rigor maior e menor com a conduta em vários outros casos,⁹ sendo que, subsequente-

8. *Antitrust Law in Perspective: Cases, Concepts and Problems in Competition Policy*. St. Paul: West, 2008. p. 356.

9. *United States v. Colgate & Co.*, de 1919, *United States v. Park, Davis & Co.*, de 1960, *United States v. General Electric Co.*, de 1926, *Simpson v. Union Oil Co. of California*, de 1964, por exemplo.

mente, como será visto adiante, é desenvolvida e consolidada, ainda, a tese de que o Sherman Act não proscreve de forma absoluta toda e qualquer restrição ao comércio, mas apenas aquelas “desarrazoadas”. Sem prejuízo disso, o fundamento de Dr. Miles, como visto, foi o próprio julgamento de irrazoabilidade da conduta (de irrazoabilidade *presumida pelo próprio objeto*, como aliás se faz ainda hoje nos EUA nos casos de *fixação horizontal de preços*). Essa permaneceu, de modo geral, como sendo a regra em todos os Estados americanos ao menos até o início da década de 1950, quando a legislação federal permitiu que os Estados membros editassem legislações locais autorizando a FPR, e muitos desses Estados assim o fizeram, contornando, portanto, a proibição contida em Dr. Miles.

39. Como ressaltado na (f.) do voto que abriu a divergência nestes autos, o resultado dessa ação consistiu, em média, numa elevação de preços da ordem de 19% a 27% nos 36 Estados americanos que optaram por autorizar a FPR, o que levou o Congresso Americano a revogar a autorização anterior por meio do Consumer Goods Pricing Act de 1975, restaurando, assim, a proibição absoluta veiculada em Dr. Miles.

40. As críticas a essa posição extrema, contudo, recrudesceram justamente na década de 1970, especialmente por influência da chamada “Escola de Chicago”, que teve enorme influência no campo do direito econômico a partir de então. A agenda de intervenção estatal mínima e liberdade máxima de mercado veiculada por essa corrente de pensamento econômico caminhou, no plano do antitruste, no sentido de questionar o efetivo caráter prejudicial de boa parte das condutas tidas como “suspeitas”, com exceção, unicamente, dos cartéis. No campo das restrições verticais à concorrência, isso significou uma espécie de presunção de que tais condutas deveriam ser presumidas, em regra, como sempre eficientes, e que por isso só deveriam ser punidas em situações extremas, quando se provassem, real e efetivamente, danosas à concorrência em nível superior ao das eficiências que delas decorressem. O teste adequado para tanto deveria ser um *teste caso a caso de custo-benefício*, marcado pela *demonstração e quantificação*, por parte da autoridade antitruste, (a) dos *prejuízos efetivos* da conduta em análise para o mercado relevante em questão, (b) das *eficiências* por ela geradas e (c) do caráter negativo da *soma geral* desses fatores em relação ao bem-estar econômico coletivo. A seguir, chamarei esse tipo de procedimento de análise de “*teste de efeitos líquidos negativos*” e procurarei demonstrar como, por influência da Escola de Chicago, esse teste passa a ser defendido por muitos, quase que indiscriminadamente, como o padrão adequado de análise para a mais variada gama de restrições à concorrência.

41. Em certo sentido, esse tipo de abordagem de custo-benefício para a análise de condutas anticompetitivas já estava, de alguma forma, presente no direito americano desde muito antes da década de 1970, como ressaltado em casos como *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, de 1911, e *Chicago Board of Trade v. United States*, de 1918, relacionando-se àquilo que a Suprema Corte americana chamou, lá nos anos de 1910, de “*regra da razão*”. Esse ponto será retomado

adiante, mas o que é importante ressaltar, aqui, é que essa “regra da razão”, ou da “razoabilidade”, definida pela Suprema Corte nos anos de 1910, não é em nada oposta ou incompatível com os *standards* de presunção de ilicitude definidos em *Dr. Miles*. Aliás, o que ocorre é justamente o contrário.

42. Como visto, *Dr. Miles* fundamenta sua conclusão sobre a ilicitude da FPR justamente na “irrazoabilidade” dessa conduta, ou seja, na “falta de razão”, lida nos termos da anterior experiência do *common law* americano e inglês com as restrições ao comércio, que seria neste caso presumida. Além disso, o caso *Dr. Miles* (que supostamente seria um marco da análise *per se*) foi analisado pela Suprema Corte simultaneamente ao caso *Standard Oil*, e decidido no mesmo ano de 1911, apenas seis semanas antes deste último. Portanto, bem lida a jurisprudência americana da década de 1910, ela jamais apartou em duas categorias distintas a “regra da razão” de *Standard Oil* e a “regra *per se*” de *Dr. Miles*. Ao contrário, se levarmos em conta que *Dr. Miles* foi decidido pela Suprema Corte menos que dois meses antes de *Standard Oil*, seremos forçados a concluir (como aliás o próprio acórdão demonstra) que a *presunção de ilegalidade da FPR em Dr. Miles nada mais é senão manifestação concreta da “regra da razão” (entendida como exigência de um juízo de razoabilidade, nos termos do common law inglês e americano) para esse tipo específico de conduta.*

43. Fato é, contudo, que a influência da Escola de Chicago sobre a Suprema Corte Americana e sobre o antitruste americano cresceu enormemente ao longo da década de 1970 e, especialmente, durante as administrações de presidentes republicanos subsequentes a essa data. Uma de suas importantes manifestações, no que diz respeito ao caso presente, consistiu na decisão de 1977, dada no caso *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania Inc.* Neste caso, a Suprema Corte procurou distinguir as restrições verticais fundadas em preço (como a FPR) daquelas não baseadas em preços, e estabeleceu que estas últimas deveriam ser examinadas, sempre, caso a caso, sem regras ou presunções anteriormente concebidas, a partir de um teste de efeitos líquidos negativos nos moldes acima indicados. Ao fazer isso, ressaltou que esse tipo de teste seria, por excelência, manifestação da aplicação da regra da razão ao direito antitruste. Ponderou, ainda, em linha com a Escola de Chicago, que as restrições à concorrência *intermarca* deveriam ser o foco principal do direito antitruste, e que preocupações outras distintas dessas não deveriam poluir a análise correspondente.

44. Independentemente dos méritos ou não dessa decisão, seu resultado em termos de incentivos institucionais é evidente. A partir de *Sylvania*, cai vertiginosamente o número de casos de restrições verticais litigados no sistema de justiça americano. A razão para tanto é autoevidente: esses casos, examinados debaixo do “teste de efeitos líquidos negativos”, passam a ser muitíssimo trabalhosos e custosos para instruir, e quase sempre resultam em vitória da parte acusada. Como ressaltia Maurice E. Stuke, “uma das razões para isso é que existem inúmeras questões de fato envolvidas em um caso julgado com base na regra da razão [nos mol-

des propostos pela Suprema Corte no caso *Sylvania*, ou seja, entendida como um teste caso a caso de efeitos líquidos negativos sem outros *standards* anteriores]”.¹⁰ Esse tipo de caso exige que a administração (ou no caso americano, o demandante civil) prove, por sua conta, não apenas a existência de um acordo potencialmente lesivo à concorrência, mas também “(a) os efeitos anticompetitivos produzidos no contexto de um mercado relevante geográfico e de produto bem definido, o que envolve lidar com questões como a elasticidade cruzada da demanda, bem como de substitutibilidade pelo lado da oferta em tais mercados, em caso de entrada, (b) a ausência de justificativas pró-competitivas para a restrição (incluindo a extensão em que a restrição inclui eficiências produtivas, reduzindo custos marginais e permitindo benefícios pró-competitivos para os consumidores, (c) que eventuais justificativas... não são... razoavelmente necessárias para atingir os objetivos pró-competitivos em questão, (d) que existem alternativas menos restritivas para atingir os mesmos objetivos, e (e) que os efeitos anticompetitivos ultrapassam os benefícios pró-competitivos”.¹¹

45. Ora, a guinada final que ocorre no sistema americano em relação especificamente à FPR consistiu, justamente, na proposta (ainda que mitigada, como veremos adiante) de utilização desse mesmo tipo de critério de análise (teste de efeitos líquidos negativos) também para a fixação de preços no plano vertical. Simplificadamente, é isso o que a suprema Corte fez no caso *Leegin Creative Leather Prods., Inc. v. PSKS, Inc.*, de 2007, conforme extensamente relatado no voto do então Conselheiro Vinícius Carvalho, que sumariou, também, as inúmeras críticas que surgiram no âmbito da comunidade antitruste americana no que diz respeito a essa decisão.

46. As críticas são, fundamentalmente, de política jurisprudencial, e levam em conta (a) a baixa frequência com que ocorrem os benefícios que normalmente podem decorrer da FPR (principalmente, garantir serviços na rede de distribuição que não possam ser promovidos por outro meio e que sejam essenciais à comercialização do produto), (b) a alta frequência com que ocorrem seus prejuízos (a facilitação de cartéis a montante e a jusante, além do incremento direto e necessário dos preços intramarca, com prejuízo direto e necessário do consumidor inframarginal, como aliás demonstrado nos 36 Estados americanos que autorizaram a FPR a partir da década de 1950) e (c) os custos de analisar a conduta debaixo de um teste de efeitos líquidos, muito superiores àqueles de processá-la debaixo de *standards* mais definidos e pré-concebidos de prova e ilicitude.

47. Um exemplo eloquente dessa crítica está em um texto de Marina Lao sugestivamente intitulado “*Free Riding: An Overstated, and Unconvincing, Explanation for*

10. Maurice E. Stucke. Does the Rule of Reason Violate the Rule of Law? 42 *UC Davis Law Review* 5.

11. *Idem*.

Resale Price Maintenance". Nesse texto, a autora critica duramente a submissão de todas as condutas que possam, em tese, ter às vezes algum efeito positivo ao regime severo dos testes caso a caso de efeitos líquidos negativos, argumentando que tal abordagem é "contrária à moderna teoria da decisão, que exige foco não tanto na possibilidade de uma dada prática ter efeitos competitivos positivos ou negativos, e sim na frequência e na relativa magnitude dos potenciais efeitos positivos ou negativos e em saber se já, para os positivos, meios menos restritivos à concorrência para atingi-los."¹² Segundo a mesma autora, se os padrões da regra da razão propostos no caso *Sylvania* (ou seja, testes caso a caso de efeitos líquidos negativos) forem utilizados no futuro para os casos de FPR, "a FPR irá na verdade se tornar de fato lícita *per se*, pois casos submetidos à 'regra da razão cheia' são notoriamente caros de litigar e virtualmente impossíveis, para o demandante, de vencer".¹³

48. Trata-se do mesmo ponto que, muito antes, já havia sido enunciado por Robert Pitofsky (ex-conselheiro do FTC e diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Georgetown), em um pequeno texto que escreveu em 1984 postulando a manutenção do regime de presunção de ilegalidade trazido por *Dr. Miles*. Segundo Pitofsky, mudar esse regime de presunções em favor de um teste de efeitos líquidos negativos para a FPR "equivaleria provavelmente a considerar a conduta lícita *per se*, e isso seria instituído unicamente para dar conta de uma situação que raramente aparece, na qual o produtor precisa desesperadamente que o distribuidor promova serviços que não podem ser prestados de outra forma".¹⁴

49. Esse é, ainda, o mesmo e exato fundamento utilizado pelo Juiz Breyer para justificar sua divergência em *Leegin*, conforme referido, inclusive, no voto do Conselheiro Vinícius Carvalho.¹⁵

12. Marina Lao. *Free Riding: An Overstated, and Unconvincing, Explanation For Resale Price Maintenance*. In: Robert Pitofsky (ed.). *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, Oxford University Press, 2008. p. 197.

13. *Idem*, *ibidem*.

14. Robert Pitofsky. *Why Dr. Miles Was Right*. 8 Regulation 27, 29 (1984).

15. "I have already described studies and analyses that suggest (though they cannot prove) that resale price maintenance can cause harms with some regularity – and certainly when dealers are the driving force. But what about benefits? How often, for example, will the benefits to which the Court points occur in practice? I can find no economic consensus on this point. There is a consensus in the literature that 'free riding' takes place. But 'free riding' often takes place in the economy without any legal effort to stop it. Many visitors to California take free rides on the Pacific Coast Highway. We all benefit freely from ideas, such as that of creating the first supermarket. Dealers often take a 'free ride' on investments that others have made in building a product's name and reputation. The question is how often the 'free riding' problem is serious enough significantly to deter dealer investment.

50. Contudo, sem prejuízo da extraordinária pertinência dessas críticas, fato é que a decisão da Suprema Corte em *Leegin* passou longe de determinar, efetivamente, a utilização de um mesmo teste de efeitos líquidos, nos moldes estabelecidos em *Sylvania*, para todos os casos de FPR.

51. Ao contrário, o que está lá sugerido, como ressaltou o Conselheiro Vinícius Carvalho, é que o regime de presunções absoluto de *Dr. Miles* deveria ser substituído por um outro *standard* de ilicitude mais apto a levar em consideração as eficiências que essa conduta pode eventualmente produzir. Tal *standard* não será mais, portanto, o de presunção de ilicitude pelo próprio objeto, mas também não deverá ser, provavelmente, o de utilização indiscriminada de testes de efeitos líquidos caso a caso. Por exemplo, a própria Suprema Corte sugeriu em *Leegin* que deve haver um “escrutínio mais cauteloso” da FPR se houver outros produtores que adotem a mesma prática ou se ela ocorrer em mercados que tendam à colusão, ou mesmo *quando a iniciativa da fixação de preços for dos próprios distribuidores, como é, por sinal, justamente o caso presente*.

52. Portanto, mesmo no caso americano, a decisão da USSC no caso *Leegin* não encerra o problema, “tirando a FPR do campo da regra per se e a levando para o da regra da razão”, como alguns simplificadamente enxergaram.

53. Ao contrário, ela inaugura um novo problema, que consiste em saber “qual” regra da razão deverá ser estruturada para lidar, a partir de agora, com a FPR. Hovenkamp mesmo o admite, ao dizer que “as restrições verticais devem ser regidas pela regra da razão, mas nada impede que esta regra seja de um tipo diferente da-quele sugerido pela Suprema Corte no caso *Sylvania*”.¹⁶

54. Portanto, mesmo no caso americano é errado e simplificador dizer que a FPR deixou de ser um ilícito *per se* e passou a ser regida pela regra da razão. Na verdade, ela deixou de ser presumida *iure et de iure* como ilícita, e passou a sujeitar-se a critérios de razoabilidade que ainda precisam ser construídos pela Suprema Corte americana, mas que muito possivelmente serão ser distintos e mais

To be more specific, one can easily imagine a dealer who refuses to provide important presale services, say a detailed explanation of how a product works (or who fails to provide a proper atmosphere in which to sell expensive perfume or alligator billfolds), lest customers use that ‘free’ service (or enjoy the psychological benefit arising when a high-priced retailer stocks a particular brand of billfold or handbag) and then buy from another dealer at a lower price. Sometimes this must happen in reality. But does it happen often? We do, after all, live in an economy where firms, despite *Dr. Miles’ per se* rule, still sell complex technical equipment (as well as expensive perfume and alligator billfolds) to consumers.

All this is to say that the ultimate question is not whether, but how much, ‘free riding’ of this sort takes place. And, after reading the briefs, I must answer that question with an uncertain ‘sometimes’.”

16. Hovenkamp, ob. cit., p. 536.

rigorosos que os testes de efeitos líquidos semelhantes ao tipo de “regra da razão cheia” trazido no caso *Sylvania*. Isso, é claro, se o Congresso americano não acabar agindo novamente como já fez em 1975, para novamente tornar, por lei, absolutamente proibida a FPR. Trata-se de hipótese, por sinal, nada improvável, inclusive já havendo proposta nesse sentido em trâmite no Senado americano, com parecer favorável da comissão correspondente.¹⁷

II.1.b. A posição da Comissão Europeia e das demais jurisdições europeias

55. O regime de tratamento da FPR no âmbito da União Europeia, como ressaltado também no voto do Conselheiro Vinícius Carvalho, segue igualmente a mesma linha intermediária entre a presunção absoluta de ilicitude e a submissão da conduta a um exame caso a caso de efeitos líquidos negativos, *estando, contudo, muito mais próximo do primeiro ponto que do segundo*. Trata-se de um tema bastante tratado no voto do Conselheiro Carvalho, mas a relevância do ponto para o problema específico que quero tratar nesta declaração de voto justifica retomá-lo com algum detalhe.

56. Nesse sentido, não custa lembrar que o potencial lesivo da FPR está estabelecido, de modo genérico, no atual artigo 101 (1) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”) (antigo art. 81(1) do “TCE”),¹⁸ segundo o qual:

“São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: (a) *Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção*; (b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; (c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

17. “Since Leegin, a number of States have expressed their continued interest in challenging resale price maintenance (‘RPM’) as per se unlawful under state antitrust laws and at least one, Maryland, has amended its antitrust laws to specifically reject Leegin and codify per se treatment. In addition, still pending before Congress are companion bills, H.R. 3190 and S. 148, which would effectively overrule Leegin. Chairman Jon Leibowitz of the Federal Trade Commission has publicly supported the bills, although he previously also voted in favor of relieving shoe retailer Nine West of the prohibition of RPM in the aftermath of Leegin...” (2011 annual Teacher’s Update to Gavil, Kovacic & Baker’s Antitrust Law In Perspective: Cases, Concepts And Problems In Competition Policy (2nd ed. 2008), p. 13).

18. Os arts. 81(1), 81(2), 81(3) e 82 do Tratado da Comunidade Europeia foram transpostos, com vigência a partir de dezembro de 2009, para os atuais arts. 101(1), 101(2), 101(3) e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, mantendo-se seu conteúdo essencialmente intocado.

(d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; ou (e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos” (grifei).

57. O inc. 2.º do mesmo artigo (antigo art. 81(2) do TCE) estabelece, basicamente, a nulidade desses tipos de acordo, ao passo que o inc. 3.º (antigo art. 81(3) do TCE) possui uma redação que poderia dar a entender que se trata, não obstante, de ajustes sujeitos à análise, sempre, à luz de um exame caso a caso de efeitos líquidos, semelhante à “regra da razão cheia” proposta em *Sylvania*. Tal inciso dispõe que as proibições ao art. 101(1) podem ser declaradas inaplicáveis a acordos, associações entre empresas ou práticas que “contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: (a) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; e (b) nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa”.¹⁹

58. No que diz respeito aos acordos referidos no art. 101(1) do TFUE, para além da ressalva contida no inc. 3.º, atinente à licitude, sob condições, daqueles que viessem a contribuir para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou promover o progresso técnico ou econômico, restou estabelecida pela Corte de Justiça da União Europeia desde cedo uma ressalva adicional, consistente na isenção de persecução administrativa a acordos cujo impacto sobre a concorrência não fosse significativo. A partir dessa jurisprudência da Corte Europeia, a Comissão Europeia editou uma série de normativos visando regular o que seriam acordos

19. O art. 102 do mesmo Tratado (antigo art. 82 do TCE) dispõe, por sua vez, sobre os abusos de posição dominante, estabelecendo que “é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste”, exemplificando, entre tais práticas abusivas, as seguintes: “(a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; (b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; (c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência; e (d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos”. Essa norma exige, contudo, demonstração de posição dominante para sua aplicação, e não é comumente utilizada como fundamento para a proibição de FPR entre fornecedores e distribuidores.

com potencial ofensivo à concorrência não significante, e em que condições tais acordos poderiam ser considerados como tal. Dentre tais normativos três, atualmente em vigor, merecem ser considerados nesta sede.

59. Em primeiro lugar, a chamada “*Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1)*”, ou, simplesmente, “*de minimis notice*”, estabelecida em 2001 (2001/C 368/07) e que consolidou aquilo que é hoje conhecido como regra “*de minimis*”. Essa regra procurou definir de forma razoavelmente objetiva o conceito de “restrição não significativa à concorrência” a partir de *proxys* definidas com base nas participações das empresas envolvidas no acordo em relação ao mercado relevante em questão. Segundo essa nota da Comissão Europeia, deveriam ser presumidos como inofensivos para a concorrência acordos entre empresas que não detivessem, em conjunto, *market share* superior, em dois anos sucessivos, a (a) 10% em qualquer dos mercados relevantes afetados, caso fossem, efetiva ou potencialmente, concorrentes entre si, ou (b) 15%, caso não fossem.²⁰

60. Ocorre, contudo, que tal regra “*de minimis*” não se aplica a restrições “*nucleares*” (*hardcore restrictions*), assim compreendidas, entre outras, as restrições consistentes em cartéis de fixação de preços, quantidades ou alocação de consumidores, além de um conjunto de restrições verticais entre as quais se destaca, justamente, a fixação (mas não a mera sugestão) de preços fixos ou mínimos (mas não máximos) de revenda.

61. Além disso, a “Regulation EU No 2790/1999” procurou dispor, também, sobre situações padrão em que se poderia aplicar, sem maiores considerações e “em bloco”, as exceções do art. 101(3) a certos acordos verticais, presumindo-se, assim, o caráter pró-competitivo dessas avenças, a partir da presunção da geração de eficiências superiores a qualquer eventual potencial anticompetitivo. A atual versão desse normativo estabelecendo “*Vertical Block Exemptions*” foi editada pela “Regulation EU no. 330/2010”, de 20.04.2010, e, de um modo geral, isenta de persecução administrativa os acordos verticais feitos entre fornecedores e distribuidores que não detenham mais de 30% de participação em seus respectivos mercados relevantes de venda e compra de mercadorias.

62. Ocorre, contudo, que tal exceção não se aplica, novamente, aos casos de fixação de preços mínimos de revenda. Para que esses acordos sejam considerados ilícitos, portanto, não se aplica nem a exigência de pelo menos 10-15% de *market share* contida na regra de *de minimis*, nem a exigência de participação superior a 30%, contida nas “*vertical block exemptions*”.

63. A razão para esse tratamento mais severo da fixação de preços mínimos de revenda na Europa está explicada na própria Regulation 330/2010. Segundo

20. Em certas circunstâncias especiais, envolvendo efeitos cumulativos de acordos paralelos entre distribuidores ou fornecedores, esse percentual pode cair para 5%.

seu considerando 10, tal exigência de *market share* mínimo não deve se aplicar a *“acordos contendo restrições que provavelmente irão restringir a concorrência e causar danos aos consumidores, ou que não são indispensáveis ao atendimento dos escitos de incremento de eficiência. Em particular, acordos verticais contendo certos tipos de restrição severa à concorrência, como de imposição de preços mínimos ou fixos de revenda (...) devem ser excluídos do benefício da isenção em bloco (...) independentemente do market share dos contratantes”*. Tal disposição é repetida, mais adiante, no art. 4 do mesmo normativo, declarando novamente o caráter altamente suspeito de quaisquer acordos que *“tenham por objeto a restrição na capacidade do comprador de determinar o preço de venda”* de suas mercadorias, com exceção, apenas, aos acordos de preço máximo, ou aos casos de mera sugestão de preços de revenda, desde que ela não resulte, por pressão das partes ou outros mecanismos quaisquer, em efetiva fixação de preços mínimos.

64. O terceiro normativo que importa aqui analisar consiste no atual *Guia de Análise sobre Restrições Verticais da Comissão Europeia*, datado de 2010.

65. Ao se afirmar, singelamente, que a União Europeia adota a “regra da razão” para lidar com condutas envolvendo FPR mínimos, quer-se dizer, geralmente, que tal conduta não prescinde completamente, segundo esse guia, e dadas certas condições, de escrutínio relativo às eficiências específicas que dela possam decorrer, nos termos, basicamente, do disposto no art. 101(3) do TFUE.

66. Contudo, o ponto fundamental é que tal exame é excepcional e depende fundamentalmente de *o próprio acusado ser capaz de provar*, por sua conta, que tais eficiências são plausíveis, presentes e não poderiam ter sido obtidas de outro meio. A regra geral é a de considerar a conduta como altamente suspeita, havendo condenação sempre que o indiciado não conseguir desincumbir-se desse seu ônus de demonstrar tais eficiências, independentemente, inclusive, de seu *market share*.

67. Novamente, as razões para esse tratamento suspeito são trazidas pelo próprio Guia da União Europeia sobre Restrições Verticais e podem ser encontradas, v.g., em seu parágrafo 224, onde se lê que *“a fixação de preços de revenda pode restringir a concorrência de inúmeros modos. Primeiro, a FPR pode facilitar a colusão entre fornecedores ao aumentar a transparência dos preços no mercado (...)”* além de *“minar os incentivos do fornecedor para reduzir seus preços aos distribuidores”*. Em segundo lugar, *“ao eliminar a concorrência intramarcas a FPR também pode facilitar a colusão entre distribuidores”*, sendo que *“a resultante perda da competição por preço parece ser especialmente problemática quando a FPR é inspirada pelos próprios distribuidores, cujos interesses coletivamente considerados tendem a colocar-se em detrimento dos consumidores”*. Em terceiro lugar, a FPR pode *“suavizar”* a própria concorrência entre produtores ou distribuidores, especialmente quando estes são distribuidores de várias marcas. Em quarto lugar (e, diria eu, em posição de especial destaque), *“o efeito imediato da FPR será o de impedir certos distribuidores de baixar seus preços de revenda para a marca em questão”*, o que significa que, *“em outras palavras, o efeito direto da FPR é um aumento de preços”*. Em quinto lugar, a

FPR pode, em certas circunstâncias, “reduzir a pressão sobre as margens do fornecedor”. Em sexto lugar, a FPR, se implementada por um fornecedor com poder de mercado, pode resultar em fechamento de mercado para fornecedores menores. Por último, “a FPR pode reduzir o dinamismo e a inovação ao nível da distribuição” ao reduzir os incentivos para que os distribuidores mais eficientes ganhem mercado e escala com preços mais baixos. O mesmo efeito pode, inclusive, “impedir a entrada ou expansão de formatos de distribuição baseados em preços baixos”.

68. É por tais razões que o parágrafo 223 desse guia dispõe expressamente que:

“Como explicado na sessão III.3, a imposição de preços de revenda (FPR) (...) fixos ou máximos (...) é tratada como uma restrição nuclear (“hardcore”). Quando um acordo inclui FPR, esse acordo deve ser presumido como restritivo à concorrência e portanto sujeito às disposições do Art. 101(1). Tal circunstância também dá margem à *presunção* de que o acordo *não preencherá, provavelmente* (“is unlikely to fulfil”) as exceções do art. 101(3), razão pela qual o regime de exceção em bloco também não se aplica. Contudo, os contratantes têm a possibilidade de apresentar uma defesa baseada na obtenção de eficiências, nos termos do art. 101(3), em um dado caso concreto. *Será ônus da parte que alegar tal defesa* a demonstração de que tais eficiências resultam provavelmente da FPR em seu acordo, e de que todas as condições do art. 101(3) estão preenchidas. Se isso ocorrer restará à Comissão examinar efetivamente os prováveis efeitos negativos para a concorrência e para os consumidores antes de decidir se as condições do art. 101(3) estão de fato preenchidas” – grifos nossos.

69. O guia estabelece explicitamente, portanto, que é *incumbência dos investigados* demonstrar a ocorrência das eficiências mencionadas no art. 101(3). Sem isso, a conduta é simplesmente *presumida* como deletéria à concorrência. É somente após a prova, pelos investigados, de que tais eficiências são plausíveis que a autoridade irá engajar-se em um exame concreto dos efeitos deletérios para os consumidores e sopesar uma coisa com a outra, de modo a verificar se a exceção do art. 101(3) está preenchida. Vale lembrar que esse resultado é tido pelo próprio guia como “pouco provável” (“unlikely”), especialmente na medida em que tal exceção exige prova de que a FPR (a) contribuiu para melhorar produção ou a distribuição dos produtos, com reversão para os consumidores de parte equitativa do lucro daí resultante, que (b) não impôs aos distribuidores restrições que não fossem indispensáveis à consecução desses objetivos, e (c) que não teve o efeito de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa, nos termos, inclusive, do que dispõe o subsequente parágrafo 225 do Guia.

70. Por conta do caráter severo com que tais normativos presumem a ilegalidade da FPR e transferem para o próprio acusado o ônus de provar o contrário, demonstrando inequivocamente que a conduta produziu eficiências não obtíveis por outros meios menos restritivos e que tais eficiências foram compartilhadas com o consumidor, muitos comentadores apontam que o regime da FPR na União Europeia acaba equivalendo, na prática, a algo muito próximo da ilegalidade per

se (dizem isso, basicamente, por oposição àquelas versões mais “cheias” da regra da razão, que a moldam nos termos propostos no caso *Sylvania*), gerando condenações independentemente de análises de *market share* ou da prova de efeitos deletérios concretamente produzidos.²¹

71. Dado o caráter particularmente suspeito com que a legislação europeia trata a imposição de preços mínimos de revenda, não é de se estranhar que várias jurisdições individuais europeias tenham, também, uma tendência correlata de tratar com especial rigor os casos de FPR envolvendo preços mínimos ou fixos, cercando-a de presunções de ilicitude de variada ordem.

72. Na Áustria, por exemplo, a imposição de preços mínimos, ou mesmo de guias para o cálculo de preços, margens ou descontos é, de modo geral, presumida como deletéria à concorrência e por isso ilícita (CA (section 1(4))), a não ser que seja provado o caráter exclusivamente sugestivo da lista de preços e a ausência de qualquer tentativa de *enforcement* de tais sugestões por parte do fornecedor.

73. Na Bélgica, a fixação de preços mínimos é também considerada, na prática, como um ilícito per se (ver, v.g., a decisão do “Competition Council” proferida no caso *Gebroeders Mermans v. Van Cauwenbergh* – no. 98-RPR-6, datada de 1999), sendo permitida, contudo, a fixação de preços máximos, bem como a mera sugestão de preços, desde que comprovadamente limitada a tal.

74. Também na França, a fixação de preços mínimos é, do ponto de vista prático, presumida como deletéria à concorrência e por tanto considerada ilícita, exigindo apenas prova da efetiva aplicação dos preços por parte dos distribuidores e da implementação de mecanismos de controle por parte dos fornecedores, independentemente, repito, de efetivo impacto na concorrência.²²

75. Na Alemanha, a conduta é proibida expressamente pelo § 14 do *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, exigindo-se apenas um nível mínimo de “substancialidade” para que possa ser punida.

76. Na Irlanda, adota-se, também, uma abordagem bastante próxima da proibição per se, considerando-se a imposição de preços mínimos como proibida inde-

21. Ver, à guisa de exemplo, Hanns Ullrich (ed.), *The Evolution of European Competition Law*, p. 94 e ss. e 115 e ss., ou Xavier Vives (ed.), *Competition Policy in the EU*, p. 325, comparando, neste caso, o regime europeu com o novo regime americano depois de *Leegin*.

22. A respeito pode ser citada, v.g., a Decision 93-D-50 da Autoridade da Concorrência Francesa, proferida em 23.11.1993, fundada praticamente apenas na circunstância de que “les clauses anticoncurrentielles des contrats concernés par l'accord vertical ont empêché les utilisateurs finaux de profiter des baisses de prix susceptibles de résulter du jeu normal de la concurrence”, condenando assim a fornecedora apesar de sua participação de mercado superar em apenas poucos pontos percentuais a casa dos 20%.

pendentemente do *market share* do fornecedor ou de quaisquer outras circunstâncias, e apesar, inclusive, de disposições aparentemente em contrário contidas nos Guidelines da Comissão de Concorrência (ver, a respeito, as decisões E/03/004, E/03/003, ou E/03/002). A fixação de preços máximos de revenda ou a mera sugestão de determinados preços não são consideradas ilícitas, desde que não consistam em maneira indireta de fixação de preços.

77. Na Itália, apesar de também ter sido editado recentemente um novo guia que sugere a necessidade de análise mais cuidadosa de eventuais eficiências decorrentes da conduta, a fixação de preços mínimos de revenda é vista com particular desconfiança e presumida como deletéria à concorrência, conforme disposto no art. 2.º da Lei Federal 287.

78. Na Espanha, tem sido também consideradas como ilícitas per se tanto a fixação de preços mínimos de revenda como a proibição de descontos e promoções,²³ apesar de uma recente decisão, dada no caso *Corral de las Flamencas*, ter considerado a conduta como não sujeita a punição pelo fato de a acusada deter menos de 1% de *market share* no mercado relevante afetado (Caso S/0105/08, julgado em 03.12.2009).

79. No Reino Unido, também há diversos casos de condenação da fixação de preços mínimos de revenda, com punições que já chegaram à casa dos 250 milhões de libras, sempre debaixo da presunção de prejuízo à concorrência, a não ser em caso de demonstração de condições muito específicas de mercado capazes de afastar, de modo absoluto, essa presunção, conforme disposto no art. 4.º do UK Competition Act de 1998.

80. Na Lituânia, acordos verticais que restringem, direta ou indiretamente, a liberdade de fixação de preços dos compradores são ilícitos. No entanto, a imposição de preços máximos e a mera sugestão de preços não são proibidos.

81. Na Bulgária, preços fixos e fixação de preços mínimos são considerados ilícitos “per se”. Preços sugeridos e fixação de preços máximos são tratados como exceções em certas circunstâncias, desde que inexista qualquer cláusula de fixação de preços mínimos. Assim, a FPR é considerada uma “hard core” e prescinde de uma análise de possíveis eficiências.

82. Na República Tcheca, a imposição de preços fixos ou mínimos é considerada prática “hard core” de restrição à concorrência, sendo os seus efeitos anticompetitivos presumidos, mas a República Tcheca admite a refutação dos mesmos, sendo que o ônus da prova da licitude da conduta é do representado.

23. Ver, a respeito, as decisões da autoridade Antitruste espanhola dadas nos casos *Calvia/Diasa* (541/2002, julgado em 18.06.2003), *Asturcolechón/Tempur* (579/2004, julgado em 31.05.2005); *EKO-AMA Mondariz* (578/2003, julgado em 02.11.2004); *Aceites* (612/2006, julgado em 21.07.2007) e *MDC Ingeniería/ Productos Haller* (634/2007, julgado em 21.07.2008).

83. Na Dinamarca, a fixação de preços máximos de revenda ou a mera sugestão de preços de revenda são geralmente aceitas. No entanto, a sugestão de preços de revenda acompanhada de meios que forcem os revendedores a não desviarem dos preços sugeridos é considerada uma restrição “hard core”, bem como a fixação de preços mínimos de revenda e preços determinados.

84. A Estônia possui entendimento semelhante ao entendimento da Comissão Europeia no sentido de que a imposição direta ou indireta de preços de revenda mínimos ou fixos é considerada ilícita. A mera sugestão ou a fixação de preços máximos de revenda não são ilícitas.

85. Na Grécia, a comunicação de preços fixos e a fixação de preços mínimos de revenda, direta ou indiretamente, é ilícita. A fixação de preços de revenda é considerada com uma conduta “hard core” e, portanto, não são sequer analisadas as supostas eficiências por ela geradas.

86. Na Hungria, a fixação de preços mínimos de revenda é igualmente proibida, admitindo-se um tratamento diferenciado aos casos de fixação de preços máximos de revenda ou sugestão de preços.

87. Em Portugal, a imposição de preços fixos de revenda, bem como a fixação de preços mínimos de revenda é considerada como ilegal. Há também uma lei que proíbe a revenda de certos produtos a um preço menor do que o de compra.

88. Na Romênia, a FPR, como um princípio geral, é considerada ilícita “per se”, independente da participação de mercado das partes. A SPR e a FPR máximo são consideradas legais, contanto que não resultem em uma fixação de preços de revenda na prática.

89. Na Eslováquia, a imposição de preço de revenda fixo e a fixação de preços mínimos são consideradas restrições “hard core”, levando à direta restrição da concorrência, em detrimento principalmente dos consumidores.²⁴

90. Portanto, em praticamente todos os países europeus e no âmbito da própria EU, a FPR é sujeita a regimes particularmente severos de presunção de ilicitude, com a imposição dos ônus de prova em contrário ao próprio investigado, apesar de todas essas jurisdições (inclusive a comunitária), tratarem a conduta, formalmente, debaixo da “etiqueta” da “regra da razão”. Obviamente, não se trata da mesma “regra da razão” proposta pela Escola de Chicago ou pela Suprema Corte americana no caso *Sylvania*, mas sim de um regime muito mais inteligente de razoabilidade, em que o caráter suspeito da conduta é suficiente para disparar uma presunção de irrazoabilidade independentemente, inclusive, de poder de mercado

24. Para um inventário do regime a que se submete a FPR nestas e também em diversas outras jurisdições, ver, entre outras fontes, Stephen Kinsella (ed.). *Vertical Agreements*. London: Law Business Research, 2012, e Priscila Brolio Gonçalves. *Fixação e Sugestão de Preços de Revenda em Contratos de Distribuição*. São Paulo: Singular, 2002.

por parte de quem a pratica, mas em que sobra, contudo, espaço para o próprio investigador provar eficiências que possam demonstrar o caráter razoável da FPR em dadas circunstâncias.

II.1.c. A posição de outras jurisdições que também adotam presunções variadas de ilegalidade da FPR

91. De modo às vezes ainda mais severo do que nos exemplos europeus citados acima, diversas outras jurisdições do mundo também resolveram tratar a fixação de preços mínimos ou fixos de revenda debaixo de uma série de presunções *iuris tantum* ou *iure et de iure* de ilicitude, dispensando, assim, para a condenação, análises particulares de sua potencialidade concreta (ou seja, à luz do caso concreto) de produzir efeitos líquidos danosos à concorrência, e independentemente também de qualquer consideração sobre o poder de mercado de quem a pratica ou às vezes até sobre a produção de eficiências. Assim fizeram, é provável, por considerar justamente o caráter “altamente suspeito” dessa conduta, bem como os custos de *enforcement* e fiscalização que seriam despendidos (de forma talvez improdutiva) com uma análise caso a caso da ocorrência efetiva de um resultado concreto prejudicial à concorrência, dado que a conduta possui, sempre, ao menos o potencial de prejudicá-la.

92. A Austrália, por exemplo, lida com a FPR como infração per se, considerando a conduta ilícita independentemente de qualquer análise *market share* ou poder de mercado de quem a perpetra. Outras restrições verticais não relacionadas a preço são tratadas menos severamente e implicam tanto uma análise de poder de mercado como a consideração de eventuais eficiências. A proibição, de caráter absoluto, para a FPR, aplica-se, contudo, apenas à imposição de preços mínimos ou fixos, mas não à imposição de preços máximos ou à mera sugestão (desde que efetivamente provada tão somente como tal) de preços de referência.

93. No Canadá, é ilícita qualquer conduta ou termo de contrato que venha a impedir a redução de preços ou de qualquer forma induzir o revendedor a aumentar os preços praticados.

94. A legislação antimonopólio da China também proíbe expressamente a imposição de preços mínimos ou fixos.

95. Na Colômbia, a fixação de preço mínimo e máximo de revenda consiste em ilícito “per se”.

96. Israel também adota uma posição distinta para restrições verticais consideradas “soft core” e “hard core”. Para as primeiras, a análise de ilegalidade implica algum tipo de consideração de poder de mercado, de análise dos padrões de competição intra ou intermarcas, da produção de eficiências e elementos congêneres. Para as segundas, contudo, o dano à concorrência é presumido. No caso da fixação de preços mínimos de revenda, trata-se de restrição “hard core” proibida de modo absoluto pelo o art. 2(b) da Lei Antitruste Israelense, com a exceção apenas dos acordos estabelecidos em contratos de franquia.

97. O Japão também adota uma proibição absoluta da prática de imposição de preços mínimos de revenda. Nessa jurisdição a existência de um acordo não é sequer condição indispensável para caracterizar a ilicitude da prática, sendo suficiente, por vezes, apenas a comprovação de que uma parte obrigou a outra, de alguma forma, a aderir a sua instrução sobre o preço a ser adotado. Ainda, a jurisprudência japonesa não diferencia a fixação de preços máximos e mínimos de revenda, chegando a considerar que ambas acabam por funcionar de maneira similar.

98. A fixação de preço mínimo de revenda é ato ilícito “per se” na Coreia. No entanto, em alguns casos de propriedade intelectual e produtos classificados como commodities, é permitida a prática de FPR. A legalidade da fixação de preços máximos de revenda é determinada pela regra da razão.

99. Assim, é possível dizer que um número expressivo de autoridades antitrustes ao redor do mundo também considera a fixação de preços mínimos de revenda uma restrição “hard core”, lançando mão de presunções diversas de sua ilicitude, e fazendo distinção entre o tratamento desse tipo de conduta e das condutas de fixação de preços máximos e/ou sugestão de preços.

100. *Não vejo qualquer razão para que o Cade venha aplicar, no Brasil, regime diverso deste, ainda mais quando a própria Lei Antitruste, passada e aprovada no Congresso Nacional, assim recomenda, como veremos adiante.*

II.2. Os Anexos I e II à Res. 20/1999 e a opção da jurisdição brasileira pela análise segundo a “regra da razão”

a) Res. 20/1999

101. O inventário realizado acima do regime de persecução administrativa da FPR em inúmeras jurisdições internacionais mostra, creio eu, que a “ambiguidade” de que esta conduta parece ser cercada no âmbito da teoria econômica não foi acompanhada, em geral, de políticas de *enforcement* igualmente “ambíguas”. Ao contrário, levando em conta os custos de atribuir à autoridade administrativa uma responsabilidade quase infactível de demonstrar todos os efeitos deletérios de uma dada conduta concreta, e considerando ainda que os prejuízos decorrentes da FPR são em regra muito mais frequentes e palpáveis que seus potenciais benefícios (os quais podem, ainda, normalmente ser produzidos por outro modo), a maior parte das jurisdições mundiais submete a conduta a um regime mais ou menos rígido de presunção de ilegalidade.

102. Quando essa presunção é absoluta e não admite prova em contrário, fala-se, com mais propriedade, de proibição “per se”. Foi o caso dos EUA durante mais de mais de 90 anos e é ainda o caso da Austrália, Canadá, Japão e Israel, entre outros países. Quando, ao revés, é relativa, e admite prova em contrário a cargo do próprio investigado, fala-se em uma proibição submetida ao regime da “regra da razão”. *Contudo, o termo, neste último caso, remete a um regime muito distinto daquele a que a Suprema Corte Americana estabeleceu, v.g., em Sylvania.* Esse é um tema relevante e voltarei a ele mais adiante.

103. Neste ponto, contudo, é preciso examinar como a jurisdição brasileira tem lidado com o problema, de sorte a melhor compreender (e eventualmente qualificar) a afirmação corrente de que tal conduta é, entre nós, igualmente examinada debaixo da “regra da razão”, sem maiores qualificações.

104. No âmbito do Cade, a Res. 20, de 09.06.1999, procurou editar um guia com *sugestão* de alguns parâmetros que poderiam ajudar a lidar com restrições verticais no âmbito deste Conselho. O seu anexo I definiu e classificou algumas destas práticas e o seu anexo II previu critérios básicos sugestivos para a análise dessas práticas restritivas. Vale aqui reproduzir o texto introdutório aos anexos:

“A análise de condutas anticoncorrenciais exige exame criterioso dos efeitos das diferentes condutas sobre os mercados à luz dos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994. As experiências nacional e internacional revelam a necessidade de se levar em conta o contexto específico em que cada prática ocorre e sua razoabilidade econômica. Assim, é preciso considerar não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dela decorrentes de forma a apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor” – grifos nossos.

105. Tal Resolução foi bastante influenciada pela teoria antitruste norte-americana elaborada nos anos 70 e 80 a partir dos influxos da Escola de Chicago. Nesse então, como já dito e pelas razões já ressaltadas, o foco era a análise dos efeitos de condutas horizontais (ou seja, práticas concertadas entre concorrentes), relegando-se a um segundo plano a análise das condutas unilaterais ou das práticas verticais entre agentes com atuação complementar.

106. Especialmente com relação à análise de práticas verticais, importante notar que a Escola de Chicago²⁵ defendia a chamada teoria da “dupla margem”, a qual, em poucas palavras, apontava que práticas verticais seriam geralmente eficientes, uma vez que seria economicamente mais interessante para uma firma maximizar o seu lucro em apenas um único monopólio e não em dois monopólios consecutivos, pois, dada a margem de monopólio incidente sobre o seu custo, o lucro conjunto seria inferior ao obtido em único monopólio e, por isso, não haveria interesse econômico em valer-se de tais instrumentos para fins anticompetitivos. Isso é, fundamentalmente, o que está presente no voto do Conselheiro César Mattos proferido nestes autos, e consiste em um dos importantes elementos que o levou a votar pelo arquivamento do caso.

107. Assim, sob os influxos da Escola de Chicago, as práticas verticais passaram a ser quase que automaticamente associadas a eficiências decorrentes de eco-

25. Vale dizer que a Escola Pós-Chicago, a partir da revisão por outros autores dos postulados da “dupla margem”, ressaltou que restrições verticais poderiam ser utilizadas não apenas para aumentar um lucro de monopólio como também para protegê-lo – fechamento de mercado – dando nova força, a partir de então, ao controle antitruste das práticas verticais.

nomia de escopo, bem como de redução de problemas informacionais e de custos de transação,²⁶ o que acabou apontando para um ambiente no qual as autoridades antitrustes deveriam “fazer prova da ilicitude da prática”.

108. Não custa lembrar, novamente, os importantes impactos institucionais e de incentivos que resultaram, nos EUA, desse tipo de abordagem, provocando uma importante redução do número de investigações à época nos Estados Unidos: em 1977, foram instaurados 1.611 casos e, em 1989, 638²⁷ e, conforme aponta Paulo Furquim, nos anos da administração George W. Bush, não foi levado à frente nenhum caso de restrição vertical.²⁸ A mesma virtual inexistência de casos envolvendo restrições verticais litigados nos anos de administração de Ronald Regan é ressaltada por Maurice E. Stucke.²⁹

109. De qualquer forma, esse foi o contexto (de ênfase ao caráter pró-competitivo de restrições verticais) que acabou por influenciar a elaboração da Res. 20/1999, cujo teor literal, de fato, parece sugerir para análise de todos os tipos de restrição vertical um exame caso a caso do tipo “efeitos líquidos negativos”, mais ou menos nos moldes da “regra da razão cheia” definida em *Sylvania*.

110. Contudo, parece-me possível afirmar sem margem a dúvida que tal *sugestão de encaminhamento* (e os anexos à Res. 20/1999 juridicamente não são outra coisa senão isso) não foi adotada uniformemente na maior parte dos *efetivos julgamentos de casos* que envolveram restrições verticais *hard core* baseadas em preços, como ocorre, justamente, com a FPR.³⁰

b) Dos casos de FPR julgados até hoje pelo Cade

111. Em 1997, antes então da edição da referida Resolução, o Cade julgou o que parece ser o primeiro caso que tinha como objeto a conduta de fixação de preço de revenda.³¹ Neste caso, o Cade considerou que as condutas exemplificadas no então art. 3.º da Lei 8.158/1991 (posteriormente art. 21 da Lei 8.884/1994) não

26. Cf. AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira, p. 6. Disponível em: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6895/TD%20264%2020Paulo%20Furquim%20dc2Azevedo.pdf?sequence=1]. Acesso em: 12.12.2012.

27. MORTA, Massimo. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2004, p. 8-9.

28. AZEVEDO, op. cit., p. 6.

29. “Unlike earlier administrations, the Reagan administration never challenged vertical restraints or (after settling the 1974 suit against AT&T) monopolies”. Op. cit., p. 1452.

30. Sobre “a construção de casos cujo o fundamento era o uso anticompetitivo de restrições verticais”, ver AZEVEDO, op. cit., p. 6.

31. PA 148/1992 (Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo x KLBON - Kraft Suchard Brasil S.A.).

seriam ilegais “per se”, mas deveriam, ao contrário, submeter-se a um exame de razoabilidade. Ao final, concluiu-se que o “elevado grau de concorrência intermarcas, somadas às fracas barreiras à entrada, à pulverização da oferta, bem como por não se tratar de um produto essencial, tornam qualquer tentativa de imposição de preços mediante tabela, visando aferição de lucros extraordinários ou domínio de mercado, virtualmente impossível”.

112. Ocorre, contudo, que o Plenário concluiu que o objeto do processo seria uma conduta de *sugestão* de preços, a qual seria lícita na medida em que o termo “preço sugerido ao consumidor” constasse do produto ou tabela, afastando-se, assim, a existência de imposição de preço e determinando o arquivamento do feito. Portanto, pode-se dizer que este caso, ao final, tratou mais dos efeitos gerados sobre a concorrência e para o consumidor decorrentes de uma tabela de *sugestão* de preços de revenda que sobre o objeto e os efeitos decorrentes da conduta específica de fixação de preços (fixos, máximos ou mínimos).

113. Em 1999, no dia em que foi publicada a Res. 20/1999, o Cade julgou outro Processo Administrativo³² no bojo do qual também foi ventilada uma acusação de sugestão de preços de revenda. Nos termos do voto do então Relator, foram afastados os efeitos anticompetitivos de tal conduta tendo em vista que a “fixação dos preços do distribuidor não alcança o consumidor final do produto que o adquire no comércio varejista. Assim esta prática não interfere no quadro concorrencial intermarcas”.

114. Ainda em 1999, o Cade analisou e arquivou outro Processo Administrativo³³ que tratava da acusação de fixação de preços de revenda, onde ressaltou que “deve-se distinguir a imposição de preços ao revendedor mediante ameaça crível de punição, com a recusa de posterior negociação por parte do fabricante (*refusal to deal*), da prática de preços sugeridos”, bem como que “é preciso avaliar qual o efeito da sugestão em termos de indução à conduta concertada” e que efeitos de tabela sugestiva de preços de revenda sobre o bem-estar do consumidor seriam “sempre ambíguos”. Aqui, novamente, cuidou-se mais da análise efeitos concorrenciais da edição de tabelas de preços *sugeridos* que da conduta específica de fixação impositiva de preços (fixos, máximos ou mínimos), tendo esse caso, em especial, tratado de questões relacionadas à aplicação da Lei Ferrari.

115. Também em 1999 e novamente envolvendo o setor automotivo, foi julgado outro Processo Administrativo³⁴ no qual o Cade afirmou que “a manipulação de quotas mínimas ou máximas da parte do fabricante atende ao mesmo objetivo – a maximização de lucros – e produz os mesmos efeitos ambíguos sobre o bem-

32. PA 08000.000146/1996-55 (Distribuidoras de Bebidas Oásis de Cabo Frio Ltda. x Companhia Cervejaria Brahma).

33. PA 89/1992 (José Galvani Alborton x Autolatina – Comércio, Negócios e Participações Ltda.).

34. PA 08000.017766/1995-33 (União Catarinense de Veículos x Fiat do Brasil S.A.).

-estar do consumidor que a imposição de preços de revenda”. Contudo, o feito foi arquivado tendo em vista, entre outros fatores, “a excessiva distância entre os fatos e o julgamento”, tendo havido, contudo, pela primeira vez, uma análise algo mais profunda da conduta de FPR.

116. Mais recentemente, foram julgados cinco outros casos que tinham como objeto direto declarado na denúncia uma conduta de FPR.

117. O primeiro³⁵ deles – julgado em 2003 – visava apurar indícios de condicionamento de venda de mercadoria ao seu transporte ou à prestação de serviço acessório e imposição de preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas e margens de lucro. A denúncia datava de 04.11.1992 e o feito foi arquivado por prescrição intercorrente. Não houve, portanto, análise do mérito da conduta.

118. Anos mais tarde, em 2008, o Conselho julgou um Processo Administrativo³⁶ que investigava uma série de condutas, dentre elas uma suposta fixação de preços de revenda, a qual foi afastada durante o julgamento sob o argumento de que os autos tratavam, de fato, uma sugestão de preços, conduta esta que, segundo o Conselheiro Relator, deveria ser analisada “com maior parcimônia em mercados que não apresentam características colusivas, sobretudo ao se considerar a existência de uma justificativa plausível”. Assim, mais uma vez, não houve uma análise do objeto e possíveis efeitos da prática de FPR.

119. Em 2011, foi julgada uma Averiguação Preliminar³⁷ que tratava de uma denúncia de fixação de preços no mercado editorial, a qual foi afastada, dado que se estava diante de uma situação de *preços máximos sugeridos*, bem como que a edição de listas de preços por editoras seria uma prática prevista em legislação específica. Novamente aqui a discussão travada nos autos acabou por se ater a uma conduta de sugestão de preços, voltando-se, ainda, a preços máximos, e não fixos ou mínimos, que consistem no cerne da FPR.

120. Também em 2011, o Cade analisou outra Averiguação Preliminar³⁸ que tratava igualmente apenas da fixação de preços de revenda, destacando que a prática é usualmente tratada sob a “regra da razão”. O voto do Conselheiro Relator destacou que se tratava de fixação de preços mínimos de revenda, prática esta que não teria sido negada pela Representada. Contudo, *a participação de mercado da empresa seria inferior a 5%*, existiram eficiências decorrentes da conduta (como

35. PA 08012.003377/2003-44 (DNPDE – “Ex officio” x Cimento Itaú do Paraná S.A., Cimento Portland Rio Branco).

36. PA 08012.004363/2000-89 (Cade x Companhia de Bebidas das Américas – Ambev).

37. AP 08012.001743/2002-40 (João Carlos Ferreira da Silva x Editora Globo, Editora Nova Era e outras).

38. AP 08012.009674/2008-16 (Fábio de Oliveira Pinto x Everest Refrigeração Indústria e Comércio Ltda.).

a eliminação de *free riders*) e que haveria condições estruturais para a geração de efeitos anticompetitivos. Pelo que foi possível apurar, esse foi o primeiro processo que se referiu e analisou *específica e unicamente* a conduta de FPR (preços mínimos), *mas tal análise ocorreu em um contexto no qual sequer o limite de market share de 20%, previsto na lei como proxy do poder de mercado, fora atingido.*

121. Por fim, em 2012, o Cade julgou uma última Averiguação Preliminar³⁹ que envolvia, dentre outras denúncias, a fixação de preços de revenda, a qual foi afastada (sendo o feito no todo igualmente arquivado) sob o fundamento de que a denúncia indicaria, em vários pontos, que se tratava de fixação de preço de revenda máximo e não mínimo. Assim, tratou-se, igualmente, de caso distinto do presente.

122. Nesses termos, o que se extrai da jurisprudência efetiva do Conselho é um histórico de decisões que analisam, sob o enfoque de uma “razoabilidade econômica”, em muitos casos em meros comentários laterais à decisão, temas variados ligados à determinação de preços em geral sugeridos de revenda, muitas vezes máximos e não mínimos, e nas quais coube à autoridade antitruste o ônus de provar os seus efeitos anticompetitivos, *sem que, contudo, jamais tenha ocorrido uma análise detida e sistemática do tratamento que deve ser dado a esse tipo de conduta em suas diversas facetas, especialmente em sua faceta mais “suspeita”, que é a fixação impositiva de preços mínimos ou fixos de revenda por agente dotado, nos termos da presunção legal, de poder de mercado.*

123. Não há, até hoje, um padrão efetivamente estabelecido em nossa jurisprudência do que seria necessário para avaliar a licitude ou não de tais condutas, especialmente quando envolvem, como no caso presente, imposição de preços de revenda por agente dotado de poder de mercado tal como presumido pelo limite de 20% estabelecido na legislação.

124. Tal circunstância torna ainda mais importante o elemento de precedente contido no julgamento deste caso, bem como a precisa definição, pelo Conselho, do regime de ilicitude e ônus probatórios que deve ser observado no julgamento de casos *hard core* de FPR. É sobre a fixação desses parâmetros, e sobre sua compatibilidade com o regime da chamada “regra da razão”, que passo, adiante, a debruçar-me.

III – A “regra da razão” no direito antitruste e a inafastável necessidade de fazer escolhas pragmáticas no desenho das políticas de enforcement. As regras da razão e per se como pontos extremos de uma mesma “escala de presunções”

125. O quanto exposto até aqui permite esboçar algumas conclusões iniciais relevantes para a decisão deste caso. Uma delas é que a FPR ainda não foi, até hoje, examinada com suficiente profundidade por este Conselho, servindo o caso presente, na verdade, como a mais importante oportunidade aberta até hoje ao Cade para fixar seu entendimento acerca das condições de punibilidade dessa conduta. Au-

39. AP 08012.001626/2008-71 (Luís Antônio de Lélis Gomes Bezerra x Companhia de Bebidas das Américas – AmBev).

sente uma verdadeira e efetiva orientação jurisprudencial anterior acerca do tema, é a partir deste caso (e dos próximos casos que chegarem ao Conselho versando efetivamente a fixação de preços fixos ou mínimos de revenda) que se irá construir uma jurisprudência capaz, de fato, de servir de orientação aos jurisdicionados.

126. Além disso, a outra conclusão importante é que seria um equívoco extraordinário construir essa jurisprudência a partir de uma tentativa simplificadora de tipificar a FPR, binariamente, em um dos dois *extremos teóricos* representados (a) pela “*regra da razão*” em sua versão “*hard core*”, desenhada nos moldes e sob a influência da Escola de Chicago, que coloca integralmente sobre os ombros da Administração Pública o ônus quase sempre infactível de provar caso a caso a efetiva produção de efeitos líquidos econômicos negativos para o bem estar geral a partir da conduta em análise, ou (b) pela “*ilicitude per se*”, assim entendida como a ilicitude absoluta pelo próprio objeto, como o delito de mera conduta que não admite qualquer consideração sequer sobre o potencial abstrato de produção de efeitos negativos da conduta, ou tampouco prova contrária de produção (ainda que excepcional) de eficiências capazes de sobrepujar os potenciais efeitos daninhos.

127. É sobre o segundo tema que quero lançar foco neste ponto. Trata-se, fundamentalmente, de perceber que praticamente todas as jurisdições do mundo tratam a FPR com rigor, mas em um regime jurídico que é, na verdade, *intermediário entre a ilegalidade per se e a legalidade “a não ser que a administração prove caso a caso o contrário”*.

128. Entender esse ponto exige, em primeiro lugar, compreender melhor a origem e a efetiva aplicação, no direito da concorrência, dessas categorias da regra da razão e da ilicitude *per se*, pois tal compreensão demonstrará que esses “*tipos*” remetem, mais que a categorias rígidas, opostas e estanques, a extremos opostos de mesma e única escala gradual de presunções de ilegalidade, em cujo percurso podem ser enquadradas, de forma muito variada e diversa, as várias condutas potencialmente ofensivas à concorrência, desde as mais graves (como os cartéis, que em geral se presumem sempre ofensivos à concorrência), até as mais raramente daninhas (como, v.g., a prática de preços abaixo do custo, que exige condições excepcionalíssimas para que se possa configurar como um ilícito concorrencial de predação e no mais das vezes é uma conduta lícita), passando por todos os demais graus intermediários que essa escala comporta, e nos quais podem ser enquadradas condutas com “potencial ofensivo” mais ou menos intenso, ou mesmo mais ou menos frequente.

129. De fato, o direito concorrencial norte-americano assinala o nascimento da “*regra da razão*” justamente a partir da necessidade de temperar a rigidez do teor literal do *Sherman Act*, cuja redação, tomada ao pé da letra, poderia levar à conclusão de que seriam ilegais, pelo próprio objeto, todos os acordos de restrição ao comércio.

130. Esse texto normativo, como se sabe, foi editado em 1890, em circunstâncias bastante excepcionais, e está ainda hoje em vigor. Trata-se assim de um

texto normativo bastante anterior às (e estruturalmente diferente das) modernas legislações antitruste, e é nesse contexto que se deve entender o esforço jurisprudencial realizado pelos americanos para adaptá-lo ao evoluir dos anos e temperar sua extraordinária simplicidade de redação com vistas a adaptá-la aos complexos e diversos arranjos empresariais que demandam regulação antitruste. Querer incorporar ao direito brasileiro pedaços desse esforço jurisprudencial, sem maior análise, e sem maiores distinções, é um equívoco no qual o aplicador do direito não pode se dar ao luxo de incorrer.

131. Como se sabe, o *Sherman Act* foi editado nos EUA no final do século XIX como uma resposta do congresso americano ao movimento geral de concentração da indústria produzido ao longo daquele século em setores importantes como combustíveis, petróleo, açúcar, algodão, transportes, comunicações e outros, especialmente a partir da engenharia jurídica representada pelos *trusts*, que consistiam em agrupamentos de empresas de um mesmo setor destinados a gerar e repartir ganhos os comuns decorrentes da coordenação empresarial entre os acionistas individuais de cada negócio singular. Como ponderam Gellhorn, Kovacic e Calkins, esse processo resultou na eliminação de muitos pequenos negócios e em um natural movimento de contestação dos grandes *trusts*, de modo que, “para muitos americanos, o levante industrial resultante ameaçava as próprias instituições democráticas”.⁴⁰ A concentração empresarial intensa (e as práticas predatórias que muitas vezes estavam a ela relacionadas) tinha o potencial de criar, na opinião de muitos, um poder empresarial “infinito e irresponsável, e livre de qualquer consciência ou restrição”,⁴¹ contra o qual as regras até então vigentes do *common law* pareciam ser pouco ou nada efetivas, especialmente aquelas relacionadas à proibição das “restrições ao comércio” que fossem irrazoáveis.

132. Nesse contexto, a lei de 1890 nasceu particularmente dura em seu propósito e em sua redação, dispondo, em seu artigo primeiro, que “*quaisquer contratos, combinação na forma de trust ou em outra forma, ou conspiração, que representem restrição ao comércio ou aos negócios entre os vários estados, ou com nações estrangeiras, são declarados ilegais*”.

133. Ora, tomado literalmente e sem qualquer tempero em seu rigor, esse artigo seria, ontem, hoje e sempre (e já era, em 1890), completamente impraticável. Isso porque as “restrições ao livre comércio” são, no direito e no mundo dos ajustes privados, tão comuns quanto o próprio comércio, sendo, muitas vezes, benéficas. O art. 1.147 do CC/2002, por exemplo, estabelece um dessas restrições para os casos de alienação de estabelecimento comercial, dizendo que, no silêncio das partes em manifestar vontade em contrário, fica proibido o alienante de exercer atividade concorrente com o negócio alienado por cinco anos. A lista de exem-

40. *Antitrust Law and Economics*. St. Paul: West, 2004, p. 19.

41. *Idem*, *ibidem*.

plos semelhantes seguiria de modo quase infundável, demonstrando, sob todos os ângulos, que não seria razoável considerar ilegais, sem maiores qualificações, todos e quaisquer ajustes que pudessem representar, de uma forma ou de outra, restrições à liberdade de comércio. Isso acabaria por proscrever todas as cláusulas de não concorrência ordinariamente lícitas, todos os ajustes de fornecimento com exclusividade, todos os acordos de distribuição com delimitação de território, prêmios especiais por desempenho ou vantagens semelhantes, todos os contratos de franquia, boa parte dos contratos de cessão exclusiva de direitos de propriedade intelectual e assim por diante, ajustes esses que são normalmente lícitos e que têm função econômica e social importante. A dicção literal do *Sherman Act* levaria, contudo, justamente a essa conclusão.

134. O rigor do texto normativo parece ter respondido, inclusive, por uma importante relutância da Suprema Corte Americana em aplicá-lo durante os primeiros anos de sua vigência. Mais ainda, essa leitura parece ter sido sufragada pela USSC no caso *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, de 1897. Contudo, na também já citada decisão dada em *Standard Oil Co. United States* seis semanas depois do julgamento de *Dr. Miles*, em 1911, a mesma Corte apressou-se em corrigir sua direção anterior, deixando claro que nem toda restrição ao comércio deveria ser considerada ilegal perante o *Sherman Act*, mas apenas aquelas “cujo caráter ou efeitos fossem irrazoavelmente anticompetitivos”. O exame dessa qualidade corresponderia, então, à chamada “regra da razão”, incidente necessariamente na interpretação do *Sherman Act*.

135. O ponto, contudo, consiste em compreender adequadamente no que consiste para o direito americano esse teste de razoabilidade. Na jurisprudência daquele país, ele raramente significou outorgar a cada julgador, a cada momento, diante de todo e qualquer caso, um juízo singular, específico e discricionário de razoabilidade, à luz exclusivamente do caso concreto e independentemente de quaisquer parâmetros legais preexistentes. Até porque uma regra como essa tornaria o direito antitruste arbitrário e completamente imprevisível, como ressaltado no próprio voto parcialmente dissidente do Juiz Harlan em *Standard Oil* e também na decisão anterior da Suprema Corte dada em *US v. Trans-Missouri*. Na verdade, um teste assim amplo de razoabilidade, formulado em critérios especificamente econômicos, nos moldes da Escola de Chicago, somente vem a consolidar-se na jurisprudência americana, como já dito, no caso *Continental TV Inc. v. GTE Sylvania*, de 1977, e mesmo assim é utilizado hoje, nesses moldes amplos, naquele país, apenas para um leque específico de condutas.

136. Uma primeira constatação importante, que é esquecida por muitos que tratam do assunto, é que esse critério de “razoabilidade” não foi propriamente inventado pela Suprema Corte em *Standard Oil*, mas, antes, como já adiantado, comunica-se com a tradição anterior do *common law* inglês e americano, relativa aos atos de “restrição ao comércio”. Essa tradição foi abandonada por Rufus Peckan em *Trans-Missouri* mediante a construção de uma leitura do *Sherman Act* que con-

siderava ilegais *todos os atos de restrição ao comércio*, mas, no próprio caso, foi registrada no voto dissidente de Edward White, acompanhado por outros três juizes da Suprema Corte americana. Naquele final do século XIX, seu principal expoente era William H. Taft, cuja leitura da tradição jurídica inglesa e americana levava-o a *distinguir, como já ressaltado anteriormente, os acordos sujeitos ao Sherman Act em dois grandes grupos, separando aqueles (ilegais) cujo próprio objeto consistia na restrição à concorrência, daqueles (potencialmente legais) em que tais restrições eram (a) acessórias a um outro objetivo principal legalmente lícito e (b) indispensáveis ao atendimento daquele outro objetivo lícito*.⁴²

137. Essa tradição do *common law* foi novamente abandonada de certo modo em *Standard Oil* e, principalmente, em *Chicago Board of Trade v. United States*, de 1918, em favor de um teste já mais próximo do teste de efeitos líquidos que se consolida em *Sylvania*. A razoabilidade, em *Chicago Board*, estaria não em considerar o caráter principal ou acessório da restrição à concorrência, como ocorria na tradição do *common law*, mas sim em entender “se a restrição imposta meramente regula e portanto talvez promova a concorrência, ou se, ao contrário, suprime ou mesmo destrói a concorrência”.

138. Ocorre que, como muitos críticos apontam, o problema desse *standard* é sua extraordinária vagueza como parâmetro jurisprudencial. Com base nele, qualquer um pode decidir qualquer coisa, e qualquer advogado por defender qualquer caso (Stephen Ross chama esse *standard*, quase jocosamente, de “open-ended, look-at-anything rule of reason”, lamentando que a Suprema Corte tenha se distanciado dos critérios anteriores de análise das restrições à concorrência, baseados em seu caráter principal ou acessório).⁴³

139. Fato é, contudo, que em toda a sua história a Suprema Corte Americana sempre teve extrema cautela em transformar a regra da razão em um cheque em branco para a análise econômica casuística de todas e quaisquer condutas. E isso é assim desde seu estabelecimento em *Standard Oil*, ainda em 1911. Já naquele caso ficou estabelecido um teste ligado ao “propósito, natureza e efeitos” da restrição, que poderia, inclusive, levar a regimes diversos de presunção de irrazoabilidade.⁴⁴

140. De fato, casos como *United States v. Trenton Potteries* (1927) e *United States v. Socony-Vacuum Oil Co* (1940) estabeleceram justamente a desnecessidade de realizar sopesamentos de qualquer tipo para determinar a ilicitude de acordos horizontais de fixação de preços ou quantidades. Tais acordos seriam, sempre, presumidos como irrazoáveis. E isso ocorreria em função, basicamente, de uma es-

42. Uma ótima resenha desse balanço da jurisprudência americana entre três “modelos de interpretação” do Sherman Act está em Stephen Ross, *Principles of Antitrust Law*, p. 122 e ss.

43. *Idem*, p. 126.

44. Gavil, Kovacic and Baker. *Antitrust Law in Perspective*, p. 93.

colha interpretativa, cuja expressão precisa pode ser encontrada em um trecho da decisão proferida pela USSC em *Northern Pac. Ry. Co. v. United States*, de 1958: “Há certos acordos ou práticas que são conclusivamente presumidos como desarrazoados e portanto ilegais sem pesquisa elaborada do dano preciso que eles possam ter causado ou das razões de negócio para seu uso, em virtude dos efeitos perniciosos sobre a competição e da falta de virtudes compensatórias [que normalmente os marcam]. Esse princípio de irrazoabilidade per se não apenas torna mais claros os tipos de restrições que são proibidas pelo Sherman Act, com benefício de todos os envolvidos, mas também evita a necessidade de investigação econômica incrivelmente prolongada e complicada (...) investigação essa frequentemente infrutífera quando realizada”.

141. Daí afirmar-se que o regime da ilegalidade per se, nos Estados Unidos, pode ser visto mais como uma regra de prova que como um padrão substantivo de ilicitude, cuidando de hipóteses em que o caráter irrazoável da conduta pode ser presumido (*iure et de iure*) de seu próprio objeto.⁴⁵ A justificativa (inclusive econômica) desse tipo de presunção estaria na economia de recursos públicos que ela representa. Nesse contexto, “as regras per se refletem o julgamento de que os custos de identificar exceções à regra geral sobrepujam de forma importante os custos de ocasionalmente condenar uma conduta que, em outra análise mais detida, poderia mostrar-se aceitável”. O exemplo dado pela Suprema Corte em *FTC v. Superior Court Trial Lawyers* (1990), já citado acima, comparando a ilicitude per se com as regras de velocidade em estradas, é particularmente ilustrativo nesse sentido.

142. Há, de fato, uma série de condutas que seguem sendo consideradas no direito americano, mesmo após *Standard Oil*, como desarrazoadas per se. São acordos que devem ser presumidos, *iure et de iure*, como portadores de restrições irrazoáveis ao comércio e que, por isso, são considerados ilegais diante do Sherman Act. Entre os exemplos de acordos dessa natureza estão aqueles de fixação horizontal de preços, divisão geográfica de mercados, boicotes e, até recentemente, como visto, fixação vertical de preços de revenda.

143. É verdade que existe uma outra série de condutas, como, por exemplo, restrições verticais a concorrência de tipo não preço, que tradicionalmente se submeteram no regime americano a uma versão “aberta” da regra da razão, nos moldes daquela desenhada em *Continental v. Sylvania*. Essas condutas implicariam, de fato, um custoso regime de investigação em que a prova do caráter anticompetitivo é normalmente carreada à autoridade antitruste, mas normalmente se aplica esse regime apenas às condutas que parecem ser, em geral, mais frequentemente benéficas que malélicas à concorrência.

144. O fato é que, bem examinada, a jurisprudência norte americana sempre estabeleceu, em seus vários casos, uma gama variadíssima de standards probatórios e

45. Idem, p. 104.

regimes de presunção distintos aplicáveis seletivamente aos vários tipos de restrição à concorrência, sendo particularmente ilustrativos nesse sentido os votos de John Stevens, um dos grandes especialistas da Corte em antitruste, e que nela serviu de 1975 a 2010. Stevens, por sinal, foi um dos juízes que aderiu incondicionalmente ao voto divergente de Breyer em Leegin.

145. Spender Waller escreveu um interessante artigo analisando, justamente, a jurisprudência da Corte a partir dos votos de Stevens no que diz respeito à definição da “regra da razão” e concluiu que, para essa jurisprudência, em termos de direito antitruste, a questão sempre foi menos de “saber se a regra per se ou a regra da razão se aplicavam a um caso particular, e mais a de saber o que a regra da razão deveria efetivamente significar e qual a sua extensão” naquele caso em apreço.⁴⁶ Segundo o autor, a preocupação desse juiz ecoaria as preocupações de James Rahl de evitar que “a regra da razão se transformassem em um exercício aberto e sem sentido do qual os investigados sempre sairiam vencedores”.⁴⁷

146. Literalmente, segundo o autor, a participação de Stevens na Suprema Corte americana teria servido para “articular uma visão abrangente da regra da razão como uma regra de interpretação de toda a Seção 1 do Sherman Act”, segundo a qual “a regra da razão não seria uma escolha rígida entre a ilegalidade per se ou uma exploração infundável de intenções, efeitos e sopesamentos”, mas sim seria vista “como um ‘continuum’ onde algumas condutas seriam presumidas como capazes de restringir irrazoavelmente a concorrência (e por isso seriam consideradas ilegais)... outras seriam similarmente presumidas como irrazoáveis apenas após a prova de certas condições de mercado (normalmente de poder de mercado), também sem a possibilidade de defesas após essa prova...”, outras se enquadrariam na categoria do “quick-look, ou regra da razão truncada, que nada mais é que uma presunção passível de prova em contrário de irrazoabilidade, afastável apenas na medida em que o investigado apareça com uma justificativa pró-competitiva demonstrável”, e assim por diante, até o teste mais “rígido” de efeitos líquidos negativos verificados caso a caso aplicável apenas para as condutas cujo potencial ofensivo seja mais brando e remoto, e cujas eficiências sejam mais frequentes e importantes.

147. Essa abordagem fica clara, por exemplo, no julgamento de *NCAA v. Board of Regents of Univ. of Oklahoma*, datado de 1984, cujo acórdão foi relatado por Stevens. Em seu voto, vencedor no caso, ele ressaltou que “*de fato, não existe, frequentemente, uma linha clara separando a análise per se da análise pela regra da razão. Regras per se podem frequentemente exigir considerável investigação das condições de mercado antes que se possa considerar a prova existente como suficiente para uma presunção de efeitos anticompetitivos*” e a regra da razão pode muitas vezes justificar condenações “*num piscar de olhos*”, quando os efeitos anticompetitivos são óbvios.

46. Justice Stevens and the Rule of Reason. 62 SMU L. Rev. 693 (2009), p. 693.

47. Idem, p. 697.

148. Citando James Rahl, Stevens ponderou com ainda mais clareza, em seu voto dado em *United States v. US Gypsum Co* (1978) que “adequadamente entendida, a análise pela regra da razão não é distinta da análise per se. Ao contrário, acordos que são ilegais per se são meramente espécies dentro da categoria mais ampla dos acordos que restringem irrazoavelmente o comércio; menos prova é necessária para estabelecer sua ilegalidade, mas eles, mesmo assim, violam o elemento fundamental da regra da razão”.

149. Analisando a jurisprudência da Suprema Corte a partir dos votos de Stevens, Waller elabora, inclusive, um interessante “quadro” acerca do “continuum” representado pela regra da razão tal como definida em vários julgamentos, demonstrando, efetivamente, como ela pode ser vista, na verdade, como um complexo sistema de presunções de ilegalidade e disposições de ônus probatórios que avança em graus. Por ser extremamente ilustrativo, reproduzo, abaixo, esse mesmo quadro traçado pelo autor, sem qualquer tradução:⁴⁸

FIGURE 1
THE RULE OF REASON CONTINUUM

Presumed Unreasonable

No Justifications/Affirmative
Defenses Permitted

Not ancillary to lawful
purpose

or

Traditional per se
unreasonable offenses

No Presumption of Illegality

Plaintiff must demonstrate
actual harm or infer from
market definition and power
then and only then must
defendant provide
procompetitive justification

Presumed Unreasonable

After Proof of Certain
Market
Facts then no Justification/
Affirmative Defenses
Permitted

Certain tying, certain
boycotts

Can Plaintiff Rebut the
Procompetitive
Justification?
Is it legally cognizable?
Is it pretext?
Is it established in record?

*Professional Engineers
NCAA Trial Lawyers
Ass'n*

Presumed Unreasonable

unless defendant has
cognizable pro-competitive
justification

Inherently suspect conduct
in non-typical market
settings

Does harm to
competition outweigh
procompetitive justifications?

*Chicago Board of Trade &
the Modern Empty Set*

48. Spender Waller, Justice Stevens and the Rule of Reason, p. 712.

150. Portanto, mesmo na experiência americana, como já ressaltado anteriormente neste voto e aqui retomado, não é correto dizer que a regra da razão seja uma categoria rígida, sempre relacionada ao teste de efeitos líquidos negativos moldado caso a caso, e ontologicamente apartada da ilicitude per se. Ao contrário, ambas as categorias (a da ilicitude per se e a do teste caso a caso de efeitos líquidos) são, como já dito e redito, pontos numa mesma escala de presunções de que lançam mão o direito e a jurisprudência para tornar operativa a defesa antitruste, e que correspondem, todos, a uma mesma tentativa de adaptar a regra da razão (exigência de irrazoabilidade para a detenção de condutas anticompetitivas) a circunstâncias muito diferentes umas das outras.

151. Além disso, é preciso ainda recordar que, na experiência americana, todo esse esforço jurisprudencial de distinção entre várias categorias foi justificado pela necessidade de adaptar aos tempos subsequentes uma legislação que data de 1890, sendo, portanto, antiga de mais de um século, e que não faz, ela mesma, distinções de qualquer ordem, já que seu texto literal parece simplesmente proscrever, como ilícitas, todas as restrições ao comércio. Naturalmente, outras jurisdições dotadas de legislações mais modernas não incorrem na mesma necessidade, e contam, muitas vezes, com textos legais que permitem, eles mesmos, que se faça essa escala de presunções. Novamente, o exemplo da União Europeia é eloquente, com suas regras de *minimis*, suas exceções em bloco e suas presunções de ilegalidade dotadas de variados contornos, inclusive aquelas aplicáveis à FPR.

152. O caso brasileiro, nesse contexto, deve ser analisado sob essa ótica. Tínhamos, ao tempo da infração aqui cometida, uma lei muito mais moderna, datada de 1994, e a lei atualmente vigente, que em quase todos os pontos relevantes reproduziu a anterior, tem hoje menos de um ano de vigência. Tais textos, que são aqueles que devem orientar o trabalho de aplicação do direito antitruste no Brasil, permitem, todos eles, a colocação em prática dessa mesma escala de presunções, como passo, adiante, a ressaltar.

IV – A fixação de preços de revenda à luz do direito brasileiro

IV.1. A dicção do texto legal e sua incompatibilidade com uma regra da razão do tipo “efeitos líquidos concretamente produzidos”

153. Ao tempo da infração aqui analisada, vigiam, no direito brasileiro, as regras dos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994, que disciplinavam, substancialmente, o regime jurídico das condutas anticompetitivas no país. Tais dispositivos tinham, no que se relaciona ao caso presente, os seguintes textos:

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

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1.º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

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

§ 3.º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

(...)

XI – impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

(...).”

154. Portanto, o que importa neste caso é compreender a que regime jurídico esses textos remetem o controle da conduta em questão, o que exige, em primeiro lugar, sua adequada interpretação.

155. Nesse sentido, o primeiro ponto a destacar é a redação do art. 20, que caracteriza como infração à ordem econômica, *independentemente de culpa*, atos de duas naturezas distintas:

(a) os que tenham *por objeto* quaisquer das condutas tipificadas em seus incisos, entra as quais a de limitar ou prejudicar a concorrência, que mais importa ao caso em análise, e

(b) os que, mesmo não tendo tal escopo em seu próprio *objeto*, podem tê-lo, direta ou indiretamente, *em seus efeitos*.

No que diz respeito a esse segundo leque de atos, a lei não exige que tais efeitos sejam efetivamente alcançados, contentando-se com a mera potencialidade de sua produção, nos termos da dicção literal do *caput*.

156. Compreender o significado dessa distinção em duas grandes categorias de condutas é tarefa sobre a qual muito se tem debatido. Particularmente, tenho enorme tendência em ler a distinção à luz da já citada tradição do *common law* de distinguir os atos de restrição à concorrência em duas categorias, apartando os atos que *objetivam diretamente restringi-la* (que tem esse como seu propósito e

objeto principal, e que quais devem merecer, portanto, tratamento mais rigoroso), daqueles que *apenas indiretamente a restringem*, sendo, na verdade, acessórios a um propósito de negócio independente e em princípio lícito, e guardando com este uma relação estrita de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Neste segundo caso, e apenas nele, entendo que passa a fazer sentido a análise a partir de seus efeitos, sublinhando-se, contudo que a lei não exige que estes sejam concretamente produzidos, contentando-se ao revés com a potencialidade de sua produção.

157. Igualmente importante, nesse contexto, é saber separar, no extenso rol de *exemplos* de condutas potencialmente enquadráveis na restrição legal, trazido pelo art. 21 da mesma Lei, quais são as que, em geral, têm a restrição à concorrência em seu objeto, e quais são as que podem tê-la, indiretamente, apenas em seus efeitos. Importa também distinguir quais as que em geral são acessórias (e adequadas, necessárias e proporcionais) a objetivos lícitos e que nada tem a ver com a restrição à concorrência ela mesma objetivada, e quais as que têm esse objetivo em sua própria razão de ser. Tratar umas e outras de forma equivalente seria, a meu ver, não apenas um equívoco do ponto de vista de política jurisprudencial, mas também um ato de desrespeito ao texto expresso da norma.

158. Para exemplificar o que estou querendo dizer basta constatar que há casos, como o do inc. I do art. 21, em que dificilmente se pode dizer que a restrição à concorrência não consista no próprio propósito do ato praticado, sem qualquer outro objetivo lícito que possa estar ligado a sua celebração. É, basicamente, o caso do acordo entre concorrentes para fixação de preços. Exigir, para a punição desse tipo de acordo, qualquer coisa além da própria prova de sua ocorrência, parece não apenas apartar o regime antitruste brasileiro de praticamente todos os demais regimes de tutela antitruste do mundo, mas também sacrificar, de forma importante, o próprio texto da norma. Trata-se de um ato que tem em seu próprio objeto o propósito de restrição à concorrência, que não está associado a nenhum outro objetivo lícito de negócio.

159. De outro lado, há condutas que apenas indiretamente podem *produzir o efeito* de restringir a concorrência e que, no mais das vezes, são justificadas por razões perfeitamente lícitas de negócio, sendo de fato a estas associadas. Como já ressaltai anteriormente, compreendo ser o caso, v.g., do inc. XVIII, relativo à venda de mercadoria abaixo do custo. Nessa hipótese, é evidente que o objeto da conduta não é, ele mesmo, a limitação da concorrência. Ao contrário, o motor da prática é, muitas vezes, o escoamento de estoques, a geração rápida de caixa para reinvestimento, a promoção especial de certos produtos e assim por diante. A limitação da concorrência, aqui, para ser até mesmo potencial, depende de condições de mercado específicas, como barreiras significativas à entrada, capacidade de sustentar consistentemente o prejuízo no tempo e de posteriormente recuperá-lo a partir do lucro de monopólio. Portanto, trata-se de conduta que somente pode ser considerada “irrazoável” se tais condições de mercado ficarem comprovadas, e se não for

possível encontrar, no caso específico, nenhuma outra justificativa plausível que fundamente a conduta.

160. Outros casos que sequer estão enquadrados no rol exemplificativo do art. 21 podem também ser enquadrados nesta última categoria, incluindo, v.g., boa parte das restrições verticais do tipo “não preço”, assim como outras condutas como a própria fixação de preços máximos de revenda. São práticas e ajustes que apenas eventualmente podem ter o efeito potencial de restrição da concorrência, que normalmente não o tem em seu próprio objeto, e que se justificam por objetivos lícitos de negócio. É razoável, portanto, que se presumam como lícitas, até prova em contrário de sua irrazoabilidade ou de seu específico propósito de limitação da concorrência.

161. Note-se, nesse ponto, que tais modulações do regime jurídico a que devem ser submetidas as condutas não tem a ver, exclusivamente, com a exigência legal da “potencialidade de produção de efeitos”, em que muitos enxergam estar o fundamento da “regra da razão” no antitruste brasileiro. Assim é, inclusive, porque essa exigência na lei é colocada *como alternativa* ao objetivo de limitação da concorrência, que pode, independentemente do exame de potenciais efeitos, servir como fundamento autônomo para a ilicitude. Na verdade, no direito brasileiro, assim como no próprio direito americano, a exigência de razoabilidade e a proibição da aplicação absurda do direito é decorrência de princípios gerais que informam todo o sistema jurídico, e se manifesta não apenas no direito antitruste, mas também em muitos outros ramos do direito, assumindo, em cada qual, feições específicas.

162. Portanto, deve ser entendida com especial cautela, à luz do art. 20, a afirmação frequentemente feita pela doutrina de que “não existem ilícitos per se no direito brasileiro”. Essa afirmação é correta se significar, tão somente, que todas as potenciais condutas anticompetitivas devem ser consideradas irrazoáveis para que possam ser punidas, e que não serão punidas condutas que se justificarem por arranjos negociais lícitos e que nada tenham a ver com o propósito direto de falsear a concorrência, na medida em que sejam acessórias, adequadas, necessárias e proporcionais a esses arranjos. Se tal afirmação quiser dizer, ainda, que o rol de exemplos do art. 21 não refere indistintamente a “tipos de mera conduta” em todos os casos, exigindo a conexão de tais exemplos com aqueles critérios mais gerais do art. 20 e com um exame geral a partir de critérios (variáveis) de razoabilidade, *idem*.

163. Contudo, se tal afirmação quiser sugerir que são proibidas no direito brasileiro as presunções *iuris tantum* (ou talvez até *iure et de iure* em alguns poucos casos) de irrazoabilidade, e que são exigidas sempre provas de poder de mercado, efeitos concretos daninhos e ausência de eficiências, aí a afirmação será contrária ao próprio texto do art. 20. O próprio Cade, por sinal, em sua tarefa de controle de estruturas, tem há muito tempo adotado a prática de considerar ilícitas, por presunção de irrazoabilidade e sem maiores análise de poder de mercado, *market*

share, ou outras semelhantes, todas as cláusulas de não concorrência superiores a 5 anos ou de escopo maior que o do negócio subjacente, sem que ninguém tenha afirmado, até hoje, que tal prática é ilegal por implicar o julgamento de que tais cláusulas sejam ilícitas “per se”.

164. Portanto, a pedra de toque para a compreensão do sistema repressivo instituído pelos arts. 20 e 21 da Lei 8.884, assim como ocorre em muitas outras jurisdições, é menos querer determinar, rigidamente, se o Brasil adotou a “regra da razão” ou a “regra per se” para esta ou aquela conduta, e mais a de saber, a cada caso específico, no que deve significar a aplicação concreta regra da razão, ou seja, quais os standards de prova e presunção que devem ser utilizados para analisar cada possível ato que tenha por objeto ou possa produzir potencialmente o efeito de limitar a concorrência, abusar de posição dominante ou tentar indevidamente dominar mercado.

165. Tais elementos não estão completamente dados pelo próprio texto dos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/1994 e é tarefa primordial do Cade procurar, em sua jurisprudência, fixá-los e interpretá-los a cada caso, de modo a fazer, como já ressaltado, com que o sistema de repressões à ordem econômica no Brasil seja, progressivamente, cada vez mais adequado, operacional, previsível e eficiente.

IV.2. A interpretação mais sensata: distinção entre restrições verticais baseadas em preços e não baseadas em preço e a presunção de ilegalidade da fixação de preços mínimos de revenda

166. No caso especificamente das restrições verticais à concorrência, os elementos anteriormente citados neste voto, presentes nos demais votos já produzidos neste caso e também colhidos da jurisprudência internacional parecem apontar, todos, para a *razoabilidade* da distinção normalmente operada nesta sede entre duas grandes categorias, separando em regimes distintos (a) aquelas que restringem preços e (b) aquelas que afetam outros elementos da rede de distribuição. Trata-se, basicamente, da mesma distinção já realizada pela Suprema Corte americana no caso *GTE-Sylvania* (acima já comentado), em que se decidiu que as primeiras deveriam ser submetidas a regimes de presunção de ilicitude muito mais rígidos que as segundas.

167. Além disso, mesmo no caso das restrições baseadas em preço, cabe distinguir entre aquelas que *impõem* preços das que apenas os *sugerem* e, dentre as primeiras, separar as que *impõem* preços e margens *máximas* das que fixam ou *impõem* preços e margens *mínimas*. Novamente, revela-se relativamente consensual na experiência internacional que as segundas devam merecer um tratamento muito mais rígido que as primeiras, pois seu efeito imediato, necessário e invariável é uma sempre elevação de preços, ainda que nos limites da competição intramarca, sendo raras as eficiências capazes de sobrepujar esse elemento de dano que não possam, no comum das vezes, ser produzidas por outros meios menos restritivos da concorrência.

168. Portanto, respeitando-se as distinções estabelecidas acima, é preciso ressaltar a especificidade de que se reveste o presente caso, pois trata-se, exclusiva-

mente, de lidar com a mais “suspeita” das condutas acima descritas, consistente, precisamente, no *estabelecimento de restrições verticais baseadas na imposição (e não simplesmente na sugestão) de preços ou margens mínimas (mas não máximas) de revenda*.

169. Como já ressaltado, essa é a restrição vertical considerada como mais grave nas várias jurisdições internacionais, que buscaram, justamente por isso, submetê-la a um regime jurídico apartado das demais, baseado, quase sempre, em fortes presunções de ilicitude. Por isso, tal conduta deve receber tratamento específico deste Conselho no que diz respeito aos *standards* que a circunscrevem, estando, ademais, especificamente tipificada no inc. XI do art. 21 da Lei 8.884/1994.

170. Além disso, trata-se de conduta cujo próprio objeto já inclui importante restrição à concorrência e que, em geral, apenas excepcionalmente estará de fato ligada pela já mencionada relação de acessoriedade a outro objeto de negócio racional e lícito.

171. Dadas todas essas razões e, inclusive, sua referência expressa e explícita no inc. XI do art. 21 da Lei 8.884/1994, não vejo como não considerar a conduta como *presumidamente ilícita*, sendo essa presunção *iuris tantum* de ilegalidade uma verdadeira *expressão da incidência da regra da razão* aos contornos e especificidades da conduta tal como tratada pelo direito nacional.

172. Trata-se, ainda, de presunção exatamente igual àquela utilizada em quase todas as jurisdições internacionais já resenhadas, sendo, portanto, absolutamente razoável e proporcional.

173. Nos termos dessa presunção, entendo que é ônus inafastável da Administração provar, em primeiro lugar, a própria ocorrência material do fato objetivo que a faz incidir, consistente, é claro, no ato ou acordo, tácito ou expresso, de determinação de preços ou margens mínimas de revenda. Uma vez surgida essa prova, e uma vez caracterizada a materialidade da conduta, passa a incidir, então, a presunção *iuris tantum* de sua ilegalidade, passando para o acusado o ônus específico de elidir essa presunção.

174. Tal prova pode inicialmente fundar-se, nos termos da regra da razão, na demonstração de inviabilidade completa de produção potencial do dano concorrencial, por inexistência absoluta de poder unilateral ou coordenado de mercado. Tal prova deve seguir em princípio, a meu ver, as presunções de poder de mercado unilateral previstas no próprio art. 20 da Lei 8.884/1994 (detenção de ao menos 20% de participação nos mercados relevantes a montante ou a jusante), além das presunções de poder coordenado normalmente utilizadas pelo SBDC, a partir da consideração das participações nesses mercados dos 4 agentes mais relevantes (C4).

175. Mais especificamente, ocorrerá, a meu ver, prova da inexistência absoluta de poder unilateral ou coordenado se, e somente se, cumulativamente:

(a) nem o fornecedor, isoladamente, nem os distribuidores, em conjunto, tiverem 20% ou mais do mercado, e

(b) nenhum dos distribuidores ou fornecedores envolvidos na conduta fizer parte do C4 de seu mercado relevante, na hipótese deste ser superior a 75%, caso em que os distribuidores envolvidos deverão ser considerados em conjunto, como se um único agente econômico fossem.

176. Se o investigado não puder demonstrar seu enquadramento na “regra de minimis” acima, a presunção de ilegalidade da conduta somente será ilidida se ele for capaz de demonstrar, alternativamente, eficiências específicas à FPR em questão que (a) não possam ser produzidas por outro acordo vertical ou outros meios distintos menos suspeitos, (b) superem claramente, nas condições de mercado em questão, os riscos à concorrência gerados pela conduta e (c) resultem em benefício comprovado para o consumidor.

177. A defesa acima, baseada em eficiências, não deverá ser, a meu ver, aceita pela autoridade se esta puder provar que a iniciativa para a FPR partiu da própria rede de distribuidores, hipótese em que também não deve ser aceita, a meu ver, a defesa baseada na regra de minimis de poder mínimo de mercado, pois trata-se, como já registrado, da hipótese mais suspeita entre todas as práticas de FPR analisadas, merecendo, em todas as jurisdições internacionais, tratamento ainda mais rigoroso.

178. A meu ver, tais critérios traduzem a incidência mais adequada e consentânea com a legislação nacional da regra da razão ao caso em apreço, possuindo a virtude de, simultaneamente, permitir ao jurisdicionado o exercício de defesas baseadas em eficiências sem, com isso, sacrificar a capacidade do sistema legal de realizar um adequado *enforcement* das regras antitruste em relação a ajustes que, muitíssimo mais frequentemente que o contrário, possuirão alto potencial de prejuízo aos consumidores.

179. Entendo, ademais, que ao Cade caberá, no futuro, ir construindo em sua jurisprudência um rol adicional de hipóteses em que a defesa baseada em eficiências possa parecer particularmente fundada, analisando, por exemplo, casos específicos como o da FPR por curtos períodos de tempo (certamente inferiores a três meses, por exemplo) e com a finalidade de introdução de novos produtos no mercado, ou mesmo outras hipóteses que venham a ser construídas pela jurisprudência (por exemplo, relativas a exceções específicas para contratos de franquia).

180. Baseando-me, então, nesse sistema de presunções, que entendo decorrer do sistema criado pela Lei 8.884 e traduzir a melhor aplicação da regra da razão à conduta em apreço, passo, a seguir, a analisá-la especificamente.

V – A análise do caso concreto: presença de poder de mercado suficiente conforme a presunção legal, ausência de demonstração de qualquer tipo de eficiência não passível de obtenção por outros meios, caráter inequívoco da iniciativa por parte dos distribuidores. A conclusão inafastável pela condenação da investigada.

181. Como já ressaltado, o caso em questão trata de denúncia anônima recebida pelo Procon de São Paulo e por este órgão subsequentemente encaminhada

à SDE em fevereiro de 2001. O fundamento da denúncia consiste em versão apócrifa de um documento supostamente acordado entre a SKF e seus distribuidores autorizados, segundo o qual estas partes teriam acordado adotar, em 19.10.2000, “Medidas Preventivas” destinadas a estancar uma guerra de preços que se teria estabelecido, supostamente, entre tais distribuidores autorizados. Tais medidas preventivas incluiriam o estabelecimento de um *mark-up* mínimo para cada categoria de produto distribuído, com proibição da prática de preços de revenda inferiores aos estabelecidos, monitoramento pela SKF e pela própria rede de distribuidores e penalidades em caso de descumprimento. Tais penalidades variariam de advertência por parte da SKF, no caso da primeira ocorrência, até aumentos nos preços de 5 a 15%, nas ocorrências subsequentes, ou rescisão do contrato de distribuição, no caso da 5.^a ocorrência (f.).

182. Em vista do recebimento desta denúncia, a SDE encaminhou ofício à SKF, em fevereiro de 2004, questionando a empresa acerca das práticas noticiadas no documento acima referido (f.). A resposta a esse ofício sobreveio em 07.05.2004 (f.), contendo, basicamente, as seguintes afirmações:

(a) que a SKF não impôs de maneira unilateral preços de revenda a seus distribuidores, mas que apenas “colaborou” com estes durante sete meses compreendidos entre os anos de 2000 e 2001, no sentido de “disciplinar o funcionamento da rede e, assim, assegurar a sustentabilidade econômica dos distribuidores, estimulando a melhoria da qualidade dos serviços prestados”, *aderindo a um procedimento que fora, segundo suas palavras, de iniciativa dos próprios distribuidores*;

(b) que esse procedimento incluiu o estabelecimento, *pelos próprios distribuidores*, de *mark-ups* mínimos de revenda, e que o papel da SKF resumiu-se a concordar com a razoabilidade desses *mark-ups* mínimos;

(c) que tais medidas seriam importantes para a proteção da marca e bom funcionamento da rede, e que não gerariam prejuízos para a concorrência uma vez que a participação de mercado da SKF é inferior a 20%;

(d) que o monitoramento da observância desses *mark-ups* mínimos foi de responsabilidade dos próprios distribuidores, durou pouco tempo, e gerou apenas algumas poucas punições.

183. Para além dessas assertivas relacionadas aos fatos da denúncia, ponderou, em relação aos aspectos legais e econômicos da representação, que:

(e) o controle de condutas deve ser sempre feito à luz da regra da razão, especialmente em se tratando de conduta vertical, só havendo ilicitude se for possível observar efeitos negativos no mercado que tenham decorrido da atividade sob análise e desde que a “restrição ao comércio” dela derivada seja desarrazoada;

(f) que práticas como aquela referida nestes autos só podem ser consideradas ilícitas, como corolário do princípio anterior, se o agente que as pratica detiver poder econômico suficiente para causar uma diminuição injustificada nos níveis de concorrência;

(g) que a fixação de preços de revenda pode ser, e no caso em apreço, foi benéfica para a concorrência, pois aumentou a eficiência do sistema de distribuição intramarca, estimulando a melhoria do atendimento aos consumidores finais, o que não estava sendo incentivado em virtude da disputa acirrada de preços que vinha sendo praticada entre os distribuidores;

(h) que a fixação de preços de revenda somente poderia ter efeitos anticompetitivos em duas hipóteses, ambas não verificadas no caso concreto: (h.1) caso o produtor fosse monopolista, ou no mínimo detivesse uma participação de mercado extremamente elevada, ou (h.2) caso a fixação fosse praticada por todos ou quase todos os fornecedores e distribuidores do mercado;

(i) que, no caso presente, a ausência dessas condições já teria sido atestada pela própria Seae, que, em parecer relativo ao AC 08012.000294/2001-31, teria considerado o mercado de rolamentos altamente competitivo, atestando a baixa probabilidade de coordenação entre os agentes e a participação da SKF em patamares próximos aos 20%.

184. No curso da instrução correspondente, verificou-se que *as participações de mercado da SKF para os vários produtos envolvidos na investigação, ao tempo da conduta, girariam em torno de 25% (rolamentos), 1% (retentores, graxas e lubrificantes), 17% (ferramentas de manutenção) e 30% (equipamentos de monitoramento) (f.).*

185. Encerrada a instrução sobreveio manifestação da SDE pelo arquivamento da averiguação preliminar (f.), acatada pelo titular da Secretaria em despacho datado de janeiro de 2005 (f.). Tal manifestação fundou-se no caráter “polêmico” da fixação de preços de revenda enquanto conduta anticompetitiva, já que seus efeitos anticompetitivos seriam, segundo afirmaria a Escola de Chicago, raros. Daí ser necessária uma “análise caso a caso de tais práticas”. Acolhendo a assertiva da SKF de que tais práticas só seriam ilícitas caso o produtor fosse um monopolista ou quase monopolista, ou se houvesse colusão entre os vários produtores e suas respectivas redes de distribuição, a SDE entendeu descaracterizada, no caso, a conduta em apreço, pois tais circunstâncias teriam sido especificamente afastadas pelas provas colhidas. Assim, a conduta seria justificada pelo objetivo de aumentar a eficiência da rede de distribuição da representada, evitando o “efeito carona” entre distribuidores, com relação a investimentos em qualidade, serviços, manutenção etc.

186. A Averiguação Preliminar foi encaminhada ao Cade por meio de remessa oficial e distribuída ao então Conselheiro Luiz Alberto Scaloppe (f.). Ao apreciá-la, o Cons. Scaloppe houve por bem reverter a decisão do Secretário da SDE e determinar a instauração de processo administrativo com o fim de melhor averiguar a conduta, já que (a) os dados de participação de mercado da SKF teriam sido fornecidos unilateralmente por ela mesma e (b) as participações da empresa, em certos mercados, seriam relevantes, chegando, segundo ela mesma confessou, aos 30%. Tal decisão foi acatada de forma unânime pelo Plenário do Cade em sessão de 18.05.2005 (f.).

187. O Processo Administrativo foi, então, instaurado pela SDE (f.) em 16.11.2005. No âmbito da SDE foi realizada farta instrução complementar, cujos principais achados podem ser assim resumidos:

(a) no mercado de ferramentas de manutenção, as empresas oficiadas basicamente informaram não identificar a SKF como concorrente relevante (f., resposta da então líder nesse mercado), desconhecendo, ademais, sua política de preços ou mesmo a eventual prática de fixação de preços de revenda (f.) e não identificando barreiras específicas à entrada ou ao incremento de importações (f.);

(b) no mercado de rolamentos, as empresas oficiadas que afirmaram ter algum conhecimento de seus concorrentes responderam desconhecer a prática de fixação de preços pela SKF, não identificando problemas competitivos derivados dessa prática (f.). Afirmaram, ainda, que os preços da SKF seriam competitivos nesse mercado (f.) e que não existiriam barreiras à entrada ou à importação nesse mercado (f.);

(c) no mercado de retentores, as empresas oficiadas também informaram desconhecer a prática de fixação de preços de revenda por parte da SKF (f.), afirmando ainda desconhecer a existência de barreiras à entrada ou impedimentos significativos à importação (f.);

(d) no mercado de equipamentos de monitoramento, as empresas oficiadas também afirmaram desconhecer a prática de preços de revenda por parte da SKF, bem como eventuais prejuízos à concorrência que pudessem ter derivado dessa prática (f.), afirmando, novamente, a inexistência de barreiras significativas à entrada ou importações (f.);

(e) não houve instrução específica relacionada ao mercado de graxas e lubrificantes.

188. Em todos os mercados consultados, as concorrentes da SKF oficiadas afirmaram não praticar preços mínimos de revenda junto a seus distribuidores ou, alternativamente, sequer possuir rede de distribuição, atuando, nesses casos, com equipe de vendas própria. De maneira geral, afirmaram, também, que o principal fator de competição nesses vários mercados é o preço, com algumas referências apenas pontuais a qualidade técnica e serviços de pós-venda especialmente nos mercados de equipamentos para monitoramento e rolamentos. Tal informação foi confirmada por ofícios encaminhados a alguns dos consumidores desses equipamentos, que afirmaram *não necessitar de tratamento especial dos revendedores no ato da compra no mercado de rolamentos* (f.), com exceção apenas da resposta de (f.) e, parcialmente, da de (f.), no segmento de rolamentos para aplicação industrial. Pesquisa subsequente da SDE junto a dois distribuidores da SKF confirmou que, no setor industrial, o atendimento, quando necessário, resume-se à primeira venda, mas que há, sem prejuízo disso, alguns serviços de pré e pós venda neste e também no setor de revenda de rolamentos para aplicação automotiva.

189. A SKF juntou seu contrato padrão com distribuidores (f.) e informou a relação dos mesmos. Adicionalmente, defendeu que a investigação afetaria 5

mercados relevantes distintos sob a ótica do produto (rolamentos, retentores, graxas e lubrificantes, ferramentas para manutenção e equipamentos de monitoramento), todos com aplicações industriais e automotivas, e todos com dimensão geográfica nacional.

190. Estimou, ainda, as participações de cada concorrente nesses vários mercados e a importância das importações, afirmando que se trataria, em todos os casos, de mercados competitivos, pouco concentrados e com alta rivalidade (f.). Afirmou que o mercado de rolamentos poderia ser segmentado, na dimensão produto, entre os segmentos automotivo e industrial (f.). Por fim, afirmou desconhecer a prática de fixação de preços mínimos de revenda por quaisquer competidores em quaisquer desses mercados (f.).

191. Em dezembro de 2008, sobreveio nota técnica da SDE analisando os achados da instrução realizada e concluindo novamente pela ausência de infração à ordem econômica, pois os mercados relevantes afetados seriam, de maneira geral, competitivos, com baixa participação da SKF em quase todos, *à exceção apenas do mercado de rolamentos, em que sua participação atingiria patamares próximos a 20%*. Apesar disso, mesmo esse mercado teria características competitivas capazes de impedir que a conduta tivesse impacto concorrencial relevante, existindo, ainda, indícios de eficiência dela decorrentes (f.).

192. A SKF apresentou suas alegações finais (f.) e o parecer final da SDE sobreveio em 17.12.2008 (f.), concluindo novamente pela ausência de infração à ordem econômica, já que “a prática de fixação de preços mínimos de revenda adotada pela SKF, não obstante possa ter limitado a concorrência intramarca via preços, teve como efeito líquido o aumento de eficiência da rede de distribuição, gerado pela ampliação da concorrência intramarca na dimensão qualidade de atendimento, pela eliminação do efeito carona e pelo consequente fortalecimento da concorrência intermarcas”. Esse Parecer foi acatado pela titular da SDE em decisão de (f.), com recurso de ofício ao Cade.

193. No Cade, o Processo Administrativo foi distribuído, como já ressaltado, ao então Conselheiro César Mattos (f.). Após a juntada do Parecer da ProCade (f.), opinando pela ausência de infração à ordem econômica, e do Ministério Público Federal (f.), concluindo no mesmo sentido, foi determinada a realização de instrução complementar, que resultou na resposta de (f.), de uma das distribuidoras da SKF, denominada Sueca. O processo foi, então, incluído na pauta da 455.^a Sessão Ordinária de Julgamento do Cade, para julgamento.

194. O julgamento do caso iniciou-se em 11.11.2009 com a prolação do voto do Conselheiro Relator, César Mattos, já mencionado acima. Após o voto do Relator houve pedido de vista do então Conselheiro, hoje Presidente do Cade, Vinícius Carvalho. Nesse momento, foram solicitadas à SKF informações adicionais acerca da presença de coordenação no segmento de rolamentos, considerando a existência de *joint ventures* entre empresas do setor e, ainda, de uma investigação por cartel conduzida na França. A SKF foi ainda questionada sobre a definição exata desse

mercado relevante sob a ótica do produto, tendo em vista decisões da Comissão Europeia, e sobre outros aspectos do acordo de fixação de *mark-ups* mínimos objeto de investigação. A resposta a esses questionamentos sobreveio em 26.04.2010 e está juntada às (f.). A SKF foi questionada ainda sobre a evolução de preços no mercado de rolamentos, com resposta juntada às (f.).

195. O voto vista do Conselheiro Vinícius Carvalho foi proferido na sessão de 19.01.2010 (f.), concluindo pela caracterização da infração à ordem econômica e pela condenação da SKF.

196. Após o voto houve novo pedido de vista, desta vez por parte do Conselheiro Ricardo Ruiz. O voto vogal do Conselheiro Ruiz foi proferido na sessão de 23.20.2010, está juntado nas (f.), sendo que o Conselheiro acompanhou o voto do Conselheiro Vinicius Carvalho pela condenação da Representada. O pedido de vista subsequente foi realizado pelo Conselheiro Olavo Chinaglia, o qual votou pelo arquivamento do Processo Administrativo. Seu voto vogal foi proferido na sessão de 31.08.2010 e está juntado às (f.).

197. Houve então pedido de vistas do então Conselheiro Fernando Furlan, seguido da solicitação de informações a diversos distribuidores da SKF. A tais distribuidores foi perguntado, mais especificamente, se detinham obrigações de exclusividade no que concerne à revenda de rolamentos e equipamentos da SKF e, em caso negativo, que informassem o percentual representado pelas vendas de produtos da SKF sobre o total de suas vendas no período em que perdurou a conduta. Além disso, foi-lhes perguntado acerca do preço de equipamentos similares aos fornecidos pela SKF desde 2001. Houve ainda pedido de informações dirigido à própria SKF, questionando a empresa acerca de seus preços desde 2001 e de eventual sobreposição entre vendas diretas realizadas pela própria SKF e vendas efetivadas por seus distribuidores. A certos concorrentes foi solicitada informação sobre os preços de produtos similares aos fornecidos pela SKF. Após a juntada das respostas a esses vários pedidos adicionais de informação, a SKF fez juntar aos autos memorial (f.) comentando-as, bem como manifestação (f.) abordando a questão do poder coordenado no mercado de produção e fornecimento de rolamentos. Em 14.12.2011, o processo foi então novamente encaminhado a julgamento, tendo sido proferido o voto vogal do então Presidente do Cade Fernando Furlan pela condenação da Representada, nos termos do voto vista do então Conselheiro Vinícius Carvalho.

Da análise da prática específica

198. Dado o quanto por mim já exposto ao longo deste voto, entendo que a prática da SKF deve ser analisada em face do regime de presunções exigido pela racional aplicação da regra da razão ao tipo de conduta investigado, que consiste, como frisado, em uma das mais severas restrições verticais à concorrência, fundada, tal como constante na denúncia, na imposição de margens mínimas de revenda. Cabe destacar que adoto, para fins de exame da conduta, a mesma definição

e análise da estrutura do mercado relevante proposta pelo Conselheiro Vinicius Carvalho em seu voto vista, contra a qual, por sinal, a própria representada não chegou a se voltar.

199. Nesse contexto, como já ressaltai acima, entendo que *a conduta de FPR (mínimo) deve ser analisada sob a regra da presunção iuris tantum de ilegalidade quando envolver ou decorrer de qualquer tipo de “acordo” ou “comunicação” entre os agentes da cadeia produtiva sobre o preço a ser fixado, conforme dispõe a própria lei e em linha com os parâmetros estabelecidos pela jurisprudência internacional sobre o tema.*

200. Para que haja essa demonstração, basta que existam elementos nos autos aptos a comprovar cabalmente a existência da prática de fixação de preços mínimos decorrente de imposição unilateral ou de um ajuste entre os elos da cadeia em questão – e é essa exatamente a hipótese destes autos.

201. Como destacado no resumo dos fatos acima, às (f.), a SKF reconhece que, durante sete meses, adotou a política de regras de fixação de preços, controle, provas, dentre outros (contida no documento denominado “Medidas Preventivas”). E as afirmações feitas pela empresa, às (f.), não deixam dúvidas quanto à existência de um acordo entre ela e os seus revendedores para a fixação do preço mínimo – *a empresa afirma que “colaborou” para que o “procedimento” fosse adotado, bem como que a iniciativa partiu da rede de distribuidores.* Mais não é preciso dizer: ainda que a prática não tivesse sido levada a cabo – como de fato o foi – a conduta já seria, pelo seu objeto, subsumível e punível, sob o prisma do controle repressivo antitruste.

202. Anoto, ademais, que a circunstância de ter a conduta reconhecidamente partido da própria rede de distribuidores seria suficiente, a meu ver, para tornar inviáveis quaisquer defesas baseadas na ausência de poder de mercado ou mesmo na presença de eficiências, justificando, por si só, a condenação. Contudo, mesmo o exame dessas excludentes demonstra sua total inexistência no caso em apreço.

203. De fato, ficou registrada acima minha opinião no sentido de que *a presunção de ilegalidade poderia ser afastada, com ônus probatório do próprio investigado, caso ele conseguisse demonstrar, em primeiro lugar, a inviabilidade completa da produção de dano concorrencial por inexistência absoluta de poder unilateral ou coordenado de mercado.* Tal prova estaria configurada, a meu ver, se, cumulativamente: (a) nem o fornecedor, isoladamente, nem os distribuidores, em conjunto, tiverem 20% ou mais do mercado, e (b) nenhum dos distribuidores ou fornecedores envolvidos na conduta fizer parte do C4 de seu mercado relevante, na hipótese deste ser superior a 75%, caso em que os distribuidores envolvidos deverão ser considerados em conjunto, como se um único agente econômico fossem.

204. Nesse sentido, é incontestável nos autos que a SKF não logrou demonstrar, de forma inequívoca, a inexistência de poder unilateral ou coordenado de mercado nas condições sobreditas, havendo, ao contrário, prova clara ao menos da presença de poder unilateral de mercado demonstrado por níveis de participação superiores à presunção legal de 20%.

205. De fato, a própria SKF apresentou estimativas de sua participação nos seus mercados de atuação que assim o demonstram, fazendo-o em resposta a Ofício enviado pela SDE, às (f.). Tais estimativas da própria representada, replicadas pelo Relator em seu voto, seriam as seguintes:

Rolamentos

INA/FAG	33%
SKF do Brasil	24%
NSK	23%
Timken	10%

Fonte: SKF do Brasil

Retentores

SABÓ	80%
Vedabrás	15%
SKF do Brasil	1%

Fonte: SKF do Brasil

Ferramentas de manutenção

Gedore	30%
Perma	10%
NSK	3%
FAG	5%
SKF do Brasil	1%

Fonte: SKF do Brasil

Equipamentos de monitoramento

SKF do Brasil	30%
CSI	30%
O1DB	15%

Fonte: SKF do Brasil

206. Da análise dos dados acima apresentados pela própria Representada observa-se que, em alguns mercados, a sua participação ultrapassa o patamar de 20%, presumido pelo art. 20 da Lei 8.884/1994 como suficiente para caracterizar poder de mercado e, portanto, suficiente para tornar inviável a defesa baseada na regra de *minimis* aqui proposta.

207. Ademais, conforme amplamente exposto no voto vista do Conselheiro Vinicius Carvalho:

“(…) é equivocado alegar que há muitas empresas com poder de mercado no âmbito de rolamento ou que as estruturas de mercado no mundo, no Brasil e na França são extremamente diferentes. Pelo contrário, *as grandes empresas brasileiras são as mesmas grandes empresas mundiais e as mesmas cartelizadas francesas.*”

Market share rolamentos (agregado)

	MUNDO (99)	BRASIL (00-01)	FRANÇA (99)
SKF	20,6%	28%	25%
NSK	19,4%	23%	10%
NTN	13,3%	3%	
TIMKEN	10,0%	9%	8%
FAG-INA	9,4%	18%	22%
SNR	----	----	24%
OUTROS	27,3%	19%	11%

208. Pelos dados trazidos pelo Conselheiro Vinicius Carvalho, o C4, tomando-se o mercado no Brasil, é superior a 75%, fazendo a SKF parte do mesmo, inclusive com o maior *market share*, ao menos no mercado de rolamentos.

209. Portanto, ainda que a defesa baseada na regra de *minimis* fosse viável no caso presente (o que não ocorre, como visto, em virtude da prova cabal de que a iniciativa para a conduta partiu dos próprios distribuidores) *a representada não teria logrado, de toda a sorte, demonstrar de forma cabala ausência de poder unilateral ou coordenado*. Pelo contrário, o que há nos autos são dados que apontam que a representada tinha participação de mercado superior a 20% (poder unilateral) em no mínimo um dos mercados analisados, bem como que o C4 para ao menos em um deles seria superior a 75%, com participação da SKF (poder coordenado).

210. Ademais, também não entendo que tenham sido demonstradas, no caso, quaisquer eficiências específicas à FPR em questão que (a) não pudessem ser produzidas por outro acordo vertical ou outros meios distintos menos suspeitos, (b) superassem claramente, nas condições de mercado em questão, os riscos à con-

corrência gerados pela conduta e (c) resultassem em benefício comprovado para o consumidor. *Na verdade, não é sequer plausível crer que a conduta fosse motivada pela expectativa de eficiências baseadas no estímulo a serviços de pré-venda, pois a maior parte dos consumidores industriais oficiados admite que esses são desnecessários no mercado em questão.*

211. Além disso, é preciso repetir que também essa defesa não estaria disponível à representada na medida em que há prova incontestada de que a conduta, tal como reconhecido pela própria SKF, *além de decorrer de um “ajuste” entre as partes, originou-se de uma iniciativa da sua própria rede de distribuidores.* Isso é, como dito acima, suficiente para afastar qualquer alegação de eficiências: a uma, porque torna inverossímil a existência de benefícios econômicos legítimos e, a duas, porque potencializa os efeitos colusivos que podem decorrer dessa conduta.

212. Por tais razões, entendo que está, nos termos acima, amplamente demonstrada a ilicitude e a falta de razoabilidade da conduta, a ensejar, por todas as razões acima, punição. Tal punição, como ressaltado, resulta da própria aplicação correta da regra da razão a uma espécie delitiva particularmente suspeita, que resulta frequentemente em prejuízos para o consumidor e apenas marginalmente pode fundar-se em eficiências impossíveis de serem obtidas por outros modos menos danosos ao bem-estar geral, as quais, claramente, sequer estão presentes no caso em apreço.

213. Portanto, entendo caracterizada, no processo, a infração aos arts. 20, I, e 21, XI, da Lei 8.884/1994, aderindo assim ao voto divergente lançado pelo então Conselheiro Vinícius de Carvalho e concluindo, nos termos acima, pela condenação da representada às penas correspondentes.

VII – Conclusão

214. Por todo o exposto, adiro ao voto divergente lançado pelo então Conselheiro Vinícius de Carvalho e voto, nos termos acima, pela condenação da representada por infração aos arts. 20, I, e 21, XI, da Lei 8.884/1994, ensejando, como corolário, a aplicação das sanções estabelecidas no voto em questão.

É o voto.

Brasília, 30 de janeiro de 2013 – MARCOS PAULO VERISSIMO, Conselheiro relator.

NORMAS DE PUBLICAÇÃO PARA AUTORES DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA

1. A seleção de trabalhos (Conteúdo Editorial) para publicação é de competência do Conselho Editorial de cada Revista e da Editora Revista dos Tribunais. Referido Conselho Editorial é formado por vários membros, de forma a preservar o pluralismo, a imparcialidade e a independência na análise dos artigos encaminhados. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao Autor com sugestões de caráter científico que, caso as aceite, poderá adaptá-los e reencaminhá-los para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise do Conteúdo Editorial de autoria do Colaborador.

2. O envio de Conteúdo Editorial para publicação em qualquer produto editorial da Editora Revista dos Tribunais implica aceitação dos termos e condições da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE, por meio da qual o Autor cede globalmente os direitos autorais do Conteúdo Editorial enviado exclusivamente para a Editora Revista dos Tribunais e seus sucessores ou cessionários, por todo o prazo de vigência dos direitos patrimoniais de Autor, previsto na Lei Autoral brasileira, para publicação ou distribuição em meio impresso ou eletrônico, ficando autorizada a incluir esse Conteúdo Edito-

rial, nos meios de divulgação impressos ou digitais, on-line, Intranet, via Internet e hospedagem, isoladamente ou em conjunto com outras obras e serviços de informação eletrônica, em servidores próprios, de terceiros ou de clientes, podendo distribuí-la comercialmente e comercializá-la, por todos os meios eletrônicos existentes ou que venham a ser criados futuramente, inclusive através de armazenamento temporário ou definitivo em memória ou disco dos usuários ou clientes, em aparelhos móveis ou fixos, portáteis ou não, cabendo à Editora Revista dos Tribunais determinar todas as suas características editoriais e gráficas, preço, modos de distribuição, disponibilização, visualização, acesso, download, venda e revenda aos distribuidores, portais de Internet, banco de dados, bem como promoções, divulgação e publicidade. Como contrapartida financeira pela cessão onerosa o Autor receberá um exemplar da Revista impressa onde publicado o Conteúdo Editorial de sua autoria, dando quitação à Editora Revista dos Tribunais pelo valor de consideração correspondente ao preço de capa praticado com o consumidor final na data da primeira distribuição comercial da Revista. A Editora Revista dos Tribunais fica autorizada a proceder modificações e correções para a adequação do texto às normas de publicação.

3. O Conteúdo Editorial encaminhado para a Editora Revista dos Tribunais não pode ter sido publicados nem estar pendente de publicação em outro veículo, seja em mídia impressa ou eletrônica.
4. O material recebido e não publicado não será devolvido.
5. Os Conteúdos Editoriais devem atender a todas as normas de publicação. A Editora Revista dos Tribunais não se responsabilizará por realizar qualquer complemento, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave (em português e em outra língua estrangeira), que ficam à elaboração exclusiva do Autor do artigo.
6. O envio do material relativo aos Conteúdos Editoriais deve ser feito por correio eletrônico para o endereço: *aval.artigo@thomsonreuters.com*. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word. Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).
7. Os artigos deverão ser precedidos por uma página da qual se fará constar: título do trabalho, nome do Autor (ou Autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), número do CPF, endereço completo para correspondência, telefone, fax, e-mail, relação da produção intelectual anterior, autorização de publicação pela Editora Revista dos Tribunais com a assinatura da CESSÃO DE DIREITOS AUTORAIS DE COLABORAÇÃO AUTORMAL INÉDITA E TERMO DE RESPONSABILIDADE.
8. Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Porém, para publicação na *Revista dos Tribunais*, os trabalhos deverão ter um mínimo de 15 laudas (cada lauda deve ter 2.100 toques). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar a *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
9. O *curriculum* deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante) – máximo de três; finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Exemplo:

Pós-doutor em Direito Público pela Università Statale di Milano e pela Universidad de Valencia. Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina.
10. Os Conteúdos Editoriais deverão ser precedidos por um breve *Resumo* (10 linhas no máximo) em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês.

11. Deverão ser destacadas as *Palavras-chave* (com o mínimo de cinco), que são palavras ou expressões que sintetizam as ideias centrais do texto e que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho; elas também devem aparecer em português e em outra língua estrangeira, preferencialmente em inglês, a exemplo do *Resumo*.
 12. A numeração do *Sumário* deverá sempre ser feita em arábico. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No *Sumário* deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:
SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva.
 13. As *referências bibliográficas* deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/2002
(Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT – Anexo I). As referências devem ser citadas em *notas de rodapé* ao final de cada página, e não em notas de final.
 14. Todo *destaque* que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de *itálico*. Jamais deve ser usado o **negrito** ou o sublinhado. Citações de outros Autores devem ser feitas entre aspas, sem o uso de *itálico* ou recuos, a não ser que o próprio original tenha destaque e, portanto, isso deve ser informado (“destaque do original”).
 15. As *referências legislativas* ou *jurisprudenciais* devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de *sites* de Internet, deve-se indicar expressamente, entre parênteses, a data de acesso.
-

MARCOS CÁPPIO FONSECA SOARES
Mestre em Sociologia pela UFRGS. Advogado.

RESUMO: O presente artigo é fruto de pesquisa empírica levada a cabo junto aos acórdãos do TJRS, especificamente em matéria contratual. Aqui, trago as conclusões obtidas no âmbito dos contratos abrangidos pelo Sistema Financeiro de Habitação. Delimitei a racionalidade jurídica nutrida pelos desembargadores de referido Tribunal ao procederem as tomadas de decisões neste tema. Após precisar o conceito central deste trabalho (racionalidade), exponho e analiso os dados obtidos junto aos acórdãos coletados, promovendo uma classificação dos atores jurídicos consentâneo o teor argumentativo invocado na fundamentação dos votos, ocasião em que a nova teoria dos contratos passa a ser contextualizada em meio a um processo de transformações pelas quais vem passando o direito privado como um todo.

ABSTRACT: The present article is a result of empiric research made next to judgements of Tribunal de TJRS, specifically in contractual subject. Here, I bring the conclusions got among the contracts embroced by the "Sistema Financeiro de Habitação". I delimited the juridical rationality sustained by magistrates of the abovementioned Tribunal when they took decisions on this matter. After precisig the main concept of this work (rationality), I expose and analyse data got next to judgements collected, promoting a classification of the juridical actors according to the armentative contents evoked in the fundamentation of votes, occasion where the new theory of contracts starts to be contextualized in a process of transformations by which civil law is passing as a whole.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A racionalização jurídica e o contexto atual do direito privado: 2.1 A matriz weberiana; 2.2 Reflexões contemporâneas – 3. A mudança paradigmática no direito privado brasileiro – 4. A pesquisa empírica: o caso do SFH – 5. Considerações finais – Bibliografia.

[illegible]

ALBERGARIA, A. *Cinco anos sem chover: história de João Louco*. Recife: Sertão, 1999.

ARRUDA ALVIM WAMBIER, TERESA. *Nulidades da sentença*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. *Código Penal*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2008, coleção RT Códigos

ESTEFAM, André. Temas polêmicos sobre a nova lei do júri. Disponível em: [www.damasio.com.br/?category_id=506]. Acesso em: 24.09.2008.

GOMES, LUIS GUSTAVO ET ALII. *Direito civil brasileiro*. 2. ed. Recife: Sertão, 1999. vol. 3.

KELSEN, HANS. *Direito positivo*. 10. ed. Trad. Celso Bastos. São Paulo: Ed. RT, 2000.

OLIVEIRA, JOSÉ ANTONIO. Verdade real. In: STOCO, RUI (coord.). *Direito penal*. 2. ed. São Paulo. Ed. RT, 2000. vol. 5, t. II.

SILVA, JOSÉ AUGUSTO DA. *Ação declaratória*. Dissertação de mestrado, São Paulo, PUC, 2000.

_____. E o Brasil, como vai? *Folha de S. Paulo*, Cad. Mundo, 24.01.2004.

SOUZA, ARTUR CESAR. As cortes de Warren e Rehnquist. *Judicial activism ou judicial self-restraint*. *Revista dos Tribunais*. vol. 874. p. 11. São Paulo: Ed. RT, ago. 2008.

Diagramação eletrônica:
Editora Revista dos Tribunais Ltda., CNPJ 60.501.293/0001-12.
Impressão e encadernação:
Orgrafic Gráfica e Editora Ltda., CNPJ 08.738.805/0001-49.