

REVISTA DO IBRAC

DOUTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO



São Paulo
Volume 16 número 1 – 2009
ISSN 1517-1957

***INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA,
CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL – IBRAC***

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121
CEP 05013-001 – São Paulo – SP – Brasil
Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748
Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

DIRETORA: Viviane N. Araújo Lima

EDITOR ASSISTENTE: José Carlos Busto

CONSELHO EDITORIAL: Antônio Garbelini Júnior, Barbara Rosemberg, Diogo Coutinho, João Paulo Leal, Jorge Fagundes, José de Siqueira Neto, Leo Canabrava, Leonor Cordovil, Ligia Bisogni, Lucia Helena Salgado, Nadia de Araújo, Pedro Paulo S. Cristóforo, Rabih Nasser, Ricardo Salles, Tito Andrade, Vicente Bagnoli.

A REVISTA DO IBRAC aceita colaborações relativas ao desenvolvimento das relações de concorrência, de consumo e de comércio internacional. A Redação ordenará a publicação dos textos recebidos.

Periodicidade: 4 números em 2008

Catálogo

Abuso do Poder Econômico / Competitividade / Mercado / Política Industrial / Legislação de Defesa da Concorrência.

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

APRESENTAÇÃO: 15 ANOS DE *REVISTA DO IBRAC*

*Viviane N. Araújo Lima**

*Vicente Bagnoli***

Na esteira de acontecimentos mundiais, como a Lei Sherman (1890), as Constituições do México (1917) e da República de Weimar (1919), bem como o intervencionismo estatal do Pós-Guerra, a Constituição Federal brasileira de 1937 atribui ao Estado a coordenação da produção, a inserção da competição e a repressão aos crimes tidos contra a economia popular.

A partir desse preceito constitucional publicou-se o Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938, o primeiro diploma legal brasileiro destinado a reprimir práticas atentatórias à livre concorrência. Entretanto, tal iniciativa repercutiu na regulamentação de preços e na supressão dos artificios e fraudes na venda de mercadorias. Na área específica da defesa da concorrência, pouco ou nada fez, inclusive pela inexistência de um órgão especializado para se ocupar da matéria e aplicar a lei, bem como a falta de cultura da sociedade nesta temática.

Ainda em 1945, por iniciativa do então Ministro da Justiça, Agamenon Magalhães, aos 22 de junho publicava-se o Decreto-Lei n. 7.666, a “Lei Malaia”, que preceituava “atos contrários à ordem moral e econômica” e criava a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE), órgão autônomo, com personalidade jurídica própria e subordinado diretamente ao Presidente da República. Contudo, no final de 1945 o Decreto-Lei foi revogado; na prática sequer foi aplicado.

Apesar de revogado, o Decreto-Lei teve importante influência na elaboração da Constituição Federal de 1946, a qual dispunha que a lei reprimiria toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas, seja qual fosse a sua natureza, que tivessem por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

* Diretora da Revista do IBRAC.

** Membro do Conselho Editorial.

Neste sentido, em abril de 1948 é encaminhado o Projeto de Lei n. 122, o qual adotava as diretrizes da legislação norte-americana com as modificações impostas pelas condições político-econômicas brasileiras para regulamentar o disposto na Constituição Federal, na repressão de toda e qualquer forma de abuso de poder econômico. Após longa tramitação do Projeto de Lei, aos 10 de setembro de 1962 é publicada a Lei n. 4.137 – regulamentada pelo Decreto n. 52.025, de 20 de maio de 1963 –, cuja finalidade era regular a repressão ao abuso do poder econômico e também criava o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), para apurar e reprimir os abusos do poder econômico. Aos 23 de janeiro de 1986 o Decreto n. 92.323 aprovou o novo Regulamento para a Lei n. 4.137/62, revogando as disposições do Decreto n. 52.025.

Mas, é apenas a partir da década de 1990 que o Brasil inicia uma ruptura político-econômica favorável ao percurso do desenvolvimento, assegurada por uma política de estabilização, combate à inflação e implementação de reformas do Estado e na relação com os demais países; uma tendência liberal. Neste momento a livre concorrência ganha destaque na realidade brasileira e deixa de ser apenas um tema legal afastado da conjuntura sócio-político-jurídico-econômica.

Diante desta nova realidade, aos 10 de maio de 1990 é criada a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), por meio do Decreto n. 99.244. Mas em sentido contrário ao que seguia a defesa da concorrência, em 27 de dezembro de 1990 foi publicada a Lei n. 8.137, pela qual os atos contrários à ordem econômica eram configurados como crimes. Logo em seguida, aos 9 de janeiro de 1991, foi publicada a Lei n. 8.158, com a finalidade de instruir normas para a defesa da concorrência.

Aos 11 de junho de 1994, contudo, em conformidade com a ordem econômica estipulada na Constituição Federal de 1988, é promulgada a Lei n. 8.884, a Lei de Defesa da Concorrência. Orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, tendo a coletividade como titular dos bens por ela protegidos, a Lei transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, além de dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, e ainda definir a atuação conjunta do CADE com as Secretarias de Direito Econômico e de Acompanhamento Econômico; o que ficou conhecido como Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Sem dúvida, para que a defesa da livre concorrência fosse algo conhecido e difundido na sociedade brasileira como é hoje, a promulgação apenas de uma lei não seria suficiente. Trata-se, sobretudo, de uma mudança cultural implementada pela sociedade civil organizada na esteira daquilo também proposto pelo Estado. Este processo de difusão da cultura da concorrência teve como seu grande pilar o IBRAC, criado em 1992 com o nome Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e Consumo.

O IBRAC, atualmente Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, é uma Associação Civil que tem por objetivo a realização de pesquisas, estudos e debates com a finalidade de promover o desenvolvimento no país de um regime de livre concorrência dentro de uma política de economia de mercado, pelo aperfeiçoamento dos mecanismos legais necessários. Para tanto, o IBRAC promove a realização de pesquisas, estudos e debates junto à sociedade para o desenvolvimento das relações decorrentes de concorrência, consumo e comércio internacional pelo contínuo aperfeiçoamento das normas atinentes a tais relações.

A fim de implementar seu objetivo, o IBRAC publicou no ano de 1994 a edição n. 1, volume 1, sua revista, a *Revista do IBRAC*. No decorrer desses 15 anos, a *Revista do IBRAC* consolidou-se como referência democrática para se promover o debate e a cultura da defesa da concorrência, auxiliando os operadores da concorrência, tanto do setor público, quanto do privado, e despertando o interesse, sobretudo em jovens acadêmicos, para esta nova temática tão necessária para o desenvolvimento socioeconômico.

Na comemoração dos 15 anos de publicações ininterruptas da revista, que chega a marca de 92 edições, o IBRAC organizou uma edição comemorativa que reúne artigos de renomados autores. Certamente, outros tantos autores possuem a qualidade para constar nesta edição. Porém, apenas por uma restrição natural, o Conselho Editorial do IBRAC se viu obrigado a limitar a quantidade de artigos, utilizando alguns critérios, como a vedação aos Conselheiros do próprio Instituto em contribuírem com artigos.

Nesta edição comemorativa dos 15 anos da *Revista do IBRAC*, Thompson A. Andrade contribui com o artigo “Notas sobre a nova Lei Antimonopólio da China”, acerca da primeira lei antitruste que começou a vigorar naquele país em 2008 e assim fazer uma avaliação exploratória do conteúdo da lei. Alexandre Santos de Aragão, em “Competências antitruste e regulações setoriais” trata da aplicação do Direito da Concorrência a setores regulados, inclusive a serviços públicos e de infra-estrutura, ou seja, a coexistência entre as técnicas da regulação econômica e as de defesa da

concorrência. Já Luís Roberto Barroso aborda o sentido da garantia do devido processo legal em “A atribuição de voto duplo a membro de órgão julgante colegiado e o devido processo legal”. Maristela Basso, por sua vez, traz ao debate a importação paralela e o Direito da Concorrência em “Análise dos direitos de propriedade intelectual sob a perspectiva do direito antitruste: especial referência às marcas”.

Diante dos recentes episódios de crise da economia mundial, não têm sido raras as demonstrações de intensa preocupação com os temas do desenvolvimento e da regulação, conforme escrevem Clèmerson Merlin Clève e Melina Breckenfeld Reck em “A constituição econômica e a interface entre regulação setorial e antitruste no direito brasileiro”. Ricardo Villas Bôas Cueva traz para o debate “A proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência nas decisões do CADE”, que, segundo o entendimento dominante, são instrumentos complementares para estimular a inovação tecnológica e a eficiência dinâmica nos mercados e, conseqüentemente, promover o bem-estar social. “Quatro anos à frente do CADE” é o título do artigo de Elizabeth M. M. Q. Farina, no qual a autora faz um balanço do desenvolvimento institucional do CADE nos últimos anos e traz à discussão a importância da gestão dos órgãos de defesa da concorrência para que os objetivos pretendidos pela legislação e pela Constituição sejam alcançados.

Tercio Sampaio Ferraz Junior traz a sua contribuição em “Concorrência como tema constitucional: política de Estado e de governo e o Estado como agente normativo e regulador”, no qual trata da concorrência em perspectiva histórica e a atuação do CADE e a diretriz constitucional. Em “O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência”, Ada Pellegrini Grinover analisa esta temática à luz dos denominados direitos difusos ou coletivos lato sensu, de que são titulares pessoas não identificadas e freqüentemente não identificáveis, que integram grupos, categorias ou classes cujos membros são ligados por um vínculo social e de solidariedade. João Bosco Leopoldino da Fonseca em “Tabela de honorários ou justa remuneração?” traz uma questão que já foi objeto de decisões do CADE, mas que merece uma nova análise diante de outras possibilidades de visualização do problema.

“Limites normativos da análise econômica antitruste” é o artigo de Mario Luiz Possas, cujo objeto é identificar e discutir alguns problemas de indeterminação que afetam a aplicação da análise econômica num contexto que pressupõe o mínimo de ambigüidade com o máximo de previsibilidade. Em “A multa administrativa antitruste e a sua natureza de confisco pessoal”, Eduardo Reale Ferrari e Dalton Tria Cusciano discutem a disposição

legal, segundo a qual, caberá ao administrador da empresa, mesmo que indiretamente responsável pela infração antitruste, a sanção de 10 a 50% do valor aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva do administrador. Ruy Santacruz, em “Modelos de simulação em análise de atos de concentração”, aborda a aplicação de modelos de simulação dos efeitos de fusões e aquisições sobre os preços. Calixto Salomão Filho, por sua vez, em “A paralisia do antitruste”, analisa a penúria de uma teoria que desde os anos 80, período de ascensão do pensamento neoclássico e da sua aplicação prática no antitruste, primeiro nos EUA, e em seguida influenciando outras jurisdições, vem perdendo densidade teórica.

Apresentar e discutir o significado da impermeabilização e desconstitucionalização metodológica do direito de defesa da concorrência brasileiro é a contribuição de Luis Fernando Schuartz em “A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência”. Por fim, Isabel Vaz em “Arbitrabilidade do direito da concorrência” verifica a possibilidade da aplicação da arbitragem a certas questões antitruste, visto que em contratos administrativos, que têm como escopo a realização do interesse social, existe arbitrabilidade.

A reunião dos artigos citados é mais uma importante contribuição do IBRAC para o aprimoramento e fortalecimento da cultura da defesa da concorrência no Brasil.



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO: 15 ANOS DE <i>REVISTA DO IBRAC</i> <i>Viviane N. Araújo Lima e Vicente Bagnoli</i>	3
NOTAS SOBRE A NOVA LEI ANTIMONOPÓLIO DA CHINA <i>Thompson A. Andrade</i>	11
COMPETÊNCIAS ANTITRUSTE E REGULAÇÕES SETORIAIS <i>Alexandre Santos de Aragão</i>	29
A ATRIBUIÇÃO DE VOTO DUPLO A MEMBRO DE ÓRGÃO JUDICANTE COLEGIADO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL <i>Luís Roberto Barroso</i>	45
ANÁLISE DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO ANTITRUSTE: ESPECIAL REFERÊNCIA ÀS MARCAS <i>Maristela Basso</i>	75
A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A INTERFACE ENTRE REGULAÇÃO SETORIAL E ANTITRUSTE NO DIREITO BRASILEIRO <i>Clèmerson Merlin Clève e Melina Breckenfeld Reck</i>	101
A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NAS DECISÕES DO CADE <i>Ricardo Villas Bôas Cueva</i>	121
QUATRO ANOS À FRENTE DO CADE <i>Elizabeth M. M. Q. Farina</i>	149
CONCORRÊNCIA COMO TEMA CONSTITUCIONAL: POLÍTICA DE ESTADO E DE GOVERNO E O ESTADO COMO AGENTE NORMATIVO E REGULADOR <i>Tercio Sampaio Ferraz Junior</i>	169
O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO ÂMBITO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA <i>Ada Pellegrini Grinover</i>	187
TABELA DE HONORÁRIOS OU JUSTA REMUNERAÇÃO? <i>João Bosco Leopoldino da Fonseca</i>	199

LIMITES NORMATIVOS DA ANÁLISE ECONÔMICA ANTITRUSTE	
<i>Mario Luiz Possas</i>	235
A MULTA ADMINISTRATIVA ANTITRUSTE E A SUA NATUREZA DE CONFISCO PESSOAL	
<i>Eduardo Reale Ferrari e Dalton Tria Cusciano</i>	273
MODELOS DE SIMULAÇÃO EM ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO	
<i>Ruy Santacruz</i>	289
A PARALISIA DO ANTITRUSTE	
<i>Calixto Salomão Filho</i>	305
A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	
<i>Luis Fernando Schuartz</i>	325
ARBITRABILIDADE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA	
<i>Isabel Vaz</i>	353

NOTAS SOBRE A NOVA LEI ANTIMONOPÓLIO DA CHINA

*Thompson A. Andrade**

I – Introdução

Em primeiro de agosto de 2008 começou a vigorar na China a sua primeira lei antitruste, que vinha sendo aguardada com ansiedade há muitos anos pela repercussão que poderá vir a ter sobre os negócios que se fazem no mundo.¹ A discussão sobre a lei se fez durante um largo período de tempo, praticamente quinze anos, período no qual sucessivos projetos foram avaliados não apenas internamente, mas também externamente por empresas de consultoria e por escritórios de advocacia interessados em conhecer os seus detalhes. O processo de discussão parece ter sido proveitoso porque problemas apresentados por projetos anteriores da lei puderam ser sanados, embora ainda permaneçam alguns aspectos na nova lei que terão que ser enfrentados por meio da sua regulamentação para a sua adequada operacionalização.

O propósito deste artigo é fazer uma avaliação exploratória do conteúdo da lei. Por enquanto, o trabalho contido neste artigo deve ser considerado como um conjunto de observações iniciais a respeito dela. Espera-se que esforços complementares feitos pelo autor e demais pessoas interessadas na política de defesa da concorrência venham a traçar um quadro de referência futuro mais profundo sobre como vai operar tal política naquele importante país e seus reflexos sobre a economia mundial.

As referências utilizadas na preparação deste artigo são de origem de textos encontrados na mídia, particularmente de trabalhos obtidos na internet, de autores que os escreveram em inglês. O próprio texto da lei analisado pelo autor refere-se a uma versão naquela língua, preparada por um escri-

* Professor titular na Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, ex-conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, julho de 2000/ julho de 2004. Doutor em Economia pelo University College da Universidade de Londres (1994). Endereço de email: thompson@uerj.br.

¹ Como se verá na seção seguinte, já havia uma legislação que tratava de aspectos particulares da defesa da concorrência.

tório de advocacia.² Portanto, a expectativa é a de que os textos chineses a que se faz referência no artigo tenham correspondência adequada com os trabalhos que foram lidos para a sua preparação.

II – Estrutura e conteúdo da lei

A lei é constituída de 57 artigos, distribuídos por oito seções. A primeira seção, “Dispositivos Gerais”, introduz o objetivo da lei, define o seu espaço de aplicação, estabelece a definição de conduta monopolística e outros dispositivos, como o que indica que caberá ao Comitê da Implementação da Defesa Antimonopólio, subordinado ao Conselho de Estado, operar todas as funções de regulação da política de defesa da concorrência.³ A seção II (“Acordos Monopolísticos”) lista inicialmente quais são os acordos entre empresas que são proibidos pela lei, passando no artigo seguinte (art. 15) a relacionar em que circunstâncias alguns dos acordos citados anteriormente poderiam estar isentos da aplicação das sanções da lei. A seção III (“Abuso da Posição Dominante no Mercado”) proíbe algumas condutas consideradas anticompetitivas, define o que é considerado posição dominante e como um empreendimento poderia ser considerado como não tendo posição dominante no mercado. A seção IV (“Concentrações”) define como ocorrem os atos de concentração, estabelece em que situação as concentrações devem ser notificadas à Agência para a Implementação da Defesa Antimonopólio se ultrapassarem os limites estabelecidos pelo Conselho de Estado, a listagem dos documentos de notificação prévia exigidos, os prazos que o Comitê tem para emitir sua decisão inicial e final sobre a concentração, o método de análise a ser empregado para investigar a concentração e a possibilidade de serem consideradas razões de segurança nacional na análise de con-

² A tradução não-oficial da lei usada para este artigo é a de título “Anti-Monopoly Law of the People’s Republic of China”, feita pelo escritório de advocacia chinês T&D Associates. Para acessar a tradução, ver o “link” de entrada em <http://legalpad.blogs.fortune.cnn.com/category/china/>. Acesso em: 17/09/2008. Outra fonte, para outra tradução, pode ser encontrada em <http://www.gasgoo.com/auto-news/7348/Anti-monopoly-Law-of-the-People-s-Republic-of-China.html>. Acesso em: 17/09/2008.

³ O Conselho de Estado é um dos principais órgãos de poder na China. Ele está diretamente subordinado ao Congresso Nacional do Povo, assessorando-o na definição de políticas a serem submetidas ao Congresso. O Conselho também se responsabiliza pela implementação indireta de algumas políticas adotadas, como é o presente caso da defesa contra a monopolização das atividades produtivas.

centrações.⁴ A Seção V (“Proibição do Abuso de Poderes Administrativos que Restringem a Concorrência”) preocupa-se em estabelecer que condutas de agências governamentais podem estar prejudicando a concorrência, as quais a lei passa a proibir. A seção VI (“A Investigação da Suspeita de Conduta Monopolística”) indica quais são as medidas que a autoridade pode empregar na investigação de supostas condutas anticompetitivas. As penalidades previstas na lei para as punições dos infratores estão na seção VII (“Responsabilização Legal”). A última seção, a VIII (“Disposições Adicionais”), trata da questão dos direitos de propriedade intelectual e isenta dos ditames da lei as condutas relacionadas com as atividades agrícolas.

Embora a lei seja nova, não é a única legislação existente na China para enfrentar problemas relacionados com a concorrência. A Lei para Combater a Concorrência Predatória, promulgada em 1993, já tinha vários dispositivos para combater condutas anticoncorrenciais, como, por exemplo, a proibição de vendas casadas, entre outras. É bem verdade que esta lei está mais voltada para a proteção ao consumidor do que propriamente focada na defesa da concorrência, além do fato de não tratar de questões relativas a fusões e aquisições.⁵ Outras leis setoriais, como a Lei Bancária Comercial, de 1995, também tratam de concorrência neste setor, e a Lei do Preço, de 1997, estipula condenações por manipulação de preços. Também as normas contidas nas Regras para Fusões e Aquisições feitas por Investidores Estrangeiros se endereçam a casos nos quais as autoridades suspeitam que a fusão pode trazer problemas de concorrência, mesmo aqueles casos nos quais a fusão ocorre fora do território chinês. Esses casos devem ser notificados ao Ministério do Comércio Exterior e à Agência Estatal da Indústria e do Comércio. Outro conjunto de normas com efeito sobre a política de defesa da concorrência é o documento Regras para a Prevenção de Preços de Monopólio, de 2003. Essas regras proíbem a coordenação de preços, as restrições de oferta, a colusão entre empresas, preços predatórios, a discriminação de preços e a intervenção indevida de agências governamen-

⁴ Neste artigo as referências feitas à Agência de Implementação da Defesa Antimonopólio serão atribuídas alternativamente também à Agência de Implementação ou simplesmente Agência.

⁵ Ver Owen e Zheng (2005). As referências no texto a outras leis que se aplicam à questão concorrencial estão baseadas nas informações destes dois autores.

tais na determinação dos preços.⁶ Em 2001 o Conselho de Estado estabeleceu as Regras para Impedir Atividades de Divisão de Áreas de Mercado Geográficas, proibindo a divisão de mercados entre empresas, bem como impedindo práticas que impeçam a entrada no mercado de uma região de bens e serviços originários de outras regiões.⁷

A importância dessas leis e da recentemente editada lei tem a ver com as transformações por que tem passado a economia chinesa desde o final da década de 70 do século anterior. Até então, a economia chinesa era totalmente planejada, com todas as ineficiências que este tipo de sistema econômico sempre gera, haja vista a experiência soviética e a dos países socialistas do Leste europeu.⁸ As reformas econômicas iniciadas então pelo governo chinês transformaram em pouco mais de uma década a sua economia, levando o país a anunciar o estabelecimento de uma economia de mercado socialista em 1992.⁹ Desde então foram significativos o crescimento do setor privado na China e o declínio na importância das suas empresas estatais, com mudança substantiva na proporção de empresas privadas no país, comparativamente à situação anterior de domínio total do setor público nas atividades produtivas. O governo chinês se afastou de alguns setores industriais considerados como não capazes de oferecer dificuldades se operados pelo setor privado, reservando alguns outros para si por considerá-los estratégicos para o desenvolvimento econômico e para a segurança nacional do país. Em função dessas mudanças, foi necessária a criação de diversos

⁶ Não está claro se essas leis ou partes delas ficam revogadas com a promulgação da lei que começou a vigorar agora em agosto de 2008.

⁷ Este é um caso de redundância com a nova lei; provavelmente, a antiga será ou estará revogada.

⁸ A economia chinesa podia ser classificada na categoria de comando e controle.

⁹ A expressão e o conceito de economia de mercado socialista foram aprovados em 1993 pelo Congresso Nacional do Partido Comunista Chinês. Foram incorporados por emenda à constituição pelo Congresso Nacional do Povo logo após. Segundo a visão chinesa, trata-se de uma economia com ampla regulamentação das atividades produtivas pelo Estado, mas com um crescente papel do mercado como distribuidor dos recursos. Com isto, foi abandonada a idéia de uma economia planejada supercentralizada, adotando-se aquela de, embora ainda sendo uma economia planejada, convive com a possibilidade de o mercado contribuir para o aumento da oferta de bens e serviços na economia chinesa para satisfazer as necessidades materiais e culturais do povo. Fez-se uma revisão da idéia de que a economia de mercado se confundia com o capitalismo, aceitando que o socialismo também pode se beneficiar com o funcionamento descentralizado de mercados competitivos.

órgãos regulatórios que antes não existiam porque a atividade era totalmente estatal, controlada pelos órgãos de planejamento central. Essas reformas regulatórias fizeram bem à economia chinesa, muito embora a existência de monopólios administrativos criados pelo Estado chinês ainda gere ineficiência para a sua economia.

Apesar das mudanças, ainda é forte a presença de elementos anti-competitivos na economia chinesa. Owen, Sun e Zheng (2005) lembram o papel desempenhado pelas associações industriais ou comerciais, entidades que substituíram alguns ministérios setoriais anteriores, associações estas que persistem em ditar os preços e as condições de mercado de várias empresas, funcionando como um cartel. Outras agências governamentais também continuam a ter o viés de dar preferências em compras a determinadas empresas. Há, portanto, necessidade de continuar o processo de mudanças institucionais e legislativas na economia chinesa, mudanças estas voltadas para produzir maior eficiência econômica. É neste contexto que a nova lei de combate aos monopólios e no combate às condutas anticompetitivas se situa.

As transformações que estão ocorrendo no contexto econômico chinês não estão livres de polêmicas. A cultura da defesa da concorrência até este momento não está desenvolvida e, por isso, e dada a experiência de décadas e décadas de controle central de toda a economia, ainda existe uma resistência ao combate às práticas anticompetitivas e à prevenção da concentração econômica. Não é sem razão que a discussão dos sucessivos projetos de criação da nova lei exigiram uma década e meia para finalmente se transformar no presente documento legal.

III – Características da lei

Segundo os arts. 9.º e 10 da lei, os órgãos responsáveis pela defesa da concorrência são o já citado Comitê para a Implementação da Defesa Antimonopólio do Conselho de Estado e a Agência para a Implementação da Defesa Antimonopólio. O primeiro tem uma função normativa, estabelecendo a política de defesa da concorrência, coordenando o esforço administrativo do governo no combate aos monopólios, redigindo os guias de análise e investigando e avaliando as condições gerais da concorrência nos mercados. O segundo é o órgão executivo da política, encarregado de implementá-la. É importante notar que esse órgão tem a possibilidade de descentralizar a sua atuação pelo território chinês por meio da delegação

a unidades governamentais municipais, provinciais ou regionais das suas funções legais. Ou seja, se antevê no caso chinês que pode ser necessário atuar espacialmente mais próximo dos mercados que devem ser objetos de avaliação concorrencial. Isto difere das experiências brasileira, americana, européia e, particularmente, de muitos países, nos quais a defesa da concorrência se faz de forma centralizada, por parte do governo central.

Deve-se notar que os objetivos da lei antimonopólio chinesa são o combate a condutas monopolistas por meio da promoção da concorrência sã de mercado, do aumento da eficiência econômica, da proteção do interesse do consumidor e do interesse público e da promoção saudável da economia de mercado socialista. Fica claro no art. 4.º que cabem ao Estado a definição e a implementação de normas concorrenciais apropriadas para este tipo de economia, as quais devem estar associadas a medidas macroeconômicas voltadas para a existência de um sistema de mercado ordenado, aberto e competitivo. Em que medida isto pode ser conseguido quando ainda são muitas as empresas estatais, as quais são protegidas pelo Estado, com as suas operações por ele supervisionadas e com controles de seus preços, é o caso de se aguardar. A expectativa de boa-fé, manifestada na lei, é a de que, como prevista no art. 7.º, essas empresas estatais operem em obediência a essa lei, sem abusar da sua situação de monopólios estatais, únicas ofertantes de alguns bens e serviços.

A lei também se dirige ao caso das chamadas “Associações Comerciais”, que congregam empresas não no sentido que as conhecemos no Brasil, porém voltadas não apenas para a sua representação, mas também para coordenar as atividades produtivas das empresas a elas ligadas e para a definição das suas estratégias comerciais. Este tipo de atuação é claramente anticoncorrencial e por isso a lei agora espera que tais associações sejam capazes de disciplinar as empresas de forma a fazê-las operar competitivamente, de acordo com o preceito legal. O art. 16.º estipula que essas associações não devem organizar as suas empresas de forma a que venham a adotar as práticas monopolísticas, as quais são proibidas pela lei. Na verdade, esse dispositivo parece ser um *wishful thinking*, a menos que posteriores regulamentações encontrem uma forma de impedir o contato entre elas, a troca de informações e outras formas de interação, o que parece ser uma tarefa impossível, dadas as características dessas associações e o papel de coordenação setorial que a direção das associações exercem sobre as empresas associadas.

As seções II e III listam as condutas consideradas anticompetitivas. A separação em duas seções se explica pelo fato de que a primeira se refere a condutas associadas a acordos feitos por empresas considerados proibidos, listagem esta exemplificativa, não exaustiva, da mesma forma como o nosso caso, no art. 21 da Lei 8.884/94. A lei chinesa, no art. 13.º, cita os seguintes acordos (acordos monopolísticos) que infringiriam o espírito legal, eliminando ou restringindo a concorrência:¹⁰⁻¹¹

- (i) Para fixar ou mudar o preço dos produtos;
- (ii) Para restringir as quantidades produzidas ou vendidas de um produto;
- (iii) Para dividir o mercado de bens ou de insumos;
- (iv) Para restringir a compra de novas tecnologias ou de novas instalações ou o desenvolvimento de novas tecnologias ou novos produtos;
- (v) Para boicotar conjuntamente as transações comerciais;
- (vi) Para fixar ou delimitar o preço mínimo de revenda para terceiros.

Embora se possa concordar que várias das condutas mencionadas possam efetivamente ser consideradas anticompetitivas, deve-se recordar que nem todos os acordos feitos entre empresas podem ser assim considerados, como, por exemplo, aqueles feitos entre as empresas e seus fornecedores de insumos ou entre as empresas e os seus distribuidores, desde que a finalidade não seja a de restringir o acesso de competidores ao mercado e/ou aumentar o preço e limitar a disponibilidade dos bens.

A seção III, no art. 17.º, relaciona um conjunto de outras práticas de empresas que possam estar abusando de sua posição dominante no mercado, as quais então são consideradas proibidas:

¹⁰ A lei abre a possibilidade de a Agência de Implementação definir outras condutas como anticompetitivas no caso a caso.

¹¹ É interessante observar que rascunhos anteriores da lei definiam o que era considerado como monopólio: eram assim consideradas as atividades que prejudicavam os interesses de outras atividades produtivas. Dada a imprecisão da definição, na presente lei isto foi evitado, pois o monopólio não foi definido, preferindo-se tratar das condutas monopolísticas, listando-as.

- (i) Venda de produtos a preços excessivos ou compra de produtos a preços excessivamente baixos;
- (ii) Venda de produtos a preços inferiores ao custo sem qualquer justificativa;
- (iii) Recusa a transacionar com terceiros sem justificativa;
- (iv) Limitar terceiros a transacionar exclusivamente com a empresa ou com empresas por ela designada, sem justificativa;
- (v) Venda casada sem qualquer justificativa ou impor condições comerciais não-razoáveis;
- (vi) Fazer discriminação de preços ou de condições de venda, sem justificativa.

Como se pode perceber, tanto a listagem anterior como esta descrevem as condutas anticompetitivas de maneira bem menos clara do que a temos na nossa Lei 8.884/94, o que pode gerar dificuldades na hora de implementar a lei.¹² Nota-se também que se repete no caso chinês, nos itens (i) e (ii) da seção III, a preocupação com a necessidade de punir práticas que imponham preços excessivos (altos ou baixos) e mesmo com a questão de uso de preços inferiores ao custo. Sabe-se da dificuldade econômica que estes conceitos trazem para a caracterização de tais práticas, criando polêmica entre diferentes analistas.¹³

Como era de esperar, o art. 15.º busca isentar alguns acordos entre empresas de serem considerados anticompetitivos. Na listagem feita cabem vários tipos de acordo para os quais certamente concordar de que não se trata de qualquer atividade cartelizada entre as empresas. Estão isentos de ser considerados anticompetitivos os acordos que visem a:

- (i) Aperfeiçoar os processos técnicos, a pesquisa e o desenvolvimento de novos produtos;

¹² É claro que a maioria das condutas listadas não pode ser considerada “per se” como uma prática anticompetitiva, daí talvez a expressão “sem justificativa” que aparece na lista. Cada conduta precisa ser analisada para que não sejam punidas práticas que não são danosas à concorrência e que até se justificam do ponto da eficiência econômica.

¹³ É bem verdade que no caso da Lei 8.884/94 o parágrafo único do artigo 21 da lei adianta os elementos que devem ser considerados para que os preços julgados excessivos assim sejam caracterizados. Na lei chinesa falta esta indicação. Provavelmente a regulamentação futura da lei preencherá esta e outras lacunas.

- (ii) Melhorar a qualidade do produto, reduzir custos, aumentar a eficiência, unificar modelos de produtos;
- (iii) Melhorar a eficiência e a competitividade das pequenas e médias empresas;
- (iv) Para conservar energia, proteger o meio ambiente e fornecer apoio em caso de desastres;
- (v) Para mitigar os efeitos de redução de vendas ou de excesso de estoques durante crises econômicas;
- (vi) Para proteger os interesses legítimos no comércio exterior e na cooperação econômica estrangeira;
- (vii) Para outras finalidades estipuladas em lei pelo Conselho de Estado.

O próprio art. 15.º lembra que nas situações descritas entre (i) e (v) haverá necessidade de que seja provado que tais acordos não resultarão em uma substancial restrição na concorrência no mercado relevante dos produtos e que os benefícios resultantes do acordo entre as empresas serão também repartidos com os consumidores. É bom lembrar que, no caso brasileiro, vários processos referentes a acordos entre empresas foram justificados por elas usando justamente os argumentos acima, mas que nem sempre foram suficientemente comprovados como reais. Resta ver se na experiência chinesa a Agência encarregada de implementar essa lei saberá discernir adequadamente o caso cujo acordo se enquadra na situação imaginada por esse artigo da que é apenas um subterfúgio para fugir das penalidades da lei.

O item (iii) desse artigo se dedica a proteger as pequenas e médias empresas que busquem aumentar a sua eficiência e a sua competitividade. É interessante recordar que também a lei americana manifesta a sua preocupação em proteger as atividades de pequena e média escala, favorecendo-as no tratamento em relação à sua política de defesa da concorrência. Em ambos os casos a justificativa para isso estaria ligada à necessidade de evitar que grandes empresas, com o seu grande poder de dominação de mercado e sua maior pressuposta eficiência, expulsem as menores do mercado, reduzindo a concorrência. Também no mercado chinês, mas em uma proporção bem mais acentuada, é grande a quantidade de empresas de pequeno e médio porte, segmentos de empresas nos quais a questão de cultivar e de preservar a concorrência no setor privado da economia chinesa parece estar mais presente.

Os arts. 18.º e 19.º explicitam o que deve ser entendido como “posição dominante de mercado” e que indicadores devem ser observados para a sua caracterização.¹⁴ O rol de fatores considerados relevantes para determinar a dominação de uma empresa tem a ver corretamente com a sua participação no mercado relevante e com o grau de rivalidade nele, a sua capacidade de controlar as vendas dos produtos ou as compras dos insumos e a possibilidade de entrada de competidoras no mercado; entretanto, o art. 18.º lista outras características mais vagas ou abertas, como o *status* financeiro e técnico da empresa, o grau de confiança transmitido pela empresa nas suas transações com outras empresas e outros fatores que sejam considerados determinantes para a dominação. O art. 19.º dá os quantitativos de participação no mercado relevante que podem determinar a situação de dominação do mercado:

- (i) A empresa tem 50% ou mais de participação no mercado relevante;
- (ii) A parcela conjunta de duas empresas é igual ou superior a 2/3 do mercado relevante;
- (iii) A parcela conjunta de três empresas é igual ou superior a 3/4 do mercado relevante.

O mesmo artigo chama a atenção que, nos casos (ii) e (iii), se uma das empresas tiver uma participação inferior a 10%, será considerado que ela não tem uma participação dominante.

É interessante lembrar que várias jurisdições também usam quantitativos de participação no mercado relevante como instrumentos para caracterizar a situação de dominação dos mercados. Obviamente, esses limites deveriam ser entendidos como sugestivos de uma possível capacidade de uma empresa ou de um conjunto de empresas ditar as condições de funcionamento de um mercado. Portanto, os quantitativos acima dimensionados devem ser entendidos como valores arbitrários, mas eventualmente úteis como referência nas análises.

Deve-se assinalar que o art. 19.º isenta da condição de ter uma posição dominante no mercado relevante a(s) empresa(s) que tenha(m) obtido

¹⁴ É importante registrar que versões anteriores do projeto de lei usavam para definir o mercado relevante apenas o espaço geográfico. Na lei aprovada, além da área territorial, incluíam-se as relações que o bem ou serviço possui com outras atividades.

participação de mercado como as acima listadas resultantes da sua eficiência, a menos que haja evidência contrária de abuso desta posição.¹⁵

Embora no processo de discussão dos projetos da lei tenham sido incorporados vários conceitos usados nas leis de defesa da concorrência de outros países, a lei chinesa não incorporou o uso do índice de concentração de Herfindahl-Hirschman (índice HHI), para melhor caracterizar a situação de dominação no mercado relevante.¹⁶

A seção IV, com seus doze artigos, trata do caso dos atos de concentração, como as fusões, as aquisições de empresas e a obtenção do controle sobre outras empresas. As notificações desses atos de concentração, feitas previamente à Agência de Implementação Antimonopólio, serão obrigatórias se atingirem os limites de concentração que serão estipulados pelo Conselho de Estado para a Agência. Portanto, esses limites não estão fixados na lei e serão objeto de decisão a ser feita por aquele Conselho. É importante notar, entretanto, que o art. 22.º libera de notificação os atos de concentração entre empresas nos quais uma das empresas envolvidas na operação já for proprietária de 50% ou mais da outra empresa ou se uma empresa que não estiver envolvida na operação for proprietária de 50% de cada uma das empresas envolvidas na operação.¹⁷

A notificação, junto com documentos descritos na lei, será examinada pela Agência de uma forma preliminar no prazo de 30 dias e decidirá se o ato de concentração necessita ter uma análise mais aprofundada ou não. Caso não se chegue a uma decisão neste prazo de 30 dias ou se nenhuma análise adicional for necessária, o ato de concentração poderá ser implementado. Se a Agência decidir por análises adicionais, esta terá 90 dias de prazo para decidir pela aprovação do ato de concentração, explicando as razões por escrito em caso de não-aprovação.¹⁸ Há possibilidade de extensão desse prazo

¹⁵ Isto é uma extensão do que está expresso no artigo 5.º, o qual permite concentrações de empresas, desde que não prejudiquem a concorrência e resultem da união voluntária de empresas, a qual produza uma expansão da escala de operação e aumente a concorrência no mercado.

¹⁶ O uso do HHI não exclui a situação de arbitrariedade na determinação dos seus limites, mas sua utilização já tem certa tradição como instrumento analítico.

¹⁷ Propriedade de 50% ou mais das ações com direito a voto ou dos ativos da empresa.

¹⁸ Pode-se aprovar um ato de concentração com condições restritivas, como é usualmente feito em outras jurisdições.

por mais 60 dias, em circunstâncias que a justifiquem, como, por exemplo, se a documentação estiver insuficiente ou imprecisa, ou, ainda, se as circunstâncias relevantes tiverem se modificado desde a notificação do ato. O art. 28.º admite que a concentração venha a ser impedida por decisão da Agência de Implementação.¹⁹ O mesmo artigo admite que a Agência venha a autorizar um ato de concentração se os benefícios da sua implementação suplantarem as suas desvantagens ou se o ato estiver em harmonia com o interesse público.²⁰ A este respeito será sempre necessário verificar se esta possibilidade de invocar o interesse público não será uma forma de validar atos que funcionem contra o interesse da política da concorrência.

Em casos que envolvam aquisições de empresas chinesas por empresas estrangeiras, os atos de concentração serão examinados não apenas levando em conta as disposições desta lei de defesa da concorrência, mas também normas de segurança nacional para a sua aprovação.²¹ Aí residem as principais preocupações dos analistas dessa lei, quais sejam, a de que ela venha a ser utilizada para proteger as empresas chinesas da concorrência de empresas estrangeiras, um ato contrário ao espírito buscado em qualquer política de defesa da concorrência. Como lembrado por Bush (2005), há uma posição na China de “... que as empresas multinacionais estrangeiras abusam das suas vantagens financeiras e tecnológicas para dominar mercados, suprimir a concorrência e prejudicar os concorrentes e os consumidores”, o que ofereceria então a desculpa para que as empresas nacionais na China viessem a ser protegidas, mesmo que ineficientes.²²

Ainda relacionado com empresas estrangeiras, outra questão que preocupa os analistas da lei chinesa de defesa da concorrência é a de que, como ela estabelece no seu art. 2.º que a lei é aplicável a condutas antimonopo-

¹⁹ Como a notificação é prévia ao ato de concentração, neste caso trata-se de uma questão de proibi-lo ou não. No caso brasileiro, como há possibilidade de o ato de concentração ser notificado após a sua implementação, a proibição do ato implicaria a sua desconstituição, uma situação mais difícil de ser concretizada.

²⁰ Esta é uma brecha que certamente seria aproveitada pelas empresas interessadas na aprovação do ato de concentração: não será difícil encontrar razões pelas quais o interesse público, qualquer que seja a forma de defini-lo, poderia ser invocado, particularmente usando o argumento, por exemplo, da quantidade de empregados diretos ou indiretos a serem criados ou o aumento na arrecadação tributária.

²¹ Conforme estatuído no artigo 31.º.

²² A citação entre aspas foi retirada de Bush (2005), p. 2.

listas fora do território chinês que tenham efeito de eliminar ou restringir a concorrência no mercado doméstico chinês, várias aquisições importantes feitas a nível internacional, como nos Estados Unidos, venham a ser objeto de questionamento não apenas na Comunidade Européia, mas também na China, passando a ser este país a terceira instância de aprovação delas. Isso alongaria ainda mais o processo de decisão pelas eventuais preocupações concorrenciais, as quais seriam investigadas incansavelmente.²³ Artigo escrito por John Markoff na edição de 28/03/2008 do *New York Times* chama a atenção sobre a possibilidade de ser dificultada a aquisição da empresa Yahoo pela Microsoft porque a Yahoo tem um investimento na China e, portanto, sua aquisição pela Microsoft exige que a operação seja analisada na China por força do que está estabelecido na sua lei de defesa da concorrência e também com a possibilidade de ser invocada a questão da segurança nacional chinesa, como mencionado acima.

Os arts. 38.º a 45.º explicitam normas a serem observadas na investigação de alegados comportamentos anticompetitivos. Não apresentam maiores novidades, a não ser o fato de estarem no corpo da própria lei, quando poderiam fazer parte de um regimento que regulamentasse o funcionamento da Agência de Implementação, o que possivelmente tornaria menos difícil o seu aperfeiçoamento posterior, pois, como está, provavelmente só se modificará com a anuência legal do Conselho de Estado.²⁴

IV – Monopólios administrativos do governo e a restrição da concorrência

A lei chinesa antimonopólio se preocupou em tratar dos monopólios exercidos por agências e demais entidades administrativas do governo ao definir uma série de práticas que até então vinham sendo adotadas na administração pública da China com o sacrifício da eficiência econômica das

²³ Este ponto é levantado pelo jornal inglês *Financial Times* na sua edição de 28 de julho de 2008, no artigo “Antitrust explosion”. No texto escrito pelo correspondente do *Financial Times* em Pequim, James Kynge, publicado em 03/04/2003, “Antitrust law could give China a veto over foreign takeovers”, a questão já havia sido levantada.

²⁴ É bem verdade que também no caso brasileiro muitos dos procedimentos estão especificados na própria Lei 8.884/94, o que faz com que iniciativas para seu aperfeiçoamento tenham que passar por alterações a serem aprovadas no Congresso.

atividades produtivas e com prejuízos para os consumidores e empresas.²⁵ A preocupação geral é com o abuso que o próprio governo pode empregar ao estabelecer normas que restringem a concorrência. O art. 33.º lista algumas dessas práticas:²⁶

- (i) Estabelecer cobranças de taxas discriminatórias, fixar preços discriminatórios ou estabelecer sobretaxas para mercadorias fornecidas por outras regiões;
- (ii) Estipular requisitos técnicos ou padrões de inspeção para produtos originários de outras regiões, exigir inspeções repetidas ou certificações adicionais de mercadorias vindas de outras regiões, ou restringir a entrada de produtos de outras regiões;
- (iii) Criar procedimentos de licenciamento orientados para atingir produtos de outras regiões e restringir a sua entrada no mercado local;
- (iv) Estabelecer postos de fiscalização nas entradas, seja para bloquear a entrada de produtos originários de outras regiões ou a saída de mercadorias locais;
- (v) Impedir a livre circulação de bens entre diferentes regiões.

Como se vê, a lista acima procura combater todos os procedimentos que são comumente adotados por governos locais e provinciais na China para proteger o seu mercado, melhor dizendo, as suas atividades produtivas da rivalidade competitiva que poderia ocorrer se houvesse liberdade de disputa normal entre produtores locais e produtos de outras regiões. Há certa tradição na China de reserva de mercado para os produtores locais, o que agora seria proibido pela lei antimonopólio. Dada a generalidade de emprego deste tipo de instrumento para blindar a ineficiência produtiva de atividades econômicas locais chinesas, resta ver como os objetivos de defesa da concorrência dessa lei vão ser acomodados com os interesses de governos locais de defender seus mercados da competição considerada potencialmente destruidora de empregos e de produção locais.

²⁵ Tudo indica que as proibições aqui mencionadas se estendem também para as empresas estatais chinesas.

²⁶ Esta seção da lei também profbe: 1) que o poder administrativo local restrinja a possibilidade de que investidores extra-regionais façam os seus investimentos na região ou criem filiais nela; 2) que o poder administrativo obrigue empresas a ter um comportamento anticompetitivo.

V – Penalização das condutas anticompetitivas

Essa lei estabelece penalidades pela não-observância das proibições que ela estabelece concernente a condutas abusivas relativas a acordos monopolísticos. A Agência de Implementação punirá a empresa obrigando-a a cessar a conduta, confiscará os ganhos ilegais e imporá uma multa entre 1 e 10% das receitas totais obtidas no mercado relevante no ano anterior. É curioso observar que haverá confisco dos ganhos obtidos com a prática considerada ilegal, o que exigirá sempre uma estimativa, para a sua quantificação, de quais seriam esses ganhos, tarefa que muitas vezes não é simples. No caso brasileiro há uma obrigação legal de que a multa aplicada pelo CADE à empresa seja superior aos ganhos por ela auferidos (art. 23, inciso I, da Lei 8.884/94), quando quantificável.²⁷

Várias das multas estabelecidas pela lei estabelecem que o seu valor monetário será de até 500.000 RBM, sem critérios estabelecidos na lei para decidir pelo valor escolhido, portanto com liberdade de escolha naquele intervalo.²⁸ RBM ou CNY é a moeda chinesa RENMINBI (“Moeda do Povo”), cuja unidade é o iuan ou yuan. Usando o conversor de moedas do Banco Central, o valor de 500.000 iuans corresponde a cerca de R\$ 136 mil, ou aproximadamente US\$ 73 mil.²⁹ Este é o valor máximo para as multas a serem atribuídas a acordos que ainda não tenham sido implementados, a associações comerciais e a empresas que tenham realizado atos de concentração que violem as proibições legais. Neste último caso, além da multa, a empresa será obrigada a desfazer o ato, parcial ou totalmente, de forma a restaurar a situação anterior do mercado.

²⁷ No Brasil freqüentemente é pressuposto que as multas aplicadas pelos conselheiros do CADE suplantam os ganhos auferidos, sem verificação. Um dos casos para o qual houve esta preocupação de verificação foi o processo relativo a açambarcamento de matéria-prima (Processo n. 08000.022579/97-05), no qual foi feito um exercício de simulação econômica para verificar se a multa aplicada de 5% do faturamento bruto da empresa era suficiente para cobrir os ganhos auferidos pela empresa, o que foi comprovado.

²⁸ O artigo 49.º menciona que a quantificação da penalidade levará em conta a natureza do ato ilegal, a sua extensão e a duração temporal.

²⁹ O conversor do BACEN está em <http://www5.bcb.gov.br/pec/conversao/Resultado.asp?idpai=convmoeda>. As taxas de câmbio usadas foram: 1 iuan = 0,273129 reais e US\$ 1 = 1,866 reais. Cotação de 17/09/2008.

Outros aspectos interessantes relacionados com a responsabilização legal são os seguintes:

- 1) O instrumento da leniência é previsto para empresas participantes de acordos anticompetitivos que colaborem com a Agência de Implementação fornecendo evidências deles. Essas empresas, então, receberão uma punição mitigada ou estarão isentas de punição, ao arbítrio da Agência;
- 2) A violação das disposições desta lei e os danos causados a outros pela violação serão objeto de responsabilização civil;
- 3) A recusa a prestar informações, a destruição delas, a obstrução da investigação serão punidas com multas de até 20.000 RMB para pessoas e até 200.000 para empresas. Se a situação for considerada séria (a lei não especifica como caracterizar esta situação como tal), esses valores passam para até 100.000 RMB e 1.000.000, respectivamente, além da possibilidade de uma responsabilização criminal, quando for o caso;
- 4) É admitida a revisão judicial para todas as decisões feitas pela Agência, particularmente as decisões referentes aos arts. 28.º e 29.º da lei, quais sejam, nas situações em que não tenha sido aprovado o ato de concentração ou que ele tenha sido aprovado com condições restritivas. Primeiramente deverá ser solicitada uma reconsideração administrativa à Agência. Em caso de permanência da insatisfação, as partes envolvidas no ato de concentração podem entrar com um processo legal contra a decisão.

Nas disposições adicionais encontram-se dois artigos importantes:

- 1) Um que isenta as atividades de agricultores e de suas empresas dos dispositivos dessa lei. O art. 56.º relaciona quais seriam essas atividades: a produção, o processamento, as vendas, o transporte e a estocagem dos produtos agrícolas. A abrangência das atividades isentas é bastante ampla e pode ser considerada, em geral, como indevida. É bem verdade que qualquer país pode estabelecer as isenções que bem desejar, sejam motivadas por alguma razão econômica que indicaria a necessidade de blindar algum setor de restrições ou intervenções governamentais, sejam motivadas por alguma escolha determinada pelo jogo de interesses políticos. Provavelmente, a isenção dada à agricultura se deva ao interesse de prestigiar agora um setor que no passado sofreu bastante com as intervenções do Estado autoritário da época, as

quais infligiram grandes perdas aos agricultores. Outra possibilidade é a de que se quer evitar que o setor fique restringido por dispositivos que poderiam limitar a sua produção, tão importante para alimentar e produzir seus bens para um país tão populoso. Esta segunda possibilidade, entretanto, não se sustenta porque é importante preservar a concorrência das atividades justamente para atingir maiores níveis de eficiência produtiva.

- 2) O outro isenta da lei os direitos de propriedade intelectual, considerando que o monopólio da propriedade intelectual pela empresa não deve ser considerado ilegal do ponto de vista dos dispositivos dessa lei. Haverá a possibilidade de a propriedade intelectual ser julgada passível de punição por abuso de direito se ela for usada pela empresa como meio de restringir ou eliminar a concorrência em algum mercado.

VI – Comentários finais

A adoção de uma legislação mais abrangente que incorpore preocupações legítimas do governo chinês com os objetivos de defesa da concorrência na economia do seu país é um passo à frente no sentido de possibilitar que o sistema de economia de mercado possa desempenhar adequadamente o papel esperado de contribuir para maior eficiência nas atividades produtivas e o aumento no bem-estar social de seus cidadãos. Entretanto, não deve ser esquecida a experiência observável em economias ditas capitalistas nas quais, a despeito de professarem a sua fé na importância do funcionamento livre e descentralizado dos mercados, há ainda uma arraigada crença de que é preciso proteger as atividades produtivas contra a destruição que a rivalidade competitiva pode provocar. Anos de intervencionismo, de reserva de mercado e de proteção a atividades ineficientes, como nas experiências históricas brasileiras e de muitos países da América Latina, engendram resistências a um maior apoio da sociedade à política de defesa da concorrência. É comum a evocação feita por pessoas envolvidas com esta atividade a respeito da necessidade de aumentar a cultura da defesa da concorrência no país. O mesmo certamente se põe em relação à economia chinesa, na qual o papel dominante do Estado como planejador e único determinante do que e como produzir, a que preço vender, como remunerar os fatores de produção, possa ser alternativamente substituído de modo parcial por um sistema de alocação de recursos em que a rivalidade competitiva tem papel central.

Será um desafio para o governo chinês equilibrar as funções mistas de uma economia que pretende ser de controle e planejamento em muitas atividades produtivas e, ao mesmo tempo, ter outras atividades regidas pelo livre mercado, com suas conseqüências.

É importante ressaltar que a lei antimonopólio que recentemente entrou em vigor no país ainda requererá um amplo esforço para regulamentar as suas disposições. Muitos dos seus artigos exigirão uma definição mais clara, um esforço interpretativo maior, para terem uma aplicação adequada ao objetivo de defesa da concorrência, criando uma jurisprudência que possa ser considerada confiável pelos investidores.

Finalmente, é importante que a legislação chinesa não venha a ser usada, como se teme, como instrumento de proteção, de blindagem, de atividades produtivas nacionais contra a rivalidade competitiva que a entrada de investidores estrangeiros pode provocar. É a rivalidade competitiva, seja ela nacional ou estrangeira, que gera maior eficiência produtiva, maior desenvolvimento tecnológico, maior nível de bem-estar social.

Referências bibliográficas

- Bush, Nathan G. (2005). *Chinese competition policy – it takes more than a law*. Texto disponível em: <http://www.chinabusinessreview.com/public/0505/bush.html>. Acesso em: 05/09/2008.
- Financial Times* (2008) “Antitrust explosion”. Publicado na edição de 28/07/2008. Disponível em: http://www.ft.com/cms/s/84b17c44-5cc8-11dd-8d38-000077b07658,dwp_uuid=063fb9c2-3000-11da-ba9f-00000e2511c8,print=yes.html. Acesso em: 05/08/2008.
- Kynge, James (2003). “Antitrust law could give China a veto over foreign takeovers”, *Financial Times*, edição de 03/04/2003. Disponível em: <http://www.ft.com/cms/s/92d94ba6-24e4-11d8-81c6-08209b00dd01,id=030403001500,print=yes.html>. Acesso em: 05/08/2008.
- Markoff, John (2008). “China law could impede Microsoft deal for Yahoo”. *New York Times*, edição de 28/03/2008. Disponível em: http://www.nytimes.com/2008/03/28/technology/28yahoo.html?_r=2&scp=1&sq=China%20Antitrust%20law&st=cse&oref=slogin&oref=slogin. Acesso em: 15/09/2008.
- Owen, Bruce M., Su Sun e Wntong Zheng (2005). “Antitrust in China: the problem of incentive compatibility”. *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 1 (1); 123-148. Disponível em: <http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/reprint/1/1/123?ck=nck>. Acesso em: 18/09/2008.

COMPETÊNCIAS ANTITRUSTE E REGULACÕES SETORIAIS

*Alexandre Santos de Aragão**

A aplicação do Direito da Concorrência a setores regulados, inclusive a serviços públicos e de infra-estrutura, em outras palavras, a coexistência entre as técnicas da regulação econômica e as de defesa da concorrência, é uma realidade inegável que tende a se alargar ainda mais com a crescente submissão dessas atividades às regras do mercado, “seja porque a regulação deve se orientar para criar as condições de mercado onde a concorrência for possível, seja porque a intervenção reguladora em determinados setores não exclui a paralela aplicação das regras da concorrência nos segmentos afetados pelas falhas do mercado”.¹

Sobre a relação existente entre competências regulatórias e concorrenciais, a doutrina costuma mencionar como ponto de partida interpretativo as duas teorias desenvolvidas no direito norte-americano.²

Podemos adiantar, no entanto, que, sem embargo dos aportes gerais que podem trazer, elas são de tal forma vinculadas a aspectos gerais do Direito Constitucional Federativo dos EUA, a conflitos de competências fe-

* Professor-adjunto de Direito Administrativo da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Mestrado em Regulação e Concorrência da Universidade Candido Mendes. Professor-visitante do Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Professor de Pós-graduação da Fundação Getulio Vargas – FGV (Rio de Janeiro e São Paulo). Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Advogado (alexaragao@zipmail.com.br).

¹ VALDEZ, Oscar Aguilar. El acto administrativo regulatorio. In: *Acto administrativo y reglamento*, Buenos Aires: RAP 2002, p. 453.

² Também no Direito Comparado, merecem menção o art. 86 do Tratado da Comunidade Européia e o art. 8.º da Lei italiana 287/1990, que dispõem que o Direito da Concorrência não é aplicável às empresas que “exercem a gestão de serviços de interesse econômico geral ou mesmo operam em regime de monopólio no mercado, em tudo que esteja estreitamente conexo ao cumprimento das missões a elas conferidas” (cf. JUSTEN, Mônica Spezia. *A noção de serviço público no direito europeu*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 101).

derivativas que não têm nada ou muito pouco a ver com o nosso Sistema, que cremos que elas devem ser tratadas apenas como uma inspiração doutrinária de segundo grau.

Acreditamos que, talvez, parte das dificuldades de resolução dos problemas competenciais objeto do presente ensaio possa ser tributada à aplicação acrítica entre nós das discussões entre essas correntes norte-americanas. Note-se que, ao contrário da salutar aplicação da teoria econômica de anti-truste desenvolvida nos EUA, essas teorias são de conteúdo eminentemente jurídico, jurídico-constitucional, concernente ao Federalismo, tema no qual o Direito brasileiro e o norte-americano são muito distintos.³

Bastante diversa também é a plasticidade que a *common law* propicia para a definição de competências, dependendo das capacidades e práticas institucionais de cada contexto, o que seria impensável em nosso Direito (pelo menos em seu atual estágio científico), em que se têm as competências administrativas como predeterminadas pelo ordenamento jurídico, sobretudo pela própria Constituição.

Partiremos, contudo, dessas duas visões norte-americanas, já que é sobre elas que existe o maior acúmulo de discussão na nossa doutrina e jurisprudência administrativa, para, ao final, fazer algumas proposições que não têm a pretensão de ser exaustivas, nem, muito menos, definitivas, aliás, como nada em ciência – ainda mais em ciência social – deve ser.

A primeira, denominada *State Action Doctrine*, foi desenvolvida a partir da decisão da Suprema Corte Norte-Americana no caso *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal*, no qual foi deduzido conflito de competência entre atos dos governos estaduais e a legislação federal de defesa da concorrência.

Nesse julgamento, a Suprema Corte determinou serem dois os critérios analisados para se concluir se uma determinada regulação setorial estadual excluiria ou não a aplicação do direito antitruste federal: em primeiro lugar, seria necessário que a decisão da autoridade reguladora fosse tomada em decorrência de uma política claramente expressa de substituição da concorrência pela regulamentação; em segundo lugar, far-se-ia necessária a supervisão ativa e constante quanto ao cumprimento das obrigações

³ Basta lembrar, por exemplo, as clássicas e sempre repetidas lições segundo as quais o federalismo norte-americano é centrípeto, e o brasileiro centrífugo.

regulatórias impostas.⁴ Os dois requisitos deveriam apresentar-se cumulativamente para que se pudesse concluir sobre a imunidade do ato à revisão das autoridades antitruste.⁵

A segunda teoria norte-americana é a denominada “Teoria do Poder Amplo”, elaborada para regradar possíveis conflitos de competência entre o órgão federal antitruste e uma regulaco setorial também de sede federal, fornecendo critérios para avaliar quando a competência regulatória setorial afastaria a aplicacão do direito concorrencial.

Também nesses casos seriam duas as possibilidades de não-incidência da norma antitruste: ou as atribuices da autoridade regulatória têm tamanha extensão que afastariam qualquer outra atribuico, ou são suficientemente profundas, isto é, a própria autoridade setorial possui competência para aplicar a legislaco de defesa da concorrência.⁶

Na Itália, FRANCESCO CARINGELLA afirma que nesses casos é aplicada uma “subsidiariedade elástica (que muitos acham ser a subsidiariedade em sentido próprio), que remete à avaliao da necessidade de sua interveno naquele caso concreto, ou, o que é a mesma coisa, à sua verificaco da adequaco da atuao do ente mais próximo ao cidadão com vistas à tutela de um determinado interesse ou à persecuco de determinado resultado: a verificaco não se volta apenas a tutelar o interesse do ente pe-

⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulaco da atividade econômica (prncpios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 136-137.

⁵ Para Calixto Salomão Filho, a adoco dessa teoria no ordenamento jurídico pátrio “levaria à conclusão necessária de que apenas quando o Estado permite a alguém a exploraco de serviço público mediante concessão haveria a imunidade”, pois somente nessas hipóteses restaria cristalino o intuito estatal de substituir a concorrência pela regulaco do monopólio, assim como estaria o Estado dotado de interesse e aparato de fiscalizaco suficientes para supervisionar a atividade do particular: “A não aplicacão do sistema concorrencial são é admissível quando o Estado substitui o mercado na determinaco das variáveis fundamentais da empresa (quantidade e preço) e fiscaliza efetivamente o seu cumprimento pelos particulares, ou seja, quando cria diretamente a utilidade pública” (*Regulaco da atividade econômica (prncpios e fundamentos jurídicos)*). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 137; e *Direito concorrencial – as estruturas*, 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 215-218, respectivamente).

⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulaco da atividade econômica (prncpios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 138-139.

riférico, mas também a mesma eficiência, inclusive temporal, na condução das atividades administrativas”.⁷

No Brasil a doutrina destaca a existência de uma complementaridade entre as competências das autoridades regulatória e de defesa da concorrência. Nesse sentido, cumpre observar, em primeiro lugar, que nenhuma indústria ou serviço encontra-se imune à incidência das normas da Lei 8.884/94 sobre infrações contra a ordem econômica, sendo que o seu art. 15 determina que a lei aplica-se indistintamente a pessoas jurídicas de direito privado e público,⁸ apesar de entendermos que o dispositivo é mais aplicável ao exercício de atividades econômicas por pessoas jurídicas de Direito Público do que sobre a regulação por elas exercida sobre atividades econômicas privadas.

Quanto ao controle do CADE sobre as normas reguladoras expedidas pelas entidades públicas setoriais, parece-nos que o dispositivo mais diretamente aplicável seja o art. 7.º, X, da Lei 8.884/94, que diz competir ao plenário requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento da lei.

Assim se manifestou o Conselheiro FERNANDO MARQUES⁹ sobre as normas e orientações expedidas pelo DAC que vedavam a concessão de descontos em passagens aéreas: “Nesta nova realidade, incentivar os agentes de viagem a não conceder descontos, ou seja, a adotarem postura comercial uniforme é conduta anticoncorrencial que deverá ser punida pelas autoridades antitruste. No entanto, antes esta conduta não era infração e, com a nova Constituição e com a desregulação do setor passou a ser. Donde se percebe que era e foi, acredito que até o presente julgamento, um ponto nebuloso inquirir-se a respeito da licitude ou ilicitude desta conduta. Em suma, com esse julgamento o CADE sinaliza claramente que não se admitirá mais esta

⁷ CARINGELLA, Francesco. *Corso di diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè, 2001, tomo I, p. 739.

⁸ “Art. 15. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades de pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

⁹ Voto do Processo Administrativo 08000.007754/95-28 (Associação Brasileira de Agências de Viagem do Distrito Federal – ABAV/DF e Sindicato das Empresas de Turismo do Distrito Federal – SINDETUR/DF).

prática, pois ela traz efeitos negativos à concorrência, configurando a hipótese prevista no inc. I do art. 20 da Lei 8.884/94. (...) Do exposto e com base neste fundamento, determino a remessa de cópias da presente decisão ao Departamento de Aviação Civil e Tribunal de Contas da União, para ciência e eventuais providências de seu mister, observando a referidos órgãos, notadamente ao DAC, que a limitação dos descontos apresenta fortíssimos impactos na dinâmica do mercado e na livre concorrência, merecendo maior atenção e estudo para sua revisão no âmbito legislativo”.

Em outro caso,¹⁰ tratando especificamente da aplicação da Lei da Concorrência a concessão de serviço público, o mesmo Conselheiro do CADE se manifestou:

“Foi analisado se estas sugestões deveriam ser adotadas como recomendações ao Órgão concedente ou como determinações impostas como condição para a aprovação do Ato de Concentração. Definiu-se como prerrogativa do Poder concedente avaliar a conveniência e oportunidade da adoção de medidas propostas pelo SBDC nos atos de concentração que envolvam apreciação de contrato de concessão de serviço público, a teor do art. 175 da Constituição Federal. Não obstante, foi ressaltada a norma constitucional dos arts. 170, IV e 173, § 4.º, que prevêm a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico, concluindo-se que a liberdade do Poder Público em estabelecer a concessão de serviço público não pode ser tida como absoluta, devendo ser preservada, sempre que possível, a livre concorrência. Dessa forma, cabe aos órgãos antitruste solicitar medidas dos entes federados para a adequação da norma à legislação concorrencial, uma vez que se não observadas, podem ser objeto de representação do CADE junto ao Ministério Público a fim de resguardar a ordem econômica. Assim, no mesmo sentido do mencionado voto, determino a expedição de uma recomendação ao Poder Concedente para que adote as providências acima listadas pela Agência Nacional do Petróleo”.¹¹

¹⁰ Ato de Concentração 08012.005516/2001-11 (Petrobrás Gás S.A. – Gaspetro, Gásgoiano S.A. e Agência Goiana de Gás Canalizado – Goiásgás).

¹¹ Do mesmo modo, no Ato de Concentração 08012.002455/2002-11, o Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer destacou: “[a Constituição Federal] prevê a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico como normas a serem obedecidas (art. 170, IV e art. 173, § 4.º). Nesse contexto, a liberdade do

Portanto, o não-atendimento à solicitação do CADE pode levar a outras medidas possíveis que não a sua intervenção direta na regra ou no comportamento anticoncorrencial, conforme destacado pelo Conselheiro Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, no julgamento do Processo Administrativo 08012.006507/98-81, em que asseverou que o CADE enviaria o caso à sua Procuradoria, a fim de que essa tomasse as medidas judiciais cabíveis ou, na impossibilidade de fazê-lo (por exemplo, quando se tratar de ação direta de inconstitucionalidade), elaborasse representação ao Ministério Público, a fim de anular judicialmente a norma legal estadual ou municipal incompatível com a infratora à ordem econômica.

A análise das decisões supracitadas demonstra, de maneira incontroversa, que as normas gerais de defesa da concorrência também incidem sobre as atividades sujeitas à regulação setorial, inclusive serviços públicos,¹² mas não como se essas atividades não fossem sujeitas a toda uma organização e lógica setorial própria.

Poder Público em estabelecer a concessão de serviço público não pode ser tida como absoluta, devendo ser preservada, sempre que possível, a livre concorrência. Porém, é de ser ponderada a questão do pacto federativo, o qual impede que o SBDC imponha a inobservância de normas municipais ou estaduais do mesmo modo que pode proceder quando se tratar da Administração Pública ligada ao Poder Executivo Federal. Nesses casos, cabe aos órgãos Antitruste tão-somente solicitar medidas dos entes federados para a adequação da norma à legislação concorrencial, que uma vez não observadas, podem ser objeto de representação do CADE junto ao Ministério Público a fim de resguardar a ordem econômica” (Voto do Conselheiro, p. 4).

- ¹² Entidades reguladoras setoriais há que desempenham outras funções além da supervisão de serviços públicos, abrangendo também a tutela de atividades econômicas em sentido estrito que sejam especialmente sensíveis para a coletividade, tais como saúde complementar, produção e comercialização de medicamentos, bebidas alcoólicas e derivados do tabaco (ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 267). A esse respeito, Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto menciona existirem duas vertentes da transformação do papel do Estado propiciadas pelo fenômeno da regulação, quais sejam: (i) a separação entre o provedor dos serviços essenciais e os agentes encarregados da regulação; e (ii) o advento de novos espaços regulatórios estatais, consubstanciados no surgimento de novas entidades voltadas para regular atividades econômicas ou interesses específicos, antes deixados ao alvedrio do mercado, ou submetidos a instrumentos jurídicos inadequados (como os setores de saúde complementar, vigilância sanitária, água) (MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *A nova regulação estatal e as agências independentes*. In: SUNDFELD, Carlos Ari [Coord.]. *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 78).

Especificamente sobre a relação entre concorrência e regulação, Gesner Oliveira observa haver quatro diferentes possibilidades de divisão de competências: (i) isenção antitruste – o setor é regido unicamente pela autoridade reguladora, que concentra todas as competências; (ii) competências concorrentes; (iii) competências complementares; e (iv) regulação antitruste (na qual todas as questões são atribuídas à autoridade concorrencial).¹³

Após analisar os quatro modelos, o ex-Presidente do CADE conclui no sentido de que o sistema de competências complementares – no qual à autoridade regulatória é deixada a regulação técnica e econômica, atribuindo-se ao órgão concorrencial a aplicação da lei antitruste – seria o que melhor atende às necessidades da sociedade brasileira, por conjugar a vantagem de um menor risco de captura com a diminuição das possibilidades de conflito de competência entre as autoridades, solução que opera no sentido da redução dos custos de transação.¹⁴ Esta é, com efeito, a posição que parece ter sido, de maneira geral, adotada pelo Legislador, nos artigos 7.º, X, e 15, da Lei 8.884/94.¹⁵

Seguindo a doutrina supramencionada, o CADE não tem hesitado em proteger a concorrência violada por empresas sujeitas à regulação setorial, tendo, no entanto, salutar parcimônia em estabelecer parâmetros gerais de regência de setores regulados ou em determinar condutas ou estruturas que modifiquem o arcabouço regulatório setorial extensivamente produzido, de acordo com a primeira alternativa de aplicação da “Teoria do Poder Amplo”, vista acima.¹⁶

Tomás Vazquez Lépinette, ao discorrer sobre a aplicação do direito da concorrência aos setores regulados, adverte que “o Direito da Defesa

¹³ OLIVEIRA, Gesner. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. São Paulo: Saraiva, p. 68 e ss.

¹⁴ Idem, *ibidem*. Trata-se da opção entre o “modelo germânico”, que dá preferência ao regulador setorial por ser tecnicamente mais especializado, e o “modelo latino”, que dá preferência ao órgão antitruste “por razões pragmáticas e sistemáticas” (LÉPINETTE, Tomás Vazquez. *La obligación de interconexión de redes de telecomunicación*. Valência: Tirant lo Blanch, p. 231-233).

¹⁵ Há, naturalmente, dispositivos legais setoriais específicos que dão tratamento expresso à solução desses problemas competenciais (ex., art. 4.º, XXII, da Lei 9.961/2000, que instituiu a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS).

¹⁶ Ou seja, as atribuições da autoridade regulatória têm tamanha extensão que afastam qualquer outra competência.

da Concorrência serve para reprimir os abusos de posição dominante caso por caso, mas não faculta a imposição de medidas estruturais de caráter geral”.¹⁷ Também Ruy Santacruz¹⁸ observa “caber a cada agência planejar a estrutura do mercado que regula e a forma de concorrência que considera melhor para a sociedade. Dessa maneira, não é lógica a possibilidade desse planejamento ser alterado pela decisão do órgão antitruste, que desconhece a estratégia do regulador e não detém os conhecimentos técnicos específicos necessários para a tomada de decisão. A duplicidade de regulação é, desse modo, ineficiente do ponto de vista público e privado”.

Nesse sentido tem se inclinado a jurisprudência do CADE, por exemplo, em voto do Conselheiro Mércio Felsky, o qual se pronunciou sobre eventual conflito de competências entre o CADE, o Poder Concedente dos Estados e a ANP, a respeito do mercado de gás natural: “No caso em análise, porém, em que os serviços já foram concedidos de acordo com as regras estabelecidas pelo legítimo poder concedente, entendo que cabe a ele (poder concedente) e à agência reguladora criada avaliar a conveniência e a oportunidade das medidas propostas”.¹⁹

Em caso que versava sobre o conflito da regulação municipal dos serviços de táxi com as competências do CADE, a Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva entendeu que, “ainda que se trate de legislação que contrarie preceitos constitucionais, prejudicando os consumidores e influenciando as condições do mercado, não compete ao CADE o exercício de qualquer poder de constrição sobre o ente público do qual emane o ato de Estado. Goza o CADE, porém, de competência acessória para solicitar à Autoridade a adequação da norma legislativa aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, inclusive encaminhando-lhe minuta de possível diploma substitutivo, bem como para formular representação junto ao Ministério Público visando a anulação do preceito legal”.²⁰

¹⁷ LÉPINETTE, Tomás Vazquez. *La obligación de interconexión de redes de telecomunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 74-75.

¹⁸ SANTACRUZ, Ruy. Fundamentos (econômicos) da regulação pública dos mercados, *Revista Arché: interdisciplinar*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 29, 2001, p. 97.

¹⁹ Ato de concentração 08000.021006/97-65, Requerentes Gás Natural SDG, S.A., Ementhal Participações e Empreendimentos Ltda., Borgogna Participações e Empreendimentos Ltda.

²⁰ Cf. FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da Concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Singular, 1998, p. 302. Em matéria de portos o CADE

No processo administrativo em que a TVA acusava a TV Globo de abuso do poder econômico, por se recusar a fornecer o sinal da sua programação aberta à Directv, existia norma da ANATEL – norma federal, não havendo, portanto, o complicador do conflito federativo – obrigando as empresas de televisão por assinatura, na modalidade cabo, a “carregarem” o sinal da televisão aberta (“*must carry law*”), razão pela qual todas as empresas que atuavam nesse segmento podiam exigir o recebimento do sinal da TV Globo, pois estavam obrigadas a levá-lo até o telespectador. Todavia, a ANATEL não havia expedido norma da mesma natureza relativamente às empresas que operavam no segmento de TV por assinatura na modalidade DTH (“*direct to home*”), como era o caso da Directv. Ao julgar o caso, o Conselheiro Celso Campilongo²¹ observou que, na ausência de marco regulatório a determinar o “*must carry*” para a TV por assinatura na modalidade DTH, excederia a competência do CADE regular questões

teve uma atuação mais ativa: “Em 27.04.05, o CADE condenou, por unanimidade, os cinco terminais que operam no porto de Santos pela cobrança de uma taxa para a liberação de cargas conhecida como THC2 (*Terminal Handling Charge n. 2*). Essa taxa, que havia sido criada pelos terminais no final dos anos 90, implicava diversos prejuízos ao comércio exterior do país. Além de onerar os importadores e reduzir a competitividade internacional de várias indústrias, a THC2 distorcia a concorrência no mercado de armazenagem (...). Esta é a primeira vez que o sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC) pune uma conduta originada por uma falha de regulação numa indústria de rede. Tal como ocorre nos países onde as leis antitruste são efetivas, o CADE exerceu, neste caso, o papel de regulador de última instância na economia. Porém, isto não significa que o SBDC tenha absorvido as funções da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), posto que a intervenção ficou restrita aos limites da lei 8884, que define as normas antitruste no Brasil. Na verdade, este caso é típico da interação entre regulação e defesa da concorrência. Por um lado, como veremos adiante, se os regulamentos da ANTAQ definissem rigorosamente os direitos e obrigações dos agentes econômicos que participam da atividade portuária, o caso não teria existido. Por outro lado, o CADE decidiu apenas que a cobrança da THC2 fere os princípios da Lei 8.884, mas não editou qualquer norma para corrigir a lacuna que deu origem àquela taxa, porque isto seria uma atribuição da ANTAQ. Entretanto, se a agência reguladora não tomar as providências devidas, e as normas portuárias continuarem ambíguas, não é provável que os terminais criem taxas similares no futuro próximo, porque sabem que seriam punidos novamente pelo CADE” (ARAÚJO JR., José Tavares de. *Regulação e concorrência em setores de infra-estrutura*. In: www.ie.ufjf.br/eventos/seminarios/pesquisa/regulacao_e_concorrência_em_setores_de_infraestrutura.pdf).

²¹ Voto de vista proferido no curso do processo administrativo 53500.000359/99, em 20.06.2001, o qual restou vencedor, por maioria.

estruturantes setoriais – competência, *in casu*, da ANATEL. Assim, não se mostrava possível a utilização de uma interpretação extensiva, a partir da legislação existente só para o serviço de TV a cabo, sem se extrapolar o âmbito de competência do CADE.²²

²² “11. Venho sublinhar que a atuação do CADE não pode ser entendida como a de verificação ‘em tese’ da obrigatoriedade ou não de liberação do sinal por parte de concessionárias de radiodifusão, mas como a análise da licitude dessa conduta, praticada por empresa determinada, em face da Lei da Concorrência e diante de aspectos concretos tão peculiares como comprovam a riqueza dos autos. 12. Com efeito, não cabe ao CADE invocar e, muito menos, criar norma geral que imponha obrigação à TV Aberta e, a partir dela, oferecer interpretação alargando conceitos e inventando regras. Mas pode o CADE, como corolário de sua função legal, analisar situações concretas que tenham impactos concorrenciais, proferindo uma decisão com base, especialmente, nos artigos 20 e 21 da Lei da Concorrência. 13. Por isso, ‘*data maxima venia*’, absolutamente imprópria qualquer aplicação, analógica ou teleológica, supostamente extensiva ou sistemática, pelo CADE, da legislação que regula um setor específico (TV a cabo), que conta com agente regulador próprio, máxime se contrária ou incompatível com a regulação ou interpretação que o mesmíssimo órgão competente oferece a outro setor (TV por satélite). Qualquer atuação do CADE, nesse sentido, ultrapassaria, em muito, sua competência, por si só já bastante ampla, de adjudicação do direito da concorrência e invadiria, com indisfarçável ofensa à legalidade, competências regulatórias da ANATEL, do Ministério das Comunicações ou do Poder Legislativo” (Voto do Conselheiro Celso Campilongo no processo administrativo 53500.000359/99, em 20/06/2001, p. 2-3). De forma coerente com os casos analisados, decidiu ainda o Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer, aplicando a *State Action Doctrine* (v. início deste Tópico), no Processo Administrativo 08012.006507/98-81, o qual versou sobre a regulação do funcionamento de táxis no município de Parnamirim: “O que se viu nesse processo foi uma série de normas regulatórias, fulcradas no poder de polícia da Administração Pública municipal, que se destinam a estabelecer limites e condições às fontes de mercado (preço e entrada). Tais normas se justificam pela necessidade de garantir qualidade de segurança nos serviços de transporte de passageiros no município de Parnamirim, em respeito ao consumidor final e, em consequência, ao interesse público. Como visto, as decisões regulatórias que geraram as normas objeto do presente processo administrativo foram *uma consequência imediata de uma política expressa e bem definida de regulação, sendo de se ressaltar que as obrigações que derivam de tais normas são sujeitas à fiscalização constante e ativa, conforme demonstrado*. A sua razoabilidade faz com que não se vislumbre infração ao princípio constitucional da livre concorrência. É importante, no entanto, dizer que o aproveitamento da *State Action Doctrine* ao caso *sub judice*, por estarem presentes os requisitos ilustrados acima, não deve elidir a análise do possível abuso do poder econômico, que deve ser coibido em todo e qualquer mercado em que possa ser exercido, nem coatar a

Complementando os precedentes citados e resumindo a posição que perfilhamos, podemos citar excerto do Voto do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Jr., no AC 53500.001990/2000, em que se afirmou: “No que concerne à eventual invasão do CADE de competência regulatória pertencente à ANATEL a questão é mais delicada. Isto porquanto é possível, ao menos em tese, vislumbrar situações nas quais pode haver certa justaposição entre a função regulatória e a função judicante da autoridade antitruste. Neste passo, concordo com o Parecer do professor Carlos Ari Sunfeld acostado aos autos, quando este afirma que ‘a simples existência de atos, legais ou administrativos, disciplinando a organização de um dado setor da economia’ (...), embora possa afetar a incidência do direito antitruste, não tem o efeito de excluí-lo. O que se imporá, por certo, será o dever de, em suas decisões, a autoridade antitruste combinar as normas gerais antitruste com as normas especiais de organização do setor”.²³

Portanto, a competência para delinear os contornos do setor e definir normas gerais é da regulação setorial, não podendo o CADE subverter ou inviabilizar na prática a pauta regulatória. Em se tratando de segmento regulado, especialmente serviço público, a atuação do CADE deve, com efeito,

competência do CADE para decidir sobre a ocorrência de infrações contra a ordem econômica” (Processo administrativo 08012.006507/98-81, Representante: Ivan Garcia Diniz, Representados: Cooperativa dos Condutores de Táxi do Aeroporto Internacional Augusto Severo e outros, Conselheiro-Relator Roberto Pfeiffer, j. em 06/08/2003, grifamos).

²³ Fazendo um balanço da jurisprudência do CADE podemos afirmar que, apesar de um claro *main stream* de decisões refratárias à imunidade antitruste, “tem mostrado instâncias em que algum grau de abstenção tem sido adotado quando o colegiado se viu diante de regulação setorial. O que parece neste particular é que a análise das decisões do CADE permite inferir dois fenômenos. Em primeiro lugar, parece haver um cuidado para evitar qualquer reconhecimento expresso da possibilidade de imunidade antitruste no contexto da atuação de órgãos federais. Apesar disso, e esse é o segundo fenômeno a observar, se não há aplicação, ainda que tímida, de imunidade, as decisões do colegiado não deixam, em diversos casos, de emprestar conseqüências, no que diz respeito à sua própria análise, à regulação setorial, como a admitir um papel regulador no que diz respeito às preocupações concorrenciais: disso decorre o grau de abstenção mencionado” (ROCHA, Bolívar Moura e OLIVEIRA, Hermes Nereu Cardoso. Balanço da articulação entre órgãos de defesa da concorrência e agências reguladoras de infra-estrutura. In: ROCHA, Bolívar Moura (Coord.). *A regulação da infra-estrutura no Brasil*. São Paulo: IOB, 2003, p. 240).

ser excepcional e pontual, para reprimir eventual abuso do poder econômico, respeitado sempre o arcabouço regulatório setorial.

Conforme se observa nos julgados do CADE, esse tem por praxe basicamente apenas oficiar a outros órgãos ou entidades a fim de que tomem providências, no âmbito de suas competências, para conferir efetividade ao princípio da livre concorrência. Como providência relativamente direta do próprio CADE não seria de se excluir, de acordo com a sua jurisprudência, apenas a propositura de ação civil pública por sua própria Procuradoria contra a regulação anticoncorrencial, o que, todavia, fica também dependente, por óbvio, da decisão judicial a ser proferida. Do contrário, teríamos, paralelamente ao controle abstrato da constitucionalidade de leis e atos normativos pelo STF, um impensável controle abstrato, pelo CADE, da compatibilidade com a Lei 8.884 de leis e atos normativos.

Tendo centrado nossa atenção até o momento na sindicabilidade concorrencial dos atos, geralmente normativos, que estruturam setores regulados, deve doravante ser destacado que a lógica concorrencial é igualmente aplicável à atuação dos reguladores e da Administração Pública em geral como licitantes de delegações de serviços públicos. A lógica da concorrência deve ser aplicada à exploração empresarial das atividades de serviço público, desenvolvida pela iniciativa privada sob a concepção da lucratividade. Daí segue a aplicação de princípios peculiares ao âmbito não-estatal, tais como a tutela à propriedade privada, à livre iniciativa e à livre concorrência. Mesmo diante da hipótese de inviabilidade absoluta de competição, é possível a competição por comparação ou “*yardstick competition*”.²⁴ Ou seja, é viável a submissão do tratamento de todos prestadores de serviço público a padrões comparativos, através de instrumentos destinados a produzir efeitos similares aos gerados pela concorrência.²⁵

A experiência internacional menciona que as licitações para a concessão de serviços públicos às vezes acabam impondo limitações desneces-

²⁴ Cf. parecer por nós elaborado em 30 de agosto de 2004, em co-autoria com Adriano Candido Stringhini, Giovani Ribeiro Loss e Lucas Prado, para a Comissão de Estudos da Concorrência e da Regulação Econômica da OAB/SP e por ela aprovada sob a Presidência do Professor Fernando Passos.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 1998, p.11 e ss.

sárias à concorrência. Nesse sentido, a autoridade canadense²⁶ de defesa da concorrência atenta para ao menos quatro efeitos anticompetitivos frequentemente encontrados em procedimentos licitatórios: (a) inibição da concorrência entre competidores, (b) redução do acesso de potenciais entrantes ao procedimento licitatório, (c) limitação da possibilidade de novas empresas prestarem serviço ao governo, e restrição da possibilidade de empresas que não estavam prestando serviço ao governo se tornarem fornecedoras.²⁷

Assim, a regra é a aplicação do princípio da concorrência, mesmo em atividades fortemente reguladas como os serviços públicos, sendo que qualquer exceção à aplicação desse princípio deve ser pontual, de forma a se evitarem as disfunções que a sua não-aplicação pode ocasionar.²⁸

No mesmo sentido, Gesner Oliveira e João Grandino Rodas²⁹ destacam que “a definição dos critérios de preço é frequentemente estabelecida nos contratos de concessão. Mas as autoridades de defesa da concorrência podem opinar sobre este e vários outros assuntos em sua função de promoção da concorrência. Assim, a maior adequação ou não ao critério de preço-teto para um determinado segmento ou o próprio desenho de um leilão ou de um contrato de concessão são temas que merecem exame e opinião das autoridades de defesa da concorrência”.

Os princípios concorrenciais devem, então, nortear as decisões do poder concedente quanto a prazo, condições de participação dos agentes econômicos, exigências para participação e objeto de licitação, de forma a propiciar a presença do maior número possível de agentes, evitando-se ao

²⁶ Vide texto de GEORGE N. ADDY, disponível em <http://www.competition.ic.gc.ca/internet/incb-bc.nsf/en/ct01411e.html>, acesso em: 24/04/2004.

²⁷ Cf. parecer por nós elaborado em 30/08/2004, em co-autoria com Adriano Candido Stringhini, Giovanni Ribeiro Loss e Lucas Prado, para a Comissão de Estudos da Concorrência e da Regulação Econômica da OAB/SP e por ela aprovada sob a Presidência do Professor Fernando Passos.

²⁸ Lembremos que a própria Lei 8.987/95 dispõe, em seu artigo 16, que a “outorga da permissão ou concessão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5.º desta Lei”. O que fica evidenciado da norma, bem como de muitas outras constantes de legislações posteriores, como a Lei Geral de Telecomunicações, é o enunciado da livre concorrência como uma regra a ser seguida, sendo admitida a exclusividade somente como exceção.

²⁹ OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 154.

máximo a limitação à concorrência no processo licitatório e na execução dos futuros contratos.

Não há de se admitir, salvo excepcionalmente, o afastamento por completo do princípio da livre concorrência, sob a alegação de que o futuro concessionário terá obrigações de universalização do serviço. Deve-se, por meio da proporcionalidade, determinar o *quantum* de concorrência que essa estrutura prestacional admite, de maneira que, ainda que o serviço deva ser prestado em regime de exclusividade, seria imprescindível a aplicação dos princípios concorrenciais quando da formatação do certame e do contrato de concessão, adotando-se, inclusive, sempre que possível, a assimetria regulatória pró-concorrencial, deixando fora da exclusividade atividades correlatas que possam ser exploradas em concorrência sem prejudicar as obrigações especiais de serviço público.

Sobre a interface entre o direito geral da concorrência e as regulações setoriais, CARLOS ARI SUNDFELD “não exclui que em situações verdadeiramente excepcionais, o valor da concorrência possa ser sacrificado. Mas esse sacrifício deve ser pontual, limitado temporalmente e, entre as soluções propostas, a escolha deve recair sobre aquela menos gravosa para a concorrência”.³⁰

Como síntese, podemos afirmar que a competência para delinear os contornos dos setores regulados e definir as suas normas gerais, inclusive mediante editais e contratos de concessão, é do regulador setorial, não podendo o CADE subverter ou inviabilizar a pauta regulatória. Em se tratando de segmento regulado, especialmente serviço público, a atuação do CADE deve ser excepcional e pontual, para reprimir eventual abuso do poder econômico, respeitado sempre o arcabouço regulatório setorial e as opções políticas legitimamente tomadas que, eventualmente, restrinjam ou até mesmo excluam a concorrência, desde que razoável e proporcionalmente em razão de algum outro valor.

Será na franja de atividades submetidas à concorrência deixada pelo regulador setorial que, nesses setores, o CADE terá o seu âmbito de atuação por excelência. Em outras palavras, desde que atendido o princípio constitucional da proporcionalidade, *cabe à regulação setorial definir o espaço*

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Concorrência e regulação no sistema financeiro. In: *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 35.

de concorrência existente no setor (por exemplo, em quais atividades dele integrantes há liberdade de entrada no mercado, e quais delas estão sujeitas a concessão com direito de exclusividade), e será, se observada a proporcionalidade, *apenas dentro desse espaço que o direito antitruste e as autoridades encarregadas da sua aplicação atuarão.*

De qualquer maneira, ainda quando se considere que a regra setorial violou o direito da concorrência, aplicável em todas as esferas federativas, o seu *enforcement* será mais efetivo por meio de mecanismos processuais civis do que por atos administrativos do CADE, cuja própria jurisprudência tem reconhecido que nesses casos, ainda mais em se tratando de serviço público estadual ou municipal, não tem poder de anulação direta do ato considerado lesivo à concorrência, podendo apenas solicitar ao órgão regulador, ao Ministério Público, ao Judiciário ou ao próprio Poder Concedente a adoção das providências necessárias à preservação da competição. Do contrário, basta imaginarmos quão desvirtuador do princípio federativo, da hierarquia das fontes do direito, dos princípios de harmonia da organização administrativa e da independência das agências reguladoras seria se o CADE pudesse, ainda que em uma correta aplicação do direito da concorrência, suspender uma licitação, anular uma Resolução da ANATEL ou declarar a nulidade de uma lei estadual que sem razoabilidade restringisse a concorrência.

O ideal, contudo, é que a autoridade antitruste, seja em relação à regulação *stricto sensu* ou às licitações, não exerça apenas um papel repressivo, na análise de infrações já consumadas, mas também preventivo, participando da formulação das políticas para os setores regulados.



A ATRIBUIÇÃO DE VOTO DUPLO A MEMBRO DE ÓRGÃO JUDICANTE COLEGIADO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

*Luís Roberto Barroso**

SUMÁRIO: I. Devido processo legal e processos administrativos. Natureza das decisões do CADE – II. Devido processo legal e imparcialidade do julgador. Sentido mínimo e sistema de garantia da imparcialidade – III. Atribuição de dois votos a uma mesma pessoa no âmbito de órgão judicante que decide sobre restrições a direitos e liberdades: violação da imparcialidade e do núcleo do devido processo legal – IV. Invalidez do art. 8.º, II, da Lei 8.884/94 ou necessidade de interpretação conforme o dispositivo – V. Conclusões.

I. Devido processo legal e processos administrativos. Natureza das decisões do CADE

O tema envolve de forma direta o sentido da garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão que remonta à Magna Carta de 1215. Modernamente, sua consagração em texto positivo se deu por intermédio das Emendas 5.^a e 14.^a à Constituição norte-americana.¹ A cláusula do *due process of law* tornou-se uma das principais fontes da expressiva jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos dois séculos.²

* Professor titular de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela *Yale Law School*. Doutor e Livre-docente pela UERJ. Trabalho desenvolvido com a colaboração de Ana Paula de Barcellos, Professora adjunta da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Doutora e Mestre pela UERJ

¹ As dez primeiras emendas, conhecidas como *Bill of Rights*, foram aprovadas em 15/12/1791. A 5.^a emenda estabeleceu que “ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”. O preceito vinculava apenas o Governo Federal. Somente a 14.^a emenda, aprovada em 21/07/1868, já após a guerra civil, estendeu a regra aos Estados-membros, ao dispor: “Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”.

² O tema é versado em todos os tratados e livros de direito constitucional americano. Vejam-se, por todos, Corvin, *The Constitution and what it means today*, 1978; Tribe, *American constitutional law*, 1988; Nowak, Rotunda e Young, *Constitutional*

Em seu desenvolvimento histórico, a garantia do devido processo legal assumiu dupla face: a primeira, de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e uma segunda, de cunho substantivo (*substantive due process*), por intermédio da qual se procede ao exame da razoabilidade e racionalidade das normas jurídicas e dos atos do Poder Público em geral.

A Constituição de 1988, em caráter pioneiro na história do constitucionalismo no país, contemplou o *due process of law* no seu elenco de direitos e garantias individuais ao dispor que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5.º, LIV). De parte isso, antecipou o constituinte alguns dos desdobramentos da cláusula em sua vertente processual – que interessa mais diretamente a este estudo –, tais como a inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5.º, XXXV³), a obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais (art. 93, IX⁴), o contraditório e a ampla defesa (art. 5.º, LV⁵) e o juiz natural, além da vedação aos juízos ou tribunais de exceção (art. 5.º, LIII e XXXVII⁶).

A Constituição explicitou ainda que as garantias constitucionais que dão conteúdo ao devido processo legal têm aplicação não apenas nos processos judiciais, mas também nos administrativos, nos termos do art. 5.º,

law, 1986; Gunther, *Constitutional law*, 1985; Stone, Seidman, Sunstein e Tushnet, *Constitutional law*, 1986; Brest e Levinson, *Processes of constitutional decision-making*, 1983. Entre os autores nacionais, vejam-se: San Tiago Dantas, Igualdade perante a lei e “due process of law” (contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo), *Revista Forense* 116:357, 1948; José Alfredo de Oliveira Baracho, *Processo e Constituição: o devido processo legal*, s.d.; Carlos Roberto de Siqueira Castro, *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, 1989; Ada Pellegrini Grinover, *As garantias constitucionais do direito de ação*, 1973. Mais recentemente, Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 1999, p. 209 e ss.

³ CF, art. 5.º, XXXV: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁴ CF, art. 93, IX: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”.

⁵ CF, art. 5.º, LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁶ CF, art. 5.º, LIII: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; XXXVII: “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

LIV e LV, da Constituição de 1988.⁷ Além da previsão constitucional,⁸ a pertinência da garantia aos processos administrativos foi igualmente positivada em várias normas infraconstitucionais, de que é exemplo a Lei 9.784/99, que regulou o processo administrativo federal.⁹ A opção expressa do constituinte, que já decorria do sistema, é fruto da evolução histórica da cláusula do devido processo legal, traduzindo, ademais, a consagração do Estado de Direito democrático no Brasil.

Com efeito, as garantias inerentes ao devido processo legal servem de limitação ao poder e de garantia dos indivíduos perante todas as manifestações do Estado – o que inclui, como é natural, a Administração Pública.¹⁰ Mais que isso, não há dúvida de que o Estado contemporâneo tem se caracterizado pela ampliação dos espaços decisórios da Administração Pública¹¹

⁷ CF, art. 5.º, LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁸ José Frederico Marques, *A garantia do “due process of law” no direito tributário*, 1968, p. 28: “Se ninguém pode sofrer gravame em sua fazenda, seu patrimônio ou bens (como corolário da garantia do direito de propriedade) sem o devido processo legal (...) seria incivil, injusto e em antagonismo com a Constituição que a atividade administrativa ficasse com inteira liberdade de atuar, quando, em sua função externa, entra em contato com os administrados, à espera de intervenção ‘a posteriori’ da magistratura, para cortar-lhe os excessos e as arbitrariedades”. No mesmo sentido, Nelson Hungria, *Ilícito administrativo e ilícito penal*, *Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica (1945-1995)*. V. ainda Luis Felipe Valerim Pinheiro, *O devido processo legal e o processo administrativo*, *Fórum Administrativo* 20:1.323-33, 2002.

⁹ Nesse sentido, é especialmente relevante o art. 2.º, parágrafo único, VIII, da Lei 9.784/99: “Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados”.

¹⁰ Sobre o ponto, v., dentre outros: Ada Pellegrini Grinover, *Princípios processuais e princípios de Direito Administrativo no quadro das garantias constitucionais*, *Revista Forense* 387:3, 2006, p. 4-5; e Odete Medauar, *A processualidade no direito administrativo*, 1993, p. 95 e ss.

¹¹ Trata-se de fenômeno que resulta da conjugação de fatores diversos, dentre os quais se pode apontar a dinâmica veloz das relações sociais, sobretudo na seara econômica, bem como o grau de conhecimentos técnicos necessários à regulamentação de questões de crescente complexidade. Sobre o tema, v. Patrícia Baptista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 101-2; Clèmerson Merlin Clève,

(como acontece, no Brasil, *e.g.*, com as agências reguladoras, o CADE, a CVM e o BACEN) e pelo emprego generoso de conceitos indeterminados, cláusulas gerais e princípios no contexto da própria legislação que atribui tais competências à Administração.¹² A necessidade do devido processo legal nesse ambiente, como limitação ao poder estatal e garantia aos indivíduos, mostra-se cada vez mais evidente.

A rigor, não há controvérsia sobre a questão: ao particular assiste a prerrogativa de discutir, ainda no âmbito administrativo, as restrições que a Administração Pública pretenda impor a seus direitos.¹³ Como o STF já decidiu em diferentes oportunidades, a não-observância do devido processo legal pela Administração é hipótese de exercício arbitrário do poder, viola a Constituição e conduz à invalidade do ato praticado. Confira-se, exemplificativamente, o acórdão que se segue:

Medidas provisórias, 1999, p. 17-20; Alexandre Santos de Aragão, Princípio da legalidade e poder regulamentar no Estado contemporâneo, *Boletim de Direito Administrativo* 5:370, maio/2002, p. 376.

¹² Patrícia Baptista, *Transformações do direito administrativo*, 2003, p. 103: “É preciso destacar, ainda, que mesmo nas hipóteses em que existe regulação legal da atividade administrativa não é raro que se recorra aos chamados conceitos legais indeterminados, carentes de preenchimento pela Administração. Não se trata aqui de discricionariedade, porém, parece ‘irrecusável que, em termos práticos, passa ele [o agente administrativo] a gozar de uma área de decisão que torna semelhante os atos de aplicação destes conceitos aos de exercício do poder discricionário”.

¹³ Agustín A. Gordillo, La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo, *Revista de Derecho Público* 10:22, 1969, sistematiza a questão em termos gerais, afirmando que a pessoa deve ser ouvida antes de qualquer decisão que venha a afetar seus direitos ou interesses, *verbis*: “*Toda decisión que sea susceptible de afectar los derechos o intereses de una persona debe ser dictada habiendo oído previamente a la persona alcanzada por el acto. Es ésta una forma o procedimiento de llegar a la resolución, y por ello la regla no debe variar, cualquiera sea el tipo de decisión a adoptarse*”. V. também Fábio Medina Osório, O princípio constitucional de motivação dos atos administrativos e sua aplicabilidade aos casos de promoção/remoção por merecimento de agentes do Ministério Público e do Poder Judiciário, in Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *A Constituição concretizada (construindo pontes entre o público e o privado)*, 2001, p. 294: “(...) O princípio do devido processo legal está intimamente relacionado ao princípio de defesa das posições jurídicas. Não é por outra razão que os direitos à ampla defesa e contraditório têm sido normalmente trabalhados dentro da categoria do devido processo legal”.

Processo administrativo – Restrição de direitos – Observância necessária da garantia constitucional do ‘due process of law’ (CF, art. 5.º, LV). O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal – que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos – exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5.º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina.¹⁴

Antes de prosseguir, é importante fazer uma nota. É certo que o devido processo legal não tem um conteúdo unívoco predeterminado ou idêntico em qualquer caso, mesmo em âmbito judicial. A ampla defesa, e.g., apresenta possibilidades distintas conforme se trate de processo penal ou civil¹⁵ e, mesmo dentro de um único sistema processual, há procedimentos diferenciados – como, e.g., os procedimentos sumário e ordinário e o aplicável aos juizados especiais, o de execução, o cautelar e os procedimentos especiais, todos previstos no Código de Processo Civil, cada qual apresentando uma seqüência própria de fases e atos permitidos às partes.¹⁶ O mesmo se passa no âmbito dos processos administrativos.

O conteúdo específico da garantia constitucional é definido pela lei e pelos demais atos normativos, cada qual no âmbito de sua competência.

¹⁴ STF, *DJU* 20/09/2002, AgR 241201/SC, Rel. Min. Celso de Mello.

¹⁵ Paulo Roberto de Gouvêa Medina, *Direito processual constitucional*, 2003, p. 30.

¹⁶ Confirmam-se, exemplificativamente, os seguintes dispositivos do CPC: “Art. 270. Este Código regula o processo de conhecimento (Livro I), de execução (Livro II), cautelar (Livro III) e os procedimentos especiais (Livro IV). (...) Art. 272. O procedimento comum é ordinário ou sumário. Parágrafo único. O procedimento especial e o procedimento sumário regem-se pelas disposições que lhes são próprias, aplicando-se-lhes, subsidiariamente, as disposições gerais do procedimento ordinário”.

Nessa linha, o comando constitucional que assegura o devido processo legal destina-se, sob uma primeira perspectiva, ao legislador. Este tem o dever de dar-lhes conteúdo próprio no âmbito das diversas espécies processuais, podendo, naturalmente, conformar tais garantias de acordo com as finalidades e características de cada procedimento.

A atuação do legislador, porém, está sempre limitada pelo conteúdo da garantia veiculada na norma constitucional, sendo certo que se trata, na hipótese, de um direito fundamental. A lei não poderá, seja o procedimento judicial ou administrativo, afetar sentidos mínimos que decorrem de forma direta do devido processo legal. Vale dizer: a liberdade de conformação do legislador deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental em questão, sob pena de inconstitucionalidade.¹⁷ Não fosse assim – isto é, se a lei pudesse tudo nesse particular – a proteção constitucional restaria inteiramente esvaziada.

Pois bem. Não há dúvida de que as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE são resultado de um processo administrativo e impõem restrições a direitos e liberdades de indivíduos e empresas, de modo que, por natural, está a autarquia obrigada a respeitar as garantias inerentes ao devido processo legal. A conclusão é realmente singela. Nada obstante, há elementos adicionais, relativos à natureza do CADE e de suas decisões, que devem ser registrados.

Como se sabe, o CADE é a entidade responsável, em única instância, pela prevenção e repressão do abuso de poder econômico, de modo a preservar condições de livre concorrência no país. No exercício das competências

¹⁷ Nesse sentido, v. Daniel André Fernandes, *Os princípios da razoabilidade e da ampla defesa*, 2003, p. 29 e ss.; e Eduardo Cambi e Gustavo Salomão Cambi, *Processo administrativo (disciplinar) e princípio da ampla defesa na Constituição Federal de 1988*, p. 67: “Desse modo, o legislador não é livre na configuração da disciplina legal do processo administrativo, não obstante a sua discricionariedade seja conservada em relação às áreas não cobertas pelas garantias constitucionais. Por isso, o legislador deve, ao se preocupar com a instituição de formas de resolução de conflitos, com a realização das garantias constitucionais processuais. No entanto, não se pode esquecer que a Constituição não pretende esgotar o tratamento do processo administrativo, mas prever apenas as condições mínimas a que o legislador infraconstitucional está necessariamente vinculado. Assim, não basta dizer que o processo administrativo é apenas aquilo que a lei prevê, já que, se a lei não contém o que deveria conter, por imposição constitucional, deve ser declarada inconstitucional, por intermédio dos mecanismos de fiscalização da constitucionalidade das leis”.

que lhe foram atribuídas pela Lei 8.884/94, o CADE decide disputas entre agentes econômicos e pode impor penas e restrições da maior gravidade. Basta lembrar que as multas aplicáveis por infrações podem chegar, e.g., a 30% do faturamento bruto da empresa (art. 23, I¹⁸) e, no que diz respeito aos atos de concentração, o CADE pode determinar, na linha do que dispõe o art. 54, § 9.º, da Lei 8.884/94: “As providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros”.

Com efeito, e curiosamente, o art. 3.º da Lei 8.884/94 afirma que o CADE é “órgão judicante com jurisdição em todo território nacional”. O termo empregado pela lei não é preciso, como é fácil perceber. A autarquia não integra o Poder Judiciário e, portanto, não presta jurisdição; as decisões do CADE têm natureza administrativa e, conseqüentemente, podem ser revistas por juízes e tribunais.¹⁹ Nada obstante, a aproximação entre funções desempenhadas pela autarquia e a atividade jurisdicional é evidente, a ponto de parte da doutrina descrever a atividade do CADE como quase-jurisdicional.²⁰ E isso não apenas pelo fato de a lei definir o CADE como órgão

¹⁸ Lei 8.884/94, art. 23: “A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: I – no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável”.

¹⁹ Sobre o controle judicial dos atos administrativos, em geral, v. M. Seabra Fagundes, *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1984; Luís Roberto Barroso, Apontamentos sobre as agências reguladoras, in Alexandre de Moraes, *Agências reguladoras*, 2002, p. 126-7. Especificamente sobre o controle do Judiciário sobre as decisões do CADE, v. José Inácio Gonzaga Franceschini, *A lei antitruste brasileira e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE: alguns aspectos*. *Revista de Informação Legislativa* 22:328-9, 1985; Fábio Ulhoa Coelho, *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*, 1995, p. 12; Amanda Flávio de Oliveira, *O direito da concorrência e o Poder Judiciário*, 2002, p. 54-6.

²⁰ Nesse sentido, v. Fábio Ulhoa Coelho, *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8.884/94*, 1995, p. 12: “A lei se refere, por outro lado, ao Conselho como ‘órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional’. Bem entendida, trata-se da chamada jurisdição administrativa e não da judicial, visto que o CADE não integra o Poder Judiciário, mas o Executivo, vinculado ao Ministério da Justiça. É, segundo parte da doutrina, uma entidade com o caráter de órgão administrativo de

judicante, mas sobretudo por lhe caber decidir, a rigor, lides que envolvem restrições da maior gravidade a direitos e liberdades. A Lei 8.884/94 impõe, inclusive, vedações aos Conselheiros²¹ na linha daquelas aplicáveis aos magistrados²² e procura regular o processo administrativo de forma bastante similar ao que se passa com os processos judiciais.

função quase-judicial, categoria de que seriam exemplos, além do próprio CADE, também o Tribunal Marítimo, os Conselhos de Contribuintes e outros (...). Aos chamados órgãos administrativos quase-judiciais correspondem, contudo, apenas maiores formalidades na preparação e edição dos respectivos atos. Tais formalidades são muito semelhantes às praticadas no Judiciário”; e João Bosco Leopoldino da Fonseca, *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*, 2001, p. 93-4: “A lei nova, ao qualificar o CADE, o diz órgão judicante, o que significa que lhe estão sendo atribuídas competências específicas. Resta indagar se a lei poderia outorgar esse poder. A Constituição Federal, no artigo 92, enumera os órgãos do Poder Judiciário, que, esses sim, pela tradição brasileira, têm função judicante. O fato de se conferir ao CADE função judicante é, sem dúvida, uma abertura para a criação de órgãos capazes de exercer a mesma função peculiar ao poder judiciário, mas com maior proficuidade em razão da especialização na matéria (...)” (negritos no original).

²¹ Lei 8.884/94, art. 6.º: “Ao Presidente e aos Conselheiros é vedado: I – receber, a qualquer título, e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas; II – exercer profissão liberal; III – participar, na forma de controlador, diretor, administrador, gerente, preposto ou mandatário, de sociedade civil, comercial ou empresas de qualquer espécie; IV – emitir parecer sobre matéria de sua especialização, ainda que em tese, ou funcionar como consultor de qualquer tipo de empresa; V – manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos, em obras técnicas ou no exercício do magistério; VI – exercer atividade político-partidária”.

²² Parte da doutrina sustenta inclusive a aplicação aos Conselheiros de regras próprias ao processo civil, embora não expressamente previstas pela Lei 8.884/94. Nelson Nery Junior, Impedimento e suspeição de Conselheiro do CADE no processo administrativo concorrential, *Revista de Processo* 100:221, 2000: “Estas regras do Código de Processo Civil sobre a suspeição e impedimento do juiz são mais abrangentes e podem completar o sistema da LPA [Lei de Processos Administrativos], que é mais restrito. As causas de parcialidade do juiz no processo civil (CPC, 134 a 136), não são incompatíveis com as previstas para o servidor ou julgador administrativo (LPA, 18 a 21). Há, apenas, redefinição de motivos causadores da parcialidade do julgador, quer dizer, v.g. motivos que no Código de Processo Civil são de suspeição e que na LPA são de impedimento (...) No caso sob exame incide o entendimento exteriorizado no Ato de Concentração 26/95 do CADE: existe a lacuna no sistema processual da concorrência, de sorte que o Código de Processo Civil se aplica

Essa natureza quase-jurisdicional das funções e decisões próprias ao CADE é reforçada por outra circunstância, que não deve ser subestimada. É certo que, em tese, o Poder Judiciário poderá rever as decisões proferidas pelo Conselho. Entretanto, essa revisão judicial dificilmente abrangerá todo o mérito da questão concorrencial decidida pela autarquia. Ou seja: a decisão do CADE sobre o ponto, no mais das vezes, será não apenas única e última na esfera administrativa, como também final. O ponto não é complexo.

A rigor, a aplicação da teoria geral na matéria, que admite a ampla revisão judicial dos atos administrativos, destacando, porém, a necessidade de preservar seu “mérito”,²³ impediria ou ao menos dificultaria a reapreciação, pelo Judiciário, das questões concorrenciais propriamente ditas. Ademais, parte da doutrina sustenta que o Judiciário deve realmente ser deferente para com o entendimento de mérito firmado pela Administração Pública em tais hipóteses.²⁴ Por fim, não se pode ignorar a complexidade técnica envolvida

subsidiariamente, fornecendo elementos para a determinação do impedimento e da suspeição de Conselheiro do CADE”.

²³ Hely Lopes Meirelles, *Direito administrativo brasileiro*, 2006, p. 706: “No nosso sistema de *jurisdição judicial única*, consagrado pelo preceito constitucional de que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo (art. 5.º, XXXV), a Justiça ordinária tem a faculdade de julgar todo ato de administração praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes de Estado. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a *legalidade*, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o *mérito administrativo*”; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito administrativo*, 2002, p. 616: “Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (oportunidade e conveniência)” (negrito acrescentado).

²⁴ Nesse sentido, v. Luís Roberto Barroso, Apontamentos sobre as agências reguladoras, in Alexandre de Moraes, *Agências reguladoras*, 2002, p. 127: “É bem ver que, em matéria de agências, é decisivo que o Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma agência reguladora quando evidentemente ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência. Fora dessas hipóteses, o Judiciário deve ser conservador em relação às decisões das agências, especialmente em relação às escolhas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo”. Na jurisprudência, v. STJ, *DJU* 14/06/2006, REsp 572070/PR, Rel. Min. João Otávio de Noronha: “A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto

em decisões que precisam definir – antes da incidência das normas jurídicas relevantes – uma série de fenômenos econômicos como, e.g., mercado relevante, poder econômico em um dado mercado, efeito anticoncorrencial etc.

Salvo em hipóteses nas quais haja evidente descompasso lógico entre as realidades econômicas apuradas pelo CADE e a conclusão jurídica por ele implementada, é improvável que o Judiciário ingresse na revisão do mérito das decisões da autarquia. Até porque, para formar juízo diverso, o magistrado dependeria de perícias técnicas que, em última análise, substituiriam a avaliação técnica feita pelo CADE.²⁵ Isto é: a não ser diante de situações extremas, a avaliação do CADE sobre o mérito da questão concorrencial frequentemente restará única e final.

A conclusão a que se chega neste ponto é bastante simples. Se é certo que a garantia do devido processo legal é aplicável a todos os processos administrativos, na hipótese de processos administrativos quase-jurisdicionais, que impõem restrições graves a direitos e liberdades – como se passa no âmbito do CADE –, essa exigência assume especial relevância e gravidade. Feito esse esclarecimento inicial, que serve para conduzir o intérprete no exame da matéria, cabe agora investigar o conteúdo básico do devido processo legal para aferir se o art. 8.º, II, da Lei 8.884/94 é com ele compatível.

II. Devido processo legal e imparcialidade do julgador. Sentido mínimo e sistema de garantia da imparcialidade

Para os fins visados no presente estudo, interessa tratar de um dos sub-princípios da cláusula do devido processo legal em sua versão processual:²⁶

da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo. (...) Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das ‘áreas locais’ estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir”.

²⁵ V. Sérgio Guerra, *Controle judicial dos atos regulatórios*, 2005, p. 357-8: “De igual modo, o fato incontroverso de que há conceitos jurídicos indeterminados nas leis de criação e outorga de funções às Agências Reguladoras poderá, ao nosso sentir, dar margem a mais de um resultado tecnicamente justo, impedindo que o mérito desses atos seja revisto positivamente pelo Poder Judiciário. Nesse contexto, transferir a função de interpretação desses conceitos fluidos para o Poder Judiciário representa transpor a discricionariedade regulatória técnica da Agência Reguladora para os peritos indicados pelos próprios magistrados, muitas das vezes sem uma comprovada capacidade técnica para apreciação dos temas em conflito”.

²⁶ Embora não tenha um sentido unívoco predefinido, o devido processo legal abriga um conjunto de conteúdos e significados, acolhidos progressivamente pela doutrina

a imparcialidade do julgador.²⁷ Com efeito, ao lado da ampla defesa, a imparcialidade daquele que vai decidir é elemento essencial para a garantia do devido processo legal.²⁸ Não é à toa que diversos tratados internacionais

e pela jurisprudência. Em termos sintéticos, pode-se resumir o devido processo legal em três subprincípios: o do juiz natural – técnica que procura assegurar a imparcialidade do julgador –, o do contraditório e o do procedimento regular, “entendendo-se como tal aquele em que há observância das normas e da sistemática previamente estabelecida como garantia das partes no processo” (cf. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *O processo civil na nova Constituição*, 1988, p. 10-1). Sobre o teor da cláusula, v., ainda, José Celso de Mello Filho, A tutela judicial da liberdade, *Revista dos Tribunais* 526:298-9, 1979; e Pinto Ferreira, *Comentários à Constituição Brasileira*, v. 1, 1989, p. 175-6; Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, t. 1, 2002, p. 177: “O terceiro ponto é que *todos os direitos fundamentais* estão protegidos pela cláusula [do devido processo legal]. (...) Ter direito ao processo, na óptica contemporânea, é ter direito a um processo *justo e equo*, conduzido pelo juiz natural, com imparcialidade, mediante paridade em armas e ampla participação de todos os sujeitos (...)”. Na mesma linha, v. STF, *DJU* 18/02/2005, Ext 897/TC, Rel. Min. Celso de Mello: “O Supremo Tribunal Federal não deve autorizar a extradição, se se demonstrar que o ordenamento jurídico do Estado estrangeiro que a requer não se revela capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, os direitos básicos que resultam do postulado do ‘due process of law’ (...), notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante”.

²⁷ Não se confunda aqui imparcialidade com a exigência de neutralidade, a rigor impossível, ou com indiferença para com os fins considerados valiosos pela Constituição e pelo Direito em geral. Veja-se, sobre o ponto, Luís Roberto Barroso, Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo), in *A nova interpretação constitucional*, 2003, p. 8.

²⁸ Nelson Nery Junior, Imparcialidade e juiz natural: Opinião doutrinária emitida pelo juiz e engajamento político do magistrado, *Revista da AJURIS* 100:307, 2005: “A imparcialidade é requisito absolutamente indispensável para a higidez do julgamento nos processos judicial e administrativo (...). A imparcialidade não é apenas um atributo *legal*, exigido pelo legislador infraconstitucional, pois, como dissemos acima, é elemento de integração da garantia *constitucional* do juiz e do julgador administrativo natural. Daí ser gravíssimo e ofensivo à Constituição Federal o fato de haver julgamento realizado por juiz parcial”. No mesmo sentido, v. STF, *DJU* 30/06/2006, RE 464963/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes: “O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trail*, no sentido de garantir a participação equânime,

de direitos humanos, ao lado das previsões sobre outras garantias inerentes ao devido processo legal, mencionam expressamente o direito do indivíduo a ter sua causa examinada por tribunais *imparciais*.²⁹ Realmente, pouco adiantaria assegurar ao interessado o direito de apresentar razões, produzir provas e contraditar os fatos narrados pela parte adversa se o destinatário de todo esse material – o julgador – já estivesse intimamente predisposto a decidir em um sentido determinado.³⁰

justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais. A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos. Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos, públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente como essenciais à Justiça. Contrárias à máxima do *fair trial* – como corolário do devido processo legal, e que encontra expressão positiva, por exemplo, no art. 14 e seguintes do Código de Processo Civil – são todas as condutas suspicazes praticadas por pessoas às quais a lei proíbe a participação no processo em razão de suspeição, impedimento ou incompatibilidade”.

²⁹ V. Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), art. 10: “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e *imparcial*, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele” (negrito acrescentado); Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (ONU, 1966; Decreto Legislativo n. 226/91; Decreto n. 592/92), art. 14, 1: “(...) Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e *imparcial*, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil”; Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José (OEA, 1969; Decreto Legislativo n. 27/92; Decreto n. 678/92), art. 8.º, 1: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e *imparcial*, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

³⁰ José Carlos Barbosa Moreira, Reflexões sobre a imparcialidade do juiz, *Doutrina ADCOAS* 7:254, jul./1998: “Ninguém põe em dúvida que a imparcialidade é condição

A imparcialidade do julgador – na esfera administrativa ou jurisdicional – é também um corolário direto da igualdade perante a lei.³¹ Os particulares estão obrigados a recorrer ao Estado, ou a mecanismos por ele reconhecidos, para solucionar em caráter definitivo suas disputas e poder valer-se, se necessário, da coerção e da violência manipuladas pelo aparato estatal. Em contrapartida, recebem a garantia de que serão alvo de um tratamento imparcial quando seus casos estiverem sendo julgados pelos agentes estatais.³² Mesmo no caso de processos administrativos clássicos, que opõem administrados e a Administração, os agentes públicos responsáveis pelas decisões, ainda que ligados do ponto de vista laboral ao Estado, continuam obrigados a atuar imparcialmente.³³

sine qua non do legítimo exercício da função jurisdicional. Na doutrina, há até quem nela aponte ‘requisito essencial da jurisdicionalidade’”.

- ³¹ Mártin Perius Haeberlin, O juiz e a outra história: Uma abordagem do princípio da imparcialidade a partir dos problemas da subsunção, *Revista da AJURIS* 104:173, 2006: “A imparcialidade é, sem dúvida, derivação da igualdade (...). A imparcialidade judiciária, assim, quando satisfeita, traduz-se normalmente como a própria satisfação da idéia de a lei, formal, valendo a todos de maneira indistinta”; José Carlos Barbosa Moreira, Reflexões sobre a imparcialidade do juiz, *Doutrina ADCOAS* 7:258-9, jul./1998: “Dizer que o juiz deve ser imparcial é dizer que ele deve conduzir o processo sem inclinar a balança, ao longo itinerário, para qualquer das partes, concedendo a uma delas, por exemplo, oportunidades mais amplas de expor e sustentar suas razões e de apresentar as provas que disponha. Tal dever está insito no de ‘assegurar às partes igualdade de tratamento’, para reproduzir os dizeres do art. 125, n. I, do Código de Processo Civil”.
- ³² Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 2002, p. 52: “A imparcialidade do juiz é uma garantia de justiça para as partes. Por isso, elas têm o direito de exigir um juiz imparcial: e o Estado, que reservou para si o exercício da função jurisdicional, tem o correspondente dever de agir com imparcialidade na solução das causas que lhe são submetidas”.
- ³³ Nesse sentido é a doutrina administrativista mais recente. V., exemplificativamente, Ana Teresa Ribeiro da Silveira, *A reformatio in pejus* e o processo administrativo, *Interesse Público* 30:69-71, 2005: “O fato de a Administração ser, em alguns casos, parte e juiz, não impede a aplicação do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Tais princípios impõem, ao processo administrativo, a busca do maior equilíbrio possível entre administrado e Administração, como partes de uma mesma relação jurídico-administrativa, de uma mesma controvérsia a ser solucionada. A Administração, como juiz, deve buscar a neutralidade, pois, como já dissemos, num Estado Democrático de Direito, a Administração não deve dar espaço a personalismos ou arbitrariedades. E o processo é o instrumento para restringir tais práticas”.

Pois bem. Nada obstante a relevância da imparcialidade do julgador para que a própria garantia do devido processo legal faça sentido, a verdade é que o Direito é incapaz de assegurá-la de fato. Esse é um aspecto interessante da questão e por vezes pouco observado. O instrumental jurídico não tem condições de ingressar na consciência e motivação humanas de modo a verificar ou produzir um juízo isento no íntimo da pessoa ou das pessoas que decidirão uma determinada controvérsia. Inviável essa espécie de controle, o direito se ocupou de criar um sistema de garantias basicamente formais, cujo objetivo é minimizar o risco de parcialidades.³⁴ Já que é impossível aferir a realidade ou não da isenção e imparcialidade dos julgadores, o que resta aferir é o respeito a essas garantias formais: respeitada cada uma delas, haverá, presume-se, um julgamento imparcial; violadas, porém, caracterizar-se-á a parcialidade e a violação ao devido processo legal.

Do conjunto de regras que compõem esse sistema de garantia da imparcialidade é conveniente destacar algumas, pela sua importância. Em primeiro lugar, sem dúvida, a garantia do juiz natural,³⁵ por força da qual se exige que a definição do julgador competente em cada caso decorra de normas gerais, abstratas e prévias à disputa a ser por ele decidida.³⁶ Por esse mecanismo,

³⁴ Reis Friede, *Vícios de capacidade subjetiva do julgador: Do impedimento e da suspeição do magistrado (no processo civil, penal e trabalhista)*, 2001, p. 45: “Ainda que reconhecida a *capacidade subjetiva* do julgador como o seu mais considerável atributo, a mesma – na condição de lastro último do mais importante princípio que instrui o processo (e o direito processual, de modo geral) – se constitui, inegavelmente, em um elemento subjetivo complexo, no mínimo, de difícil aferição. (...) Todavia – não obstante todo o sistema de acautelamento constitucionalmente assegurado em nosso ordenamento jurídico maior –, existe uma série de fatores – atinentes a cada juiz como pessoa física, política e ideologicamente consciente – que não pode ser prevista (e disciplinada) de forma objetiva e completa pela lei no seu sentido mais amplo. A legislação processual em vigor – mesmo sem a possibilidade efetiva de antecipar de modo absoluto todas as hipóteses onde fosse possível ocorrer o vício de imparcialidade do julgador – procura atentar, de todas as formas, a este desiderato, elencando, por seu turno, de maneira clara, alguns dos elementos básicos de frustração da necessária isenção do magistrado”.

³⁵ CF, art. 5.º, LIII: “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”; XXXVII: “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

³⁶ Nelson Nery Junior, *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 2002, p. 66-7: “A garantia do juiz natural é tridimensional. Significa que 1) não haverá juízo ou tribunal *ad hoc*, isto é, tribunal de exceção; 2) todos têm o direito de submeter-se a julgamento (civil ou penal) por juiz competente, pré-constituído na

como se sabe, se busca impedir eventuais direcionamentos ou manipulações das partes, ou de terceiros, no que diz respeito a quem será o órgão julgador.³⁷ É preciso reconhecer que o respeito às regras que definem quem será o juiz natural em cada caso não asseguram, necessariamente, a isenção do julgador. Por isso mesmo o sistema jurídico prevê um mecanismo adicional: as exceções de impedimento e suspeição, que visam a eliminar possíveis parcialidades que as partes foram capazes de perceber e demonstrar.³⁸

Em segundo lugar, a possibilidade de revisão da decisão por um órgão diverso daquele que a proferiu, amplamente admitida pela Constituição e pelas leis é também uma forma de minimizar o risco de parcialidades, garantindo uma segunda apreciação do caso.³⁹ Não se ignora a controvérsia

forma da lei; 3) o juiz competente tem de ser imparcial”. V. também Alexandre de Moraes, *Constituição do Brasil interpretada*, 2002, p. 304, para quem decorre da garantia do juiz natural “a necessidade de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a imparcialidade do órgão julgador”.

³⁷ V. STJ, *DJU* 26/08/2002, HC 20927/SE, Rel. Min. Gilson Dipp: “O Princípio do Juiz Natural objetiva banir os chamados tribunais de exceção, pretendendo impedir que o Estado direcione o julgamento, afetando a imparcialidade da decisão”; STJ, *DJU* 10/09/2001, HC 12403/SE, Rel. Min. Felix Fischer: “I – Segundo o Princípio do Juiz Natural, não pode um tribunal ou um juízo ser criado ou designado para o julgamento de um caso concreto (art. 5.º, incisos XXXVII e LIII da *Lex Fundamental*). II – A inobservância do critério normativo de distribuição aleatória ofende o princípio do juiz natural, tornando nulo todos os atos praticados após a designação do juízo”. V. também STF, *DJU* 17/05/1996, AI-AgR 177313/MG, Rel. Min. Celso de Mello: “O postulado do juiz natural, por encerrar uma expressiva garantia de ordem constitucional, limita, de modo subordinante, os poderes do Estado – que fica, assim, impossibilitado de instituir juízos *ad hoc* ou de criar tribunais de exceção –, ao mesmo tempo em que assegura, ao acusado, o direito ao processo perante autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, vedados, em consequência, os juízos *ex post facto*”.

³⁸ CPC, art. 304: “É lícito a qualquer das partes argüir, por meio de exceção, a incompetência (art. 112), o impedimento (art. 134) ou a suspeição (art. 135)”.

³⁹ Não só de parcialidades, mas também de erros. V. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 2006, p. 237: “É dado da experiência comum que uma segunda reflexão acerca de qualquer problema frequentemente conduz a mais exata conclusão, já pela luz que projeta sobre ângulos até então ignorados, já pela oportunidade que abre para a reavaliação de argumentos a que no primeiro momento talvez não se tenha atribuído o justo peso”.

sobre a existência⁴⁰ ou não⁴¹ de um “direito constitucional ao duplo grau de jurisdição”, em qualquer caso ou procedimento. Seja como for, além de um meio inerente à defesa, não há como negar sua contribuição para assegurar a imparcialidade do julgamento.

Em terceiro lugar, o sistema também não admite que uma mesma pessoa participe mais de uma vez, ainda que em funções públicas distintas, do processo decisório de um mesmo caso. Assim, como é corrente, o juiz não pode participar, já como desembargador, da revisão de seu próprio julgado.⁴²

⁴⁰ Em favor da existência de um direito constitucional ao duplo grau de jurisdição v., exemplificativamente, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, *Processo administrativo*, 2007, p. 221-2: “Não temos dúvida em afirmar que deflui cristalinamente dos incisos LIV e LV do art. 5.º da Constituição da República que o duplo grau constitui princípio constitucional e garantia fundamental tanto para o processo jurisdicional quanto para o administrativo. Note-se bem: não estamos a falar em ‘duplo grau obrigatório’, expressão que traduz uma condição de validade, eficácia e eficiência da sentença jurisdicional proferida contra a Fazenda Pública (...). Mas o duplo grau entendido como a dualidade de instâncias, com a garantia, conferida ao interessado, de promover o reexame recursal, está posto, com letras candentes, nos pré-falados incisos LIV e LV do art. 5.º da Lei Maior”.

⁴¹ Sustentando a inexistência do direito ao duplo grau de jurisdição, confira-se Paulo Roberto de Gouvêa Medina, *Direito processual constitucional*, 2003, p. 31: “Segundo o texto constitucional, a ‘ampla defesa’ deve ser observada, ‘com os meios e recursos a ela inerentes’ (art. 5.º, LV). O termo *recurso* está, aí, empregado na sua acepção comum, a significar os instrumentos ou faculdades com que deve contar o litigante para a defesa. Não implica, assim, a indispensabilidade do duplo grau de jurisdição, embora não falte quem vislumbre essa garantia no preceito constitucional referido. A possibilidade de recorrer de uma decisão desfavorável deve existir para que o processo se estruture consoante o ideal do *due process of law*. Não é essencial, contudo, mesmo sob essa ótica, que o recurso cabível seja para um órgão hierarquicamente superior, bastando que a impugnação feita tenha o caráter de um pedido de reexame da decisão proferida, ainda que endereçada ao próprio julgador ou, como sucede no Juizado Especial, para uma turma de três juízes do mesmo nível do magistrado que o preside”.

⁴² CPC, art. 134: “É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: (...) III – que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão”. Trata-se de aplicação do princípio do juiz natural. Nesse sentido, v. STF, *DJU* 25/08/2006, HC 85056/MG, Rel. Min. Carlos Britto: “Muito embora o inciso III do art. 252 do Código de Processo Penal não se aplique às Turmas Recursais integrantes dos Juizados Especiais (ante a inexistência de dualidade de instâncias), é de se ter como inconstitucional, por ofensiva ao inciso LIII do art. 5.º da Constituição Federal, norma regimental que habilita o magistrado

Também o membro do Ministério Público não pode participar como juiz de caso no qual já tenha proferido parecer ou opinião.⁴³ A lógica aqui é bastante semelhante. Uma vez que é impossível controlar as convicções íntimas das pessoas, o melhor que se pode fazer é minimizar o risco de parcialidade. Admitir que uma mesma pessoa influencie duplamente a decisão de um caso multiplica esse risco, em vez de reduzi-lo, ainda mais considerando a probabilidade de, já havendo se manifestado sobre o tema, tais indivíduos terem especial dificuldade de formular um juízo imparcial.⁴⁴

Em quarto lugar, também a previsão de órgãos julgadores colegiados desempenha papel semelhante na garantia da imparcialidade. Por meio dos colegiados reduz-se o impacto de eventuais idiosincrasias pessoais e fomenta-se o controle recíproco, sobretudo argumentativo, entre seus membros.⁴⁵ Adicionalmente, a ordem jurídica constitucional ou infraconstitucio-

prolator do ato impugnado a participar, já no âmbito das Turmas Recursais, da revisão do mesmo *decisum* que proferiu. Revela-se obstativa da automática aplicação da garantia fundamental do juiz natural a autorização de que, entre os três integrantes de Turma Recursal, figure o próprio autor do provimento questionado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 3.º do art. 6.º do Regimento Interno das Turmas Recursais do Estado de Minas Gerais (redação dada pela Instrução n. 1, de 14 de agosto de 2002). Ordem concedida para que novo julgamento seja proferido, desta feita sem a participação da autoridade tida como coatora”.

⁴³ CPC, art. 134: “É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário: (...) II – em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha”. V. tb. STJ, *DJU* 11/04/2005, REsp 529771/PR, Rel.^a Min.^a Denise Arruda. Na hipótese, entendeu-se que a simples presença do membro do Ministério Público em sessão de julgamento é suficiente para torná-lo impedido de apreciar a causa, posteriormente, como desembargador.

⁴⁴ Nesse sentido, veja-se a advertência do Min. Luiz Fux, manifestada quando de seu voto em STJ, *DJU* 11/04/2005, REsp 529771/PR, Rel. Min. Denise Arruda: “O art. 134, inciso II, é hermético ao interditar ao juiz e ao Ministério Público a possibilidade de atuar nos processos em que já atuaram anteriormente pela simples razão de que o Ministério Público, como juiz, evidentemente, tentará fazer prevalecer a opinião que externara na qualidade em caso de *custos legis*”.

⁴⁵ V. José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 5, 2006, p. 237: “Acrescente-se a isso a circunstância de que, em regra, o julgamento do recurso compete a juízes mais experientes, em regime colegiado, diminuindo a possibilidade de passarem despercebidos aspectos relevantes para a correta apreciação da espécie”. Esses aspectos, é claro, não se restringem às questões de fundo, mas envolvem também as de procedimento, entre as quais se incluem as relativas à

nal exige ainda, em determinadas hipóteses, a manifestação do colegiado por uma maioria qualificada, subordinando a decisão à formação de um consenso mais abrangente dentre os membros.⁴⁶ E em quinto lugar, por fim, também a publicidade dos julgamentos e a necessidade de fundamentação das decisões contribuem para reduzir eventuais parcialidades.⁴⁷ Embora tais garantias visem sobretudo a permitir o controle das decisões tomadas pelo Poder Público, é fato que elas reprimem as manifestações mais grosseiras de parcialidade que, no mínimo, terão de ser dissimuladas pelo julgador.⁴⁸

imparcialidade dos julgadores. Na mesma linha, v. Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*, 2007, p. 81; e Arruda Alvim, Anotações sobre a teoria geral dos recursos, in Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Jr, *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*, 1999, p. 93: “Ademais, no Tribunal, os recursos são julgados por órgãos colegiados, circunstância significativa, *per se*, de que a convergência de opiniões, num mesmo sentido (...) admite se concluir que o grau de perfeição do que tenha sido decidido aumenta sobremaneira”.

⁴⁶ Trata-se da mesma lógica que permeia o instituto das leis complementares. Sobre o tema, v. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Do processo legislativo*, 1984, p. 260: “A lei complementar só pode ser aprovada por maioria qualificada, a maioria absoluta, para que não seja, nunca, o fruto de u’ a minoria ocasionalmente em condições de fazer prevalecer sua voz. Essa maioria é assim um sinal certo da maior ponderação que o constituinte quis ver associada ao seu estabelecimento”; Michel Temer, *Elementos de direito constitucional*, 1990, p. 150: “Já entretanto, o art. 69 exige a ‘maioria absoluta’. (...) Isto significa que a aprovação de lei complementar demanda manifestação de vontade mais qualificada do que a manifestação de vontade que se exige para aprovação de uma lei ordinária (...). E por que o constituinte estabeleceu esta distinção? É porque, na verdade, valorizou estas matérias. Deu-lhes maior relevo. Sendo essas matérias relevantíssimas (...) estabeleceu uma fórmula que exige uma aprovação especial, manifestação mais significativa”.

⁴⁷ CF, art. 5.º, LX: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”; art. 93, IX: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁴⁸ STF, *DJU* 15/03/1991, HC 68202/DF, Rel. Min. Celso de Mello: “É inquestionável que a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mais do que expressiva imposição consagrada e positivada pela nova ordem constitucional (art. 93, IX), reflete uma poderosa garantia contra eventuais excessos do Estado-Juiz, pois, ao torná-la elemento imprescindível e essencial dos atos sentenciados, quis o ordenamento

Retome-se uma questão importante, antes de concluir. O juiz “x”, para o qual foi distribuída demanda em violação ao juiz natural, poderia, eventualmente, processá-la e julgá-la com inteira imparcialidade. Igualmente, o membro do Ministério Público “y”, que oficiou em um caso, poderia ser capaz de abstrair de sua opinião anterior para apreciar isentadamente os elementos dos autos, agora como magistrado. Essas considerações, porém, não são relevantes para o sistema de garantias da imparcialidade. Na medida em que é impossível investigar a isenção de ânimo do juiz “x” ou do ex-membro do Ministério Público “y”, a garantia de imparcialidade dos julgadores dependerá basicamente do respeito às regras referidas acima, que deverão de ser observadas, independentemente de considerações subjetivas.⁴⁹

Em suma: sendo impossível controlar juridicamente a efetiva imparcialidade dos julgadores, o Direito – e o Direito Constitucional em particular – ocupa-se com especial cuidado de exigir o respeito a um sistema de garantias formais, na medida em que esse é, a rigor, o único meio disponível de minimizar o risco de parcialidade nos julgamentos. Isto é: o conteúdo jurídico essencial do direito à imparcialidade dos julgamentos é composto pelo respeito ao conjunto das regras referidas acima, sem as quais, afinal, não haverá praticamente nada que o Direito possa fazer para garantir aos indivíduos um tratamento imparcial nos julgamentos levados a cabo pelos órgãos estatais.

III. Atribuição de dois votos a uma mesma pessoa no âmbito de órgão julgante que decide sobre restrições a direitos e liberdades: violação da imparcialidade e do núcleo do devido processo legal

No tópico anterior procurou-se descrever o conteúdo jurídico do direito à imparcialidade, desdobramento necessário da garantia do devido processo legal. Um dos elementos identificados ali foi a impossibilidade de uma mesma pessoa influenciar mais de uma vez a solução de uma de-

jurídico erigi-la como fator de limitação dos poderes deferidos aos magistrados e Tribunais”.

⁴⁹ TRF – 4.^a Região, DJU 05/02/1997, IMP 96.04.51481-4, Rel.^a Des.^a Fed. Tânia Terezinha Cardoso Escobar: “1. As causas de impedimento arroladas nos incisos do ART-134 do CPC-73, em *numerus clausus*, decorrem de circunstâncias objetivas, não comprometendo a necessária imparcialidade no exercício da jurisdição a convicção pessoal do juiz sobre o objeto da causa”.

terminada disputa, ainda que desempenhando funções públicas distintas. Registrou-se também que a existência de órgãos judicantes colegiados contribui para minimizar o risco de parcialidades, na medida em que eventuais desvios pessoais são diluídos. É certo que a colegialidade não é uma garantia constitucional geral, e a própria Constituição prevê órgãos jurisdicionais monocráticos. Interessantemente, porém, de suas decisões sempre caberá algum tipo de recurso para órgãos revisores colegiados; as decisões que não desafiam recursos, como as do STF no âmbito de suas competências originárias, já são proferidas por órgãos colegiados, sujeitando-se ao controle interno próprio dessas estruturas.

Pois bem. Resta saber se a atribuição de dois votos a uma mesma pessoa, no âmbito de um órgão julgador administrativo, como é o CADE, viola ou não a imparcialidade e, portanto, o devido processo legal. A resposta é intuitivamente positiva por duas razões principais, ambas já discutidas, mas que cabe agora sistematizar.

No momento em que se admite que uma mesma pessoa vote duas vezes em um julgamento, estar-se-á admitindo, por óbvio, que um mesmo indivíduo influencie duplamente a decisão do caso. A repercussão negativa sobre a garantia de imparcialidade é clara. E se o julgador em questão, por qualquer motivo, não for imparcial na apreciação do feito? É impossível conhecer e controlar a motivação íntima das pessoas, como já referido; o certo é que a participação dupla terá multiplicado o risco de parcialidades, em vez de minimizá-lo. Já se examinou a questão acima e não há necessidade de retornar a ela. Há mais que isso, no entanto.

No exemplo referido – de participação de Desembargador em processo no qual oficiou anteriormente como membro do Ministério Público, caso a hipótese fosse possível –, o que se imagina como provável é que o indivíduo manteria a opinião anterior. É compreensível, do ponto de vista humano, que um indivíduo tenda a reproduzir o mesmo entendimento já esposado e tenha dificuldade, nesse contexto, de ser imparcial.⁵⁰ Isso não significa que

⁵⁰ V. também STJ, *DJU* 13/10/2003, RMS 14068/MT, Rel. Min. Jorge Scartezzini (trecho do voto do Relator): “Assim, entendo que o voto de apenas um membro do Conselho Superior do Ministério Público, que, de alguma forma, esteja vinculado à causa ou tenha nela algum interesse particular, macula todo o julgamento, ensejando sua nulidade e a prolação de outro, em respeito ao princípio da imparcialidade do julgador, basilar ao exercício da cidadania e da justiça. Nulo o julgamento, nulo são os atos posteriores praticados em razão do mesmo”. No caso, o Procurador-Geral de

um Desembargador, na situação descrita, não poderia vir a modificar a conclusão manifestada no passado, após novo exame dos elementos dos autos e transcorrido algum tempo da análise anterior. Embora essa possibilidade teórica exista, ainda assim não se admite essa dupla influência de um mesmo indivíduo no processo decisório.⁵¹

É interessante observar ainda que o segundo voto do julgador, proferido no mesmo julgamento, no mesmo momento, será, obviamente, igual ao primeiro. Na realidade, o segundo voto será apenas a repetição do primeiro e não o resultado de uma apreciação nova dos elementos dos autos, levada a cabo por alguém descomprometido com qualquer conclusão. O prejuízo à imparcialidade e à isenção é evidente. E sendo a imparcialidade inerente à garantia do devido processo legal, também esta resta violada. Sobre o ponto, vale transcrever trecho de decisão do Supremo Tribunal Federal, ao examinar exatamente procedimento administrativo (no caso, levado a cabo pelo TCU, que resultou no cancelamento de pensão especial de funcionário público):

“(...) 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informa-

Justiça votou quando da análise da proposta de não-vitalicamento de certo promotor. Como o Procurador-Geral havia examinado, anteriormente, representação criminal contra o mesmo promotor, tendo inclusive oferecido denúncia em face deste, o STJ teve-o por impedido e anulou o acórdão do Conselho Superior do Ministério Público.

⁵¹ Em caso interessante, o STF declarou a nulidade de acórdão em que houve a duplicidade de votos de um mesmo julgador, embora proferidos por pessoas diferentes – ambos substitutos do juiz. V. STF, *DJU* 20/09/1968, HC 45728/GB, Rel. Min. Adalício Nogueira: “Com efeito, verifica-se que o mesmo Desembargador ausente votou duas vezes, através dos seus dois substitutos. O primeiro destes após o seu *visto* ao processo, ficando vinculado ao feito, como relator. O segundo, que na ocasião do julgamento, substituía o mesmo Desembargador, emitiu igualmente, o seu voto, o que não lhe dado fazer, sob pena de ocorrer, como ocorreu, duplicidade de manifestações emanadas do mesmo Juiz, com prejuízo possível para o réu”. Ora, se não se admite que alguém participe duas vezes de um mesmo julgamento por meio de substitutos (diferentes), é evidente que, com ainda maior razão, não se haverá de aceitar que o julgador profira, *pessoalmente*, dois votos no mesmo julgamento.

ção, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. (...) 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. (...) 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5.º LV).

(...)

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5.º LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: (...) 3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas (...).⁵²

Uma última observação. A atribuição de dois votos a um mesmo indivíduo no contexto de um órgão colegiado esvazia ainda a garantia associada à colegialidade.⁵³ É certo que a lei não estava obrigada a criar um órgão colegiado no caso, mas, uma vez previsto, a deliberação coletiva passa a integrar o devido processo legal pertinente na hipótese.⁵⁴ No caso, a Lei 8.884/94

⁵² STF, *DJU* 17/09/2004, MS 24268/MG, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes.

⁵³ Sobre o tema, v. STF, *DJU* 20/08/1993, Rcl 430/PI, Rel. Min. Celso de Mello: “Não se pode ignorar que os acórdãos proferidos pelos Tribunais consubstanciam decisões que emanam dos próprios órgãos colegiados existentes em segunda instância. Esses acórdãos refletem, no conteúdo decisório que veiculam, um julgamento necessariamente fundado no princípio da colegialidade. É imperioso observar que há, para esse efeito, um *iter* procedimental destinado a viabilizar ‘a formação da vontade coletiva na sentença colegial’”.

⁵⁴ STF, *DJU* 03/06/2005, RE 413327/BA, Rel. Min. Joaquim Barbosa: “Sistema de votação que previa a distribuição de duas cédulas a cada vereador, uma contendo a palavra ‘SIM’ e outra a palavra ‘NÃO’. Ausência, nos autos, de controvérsia acerca

prevê que o CADE é um órgão judicante colegiado que, a rigor, apenas pode decidir por maioria absoluta. O objetivo da colegialidade, como se viu, é diluir o peso da participação individual, na medida em que a decisão dependerá da formação de um consenso relativamente amplo entre os membros do colégio. A realização desse objetivo pressupõe que o exame do caso seja feito por pessoas diversas. Se uma mesma pessoa vota duas vezes, as metas associadas ao objetivo geral de minimizar as parcialidades individuais são esvaziadas.

O que se expôs até aqui pode ser resumido nos seguintes termos. Atribuir dois votos a um mesmo indivíduo no âmbito de um órgão judicante colegiado viola a garantia constitucional da imparcialidade, corolário do devido processo legal, porque: (i) confere influência dupla a uma pessoa na decisão, maximizando o risco de parcialidades, em vez de minimizá-lo; e (ii) o segundo voto será necessariamente igual ao primeiro e não resultado de uma nova apreciação, livre e autônoma, dos elementos apresentados pelos interessados nos autos.

IV. Invalidade do art. 8.º, II, da Lei 8.884/94 ou necessidade de interpretação conforme o dispositivo

Discute-se a constitucionalidade do art. 8.º, II, da Lei 8.884/94 (“Art. 8.º Compete ao Presidente do CADE: (...) II – presidir, com direito a voto, inclusive o de qualidade, as reuniões do Plenário”), que, na interpretação que lhe deu o Tribunal Regional Federal da 1.ª Região, confirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, confere ao Presidente do CADE voto duplo, inclusive para o fim de formar a maioria absoluta exigida pelo art. 49 da mesma lei.

De fato, a norma referida é inválida por dois fundamentos distintos. O primeiro já foi exposto no tópico anterior. É incompatível com as garantias essenciais da imparcialidade a atribuição a um mesmo indivíduo – Presidente ou não do órgão julgador – de dois votos em julgamento no qual se decidirá

da inexistência de recipiente para recolhimento dos votos remanescentes. Adotado formalmente pela Câmara de Vereadores o sigilo como regra do processo de cassação do mandato de vereador, é indispensável a previsão de mecanismo apto a assegurar, com plena eficácia, que os votos sejam proferidos de forma sigilosa, sob pena de violação do princípio do devido processo legal. Recurso provido” (negrito acrescentado). V. também STF, *DJU*

sobre restrições a liberdades e direitos. As pessoas, titulares das liberdades e dos direitos cuja restrição o órgão julgador está a decidir, têm o direito de ver respeitado o devido processo legal de que cuida a Constituição.⁵⁵

Note-se um aspecto importante do tema. Existem órgãos administrativos colegiados aos quais cabe deliberar sobre, e.g., a definição de políticas públicas, a elaboração de atos normativos gerais, dentre outros assuntos. Mesmo Tribunais têm competências administrativas, em cujo âmbito se tomam decisões que não produzem restrições a direitos ou liberdades de um indivíduo em particular. Nesses ambientes, poderá ser legítima a opção legislativa de atribuir a um dos membros do colegiado voto duplo, por qualquer razão. Não, porém, no caso de julgamentos que versem sobre pretensões individuais e que podem resultar em impacto relevante na esfera jurídica de pessoas. As razões pelas quais essa possibilidade viola o devido processo legal, na medida em que esvazia a garantia de imparcialidade, já foram expostas antes e não há necessidade de reproduzi-las.

Há, porém, um segundo fundamento que conduz igualmente à conclusão de que o art. 8.º, II, da Lei 8.884/94 é inválido. Na interpretação que lhe atribuíram o CADE, o TRF da 1.ª Região e o STJ, o dispositivo gera uma irracionalidade interna do próprio sistema legal, na medida em que, ao mesmo tempo em que o diploma exige maioria absoluta para qualquer deliberação do CADE, admite também o voto duplo, inclusive para a formação da maioria absoluta. Explica-se melhor.

A ação estatal, qualquer que seja ela, não pode ser irracional, ilógica, sem sentido ou contraditória, sobretudo quando essa irracionalidade prejudica de forma direta os particulares.⁵⁶ Exige-se um mínimo de coerência

⁵⁵ STF, *DJU* 16/06/2006, AC-AgR-QO 1033/DF, Rel. Min. Celso de Mello: “A imposição estatal de restrições de ordem jurídica, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo (como sucede com a inclusão de supostos devedores em cadastros públicos de inadimplentes), supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do ‘due process of law’, assegurada, pela Constituição da República (art. 5.º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária. Doutrina. Precedentes”.

⁵⁶ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 2004, p. 226: “A atuação do Estado na produção de normas jurídicas normalmente far-se-á diante de certas circunstâncias concretas; será destinada à realização de determinados fins, a serem atingidos pelo emprego de determinados meios. Desse modo, são fatores

nas ações do Poder Público em geral,⁵⁷ exigência essa vinculada à própria idéia de ordenação estatal e ordenamento jurídico.⁵⁸ Dessa premissa, óbvia afinal em um Estado de Direito,⁵⁹ decorrem, como se sabe, os princípios da

invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disso, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos. Essa razoabilidade deve ser aferida, em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade *interna*, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins”.

⁵⁷ A matéria já mereceu menção expressa em decisão do Supremo Tribunal Federal. V. STF, *DJU* 09/06/1995, RE 160486/SP, Rel. Min. Celso de Mello: “Os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência”. Sobre o tema, v. Robert Alexy e Aleksander Peczenik, The concept of coherence and its significance for discursive rationality, *Ratio Juris* 3:130-47, 1990. No Brasil, v. Humberto Ávila, *Sistema constitucional tributário*, 2004, p. 27 e ss., e Marina Gaensly, *O princípio da coerência*. Reflexões de teoria geral do direito contemporânea, 2005 (Dissertação de mestrado apresentada à UERJ, mimeo.).

⁵⁸ A idéia de ordenação racionalmente apreensível está na raiz da própria idéia de sistema jurídico. Nesse sentido, v. Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*, 2002, p. 18-9: “A ordem interior e a unidade do Direito são bem mais do que pressupostos da natureza científica da jurisprudência e do que postulados da metodologia; elas pertencem, antes, às mais fundamentais exigências ético-jurídicas e radicam, por fim, na própria idéia de Direito. Assim, a exigência de ‘ordem’ resulta directamente do reconhecido postulado da justiça, de tratar o igual de modo igual e o diferente de forma diferente, de acordo com a medida de sua diferença; tanto o legislador como o juiz estão adstritos a retomar ‘conseqüentemente’ os valores encontrados, ‘pensando-os, até ao fim’, em todas as conseqüências singulares e afastando-os apenas justificadamente, isto é, por razões materiais – ou, por outras palavras: estão adstritos a proceder com *adequação*. Mas a adequação racional é, como foi dito, a característica da ordem no sentido do conceito de sistema, e por isso a regra da adequação valorativa, retirada do princípio da igualdade, constitui a primeira indicação decisiva para a aplicação do pensamento sistemático na Ciência do Direito (...)”.

⁵⁹ Humberto Ávila também aponta a racionalidade da ordem jurídica como uma exigência do Estado de Direito. Nesse sentido, v. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico, *Diálogo Jurídico* 5, 2001. Disponível em: www.direitopublico.com.br. Acesso em: 05/10/2007: “Além disso, a própria racionalidade imanente ao Estado

razoabilidade e da proporcionalidade, cuja violação conduz o ato estatal à invalidade.

A Lei 8.884/94 afirma que o CADE é composto de 7 (sete) membros, sendo 6 (seis) Conselheiros e um Presidente, e que suas deliberações deverão ser tomadas por maioria absoluta, isto é, por 4 (quatro) de seus membros. Por “maioria absoluta” entende-se – a própria Constituição emprega a expressão – a manifestação, em um mesmo sentido, da maioria dos membros que integram determinado colegiado.⁶⁰ Ora bem. Admitir que o voto duplo do Presidente do CADE, somados aos votos de 2 (dois) Conselheiros, possa produzir a maioria absoluta de que cuida a lei gera a irracionalidade do sistema, na medida em que apenas 3 (três) membros do colegiado terão se manifestado em um determinado sentido (o Presidente e mais dois membros), e não 4 (quatro). Nada obstante, tal resultado seria computado como a deliberação majoritária dos membros do CADE.

A atribuição de peso duplo ao voto de um indivíduo – afora a incompatibilidade com o devido processo legal, sobre o que se discutiu anteriormente – não tem o condão de transformá-lo em dois membros diversos do colegiado. Continuará havendo apenas a manifestação de 3 (três) pessoas de um total de 7 (sete), o que não configura, por evidente, maioria absoluta. Como compatibilizar as duas previsões? Em tais hipóteses a maioria absoluta deixaria de ser compreendida como maioria absoluta? Na realidade, a lei, na interpretação definida pelo TRF da 1.^a Região e pelo STJ, consagra previsões que tornam o sistema, por ela mesma organizado, contraditório e irrazoável, sendo também por isso inválida a previsão do voto duplo consagrada pelo art. 8.^o, II, da lei.

Uma última nota. Parece viável que a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo não produza a alteração de seu texto, eliminando-se

de Direito conduz à idéia de previsibilidade do Direito. Previsibilidade essa que só é concebível se as normas puderem ser compreendidas: não é sequer praticável, para que cada norma venha a ser compreendida e seguida, fazer uma pesquisa histórica para ver se o legislador não pretendeu, talvez, dizer algo diferente do que acabou dizendo”.

⁶⁰ Nesse sentido, v. José Afonso da Silva, *Comentário contextual à Constituição*, 2005, p. 394: “Quando a norma fala em ‘aprovação por maioria absoluta’, ou ‘maioria de dois terços’, ou ‘maioria de três quintos’, entende-se que se trata de maioria absoluta ou qualificada da totalidade dos membros da Casa ou da Comissão. (...) *Maioria absoluta dos presentes* só se terá quando expressamente assim a norma se manifestar, o que não ocorre nenhuma vez na Constituição” (destacado no original).

apenas a interpretação que admite a atribuição de voto duplo ao Presidente do CADE. Como é corrente, a interpretação conforme a Constituição é técnica de decisão associada ao controle de constitucionalidade, cada vez mais empregada pela jurisprudência brasileira.⁶¹ Ela decorre da constatação – pacificamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência – de que, em muitos casos, os dispositivos normativos comportam mais de uma interpretação,⁶² sendo que, eventualmente, uma dessas interpretações possíveis (ou mais de uma) será inconstitucional, ao passo que outras são compatíveis com o texto constitucional.⁶³

Diante dessa circunstância, a técnica da interpretação conforme consiste, em suma, na declaração de inconstitucionalidade de um ou mais

⁶¹ A título de exemplo, v. STF, *DJU* 10/11/2006, ADI 3395/DF, Rel. Min. Cezar Peluso: “Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária”. V. também, dentre muitos outros exemplos recentes: STF, *DJU* 17/11/2006, ADI 3188/BA, Rel. Min. Carlos Britto; STF, *DJU* 1.º/09/2006, ADI 3246/PA, Rel. Min. Carlos Britto.

⁶² Não é o caso de se fazer um desvio teórico, mas registre-se que a doutrina tem traçado uma distinção entre enunciado normativo e norma, baseada na premissa de que não há interpretação em abstrato. *Enunciado normativo* é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. *Norma*, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação, isto é, a concretização do enunciado. De um mesmo enunciado é possível extrair diversas normas. Por exemplo: do enunciado do art. 5.º, LXIII, da Constituição – o *preso* tem direito de permanecer calado – extraem-se normas diversas, inclusive as que asseguram o direito à não auto-incriminação ao *interrogado* em geral (STF, *DJU* 14/12/2001, HC 80949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e até ao depoente em CPI (STF, *DJU* 16/01/2001, HC 79812/SP, Rel. Min. Celso de Mello). Sobre o tema, v. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, 1969, p. 270 e ss.; Friedrich Müller, *Métodos de trabalho do direito constitucional*, *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1999, p. 45 e ss.; Riccardo Guastini, *Distinguendo*. Studi di teoria e metateoria del diritto, 1996, p. 82-3; e Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005.

⁶³ Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, 2001, p. 233.

sentidos que poderiam ser extraídos de seu texto, com a preservação dos demais.⁶⁴ Ou seja, embora o enunciado normativo – o texto – não seja afetado, ocorre a exclusão de uma determinada interpretação, que se mostra incompatível com a ordem constitucional. A técnica não constitui novidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a emprega com frequência. No julgamento da ADIn 581/DF, tendo por objeto a Lei 8.215/91, *e.g.*, a Corte admitiu a constitucionalidade da lei, desde que se lhe emprestasse interpretação harmônica com uma série de premissas que enunciou expressamente. Do voto do Ministro Celso de Mello extrai-se a seguinte e expressiva passagem:

“A incidência desse postulado permite, desse modo, que, reconhecendo-se legitimidade constitucional a uma determinada proposta interpretativa, excluam-se as demais construções exegéticas propiciadas pelo conteúdo normativo do ato questionado.

Em suma: o princípio da interpretação conforme a Constituição, ao reduzir a expressão semiológica do ato impugnado a um único sentido interpretativo, garante, a partir de sua concreta incidência, a integridade do ato do Poder Público no sistema de direito positivo. Essa função conservadora da norma permite que se realize, sem redução do texto, o controle de sua constitucionalidade.”⁶⁵

No caso, parece possível conferir interpretação conforme a Constituição ao dispositivo em questão para excluir o sentido inconstitucional referido e interpretá-lo na linha do que praticam os Tribunais do país.⁶⁶ Isto é: a norma atribui ao Presidente do CADE a competência de, verificado o empate, votar por último, para desempatar a deliberação, mas nesse caso votará ele apenas uma vez. Por natural que o Presidente da autarquia poderá

⁶⁴ Luís Roberto Barroso, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 1999, p. 182-3.

⁶⁵ STF, *RTJ 144/154*, ADI 581/DF, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁶⁶ A única exceção que se pode localizar, no âmbito de órgãos jurisdicionais, é o Regimento Interno do TST, que admite genericamente o voto duplo, embora sem mencioná-lo de forma expressa (v. RITST, art. 121: “Na ocorrência de empate nas sessões do Tribunal Pleno, da Seção Administrativa e das Seções Especializadas, prevalecerá o voto proferido pelo Presidente do Tribunal ou pelo Ministro que o estiver substituindo”). Caso o dispositivo seja interpretado para admitir o voto duplo na prestação jurisdicional ordinária (e não apenas em deliberações administrativas, por exemplo), haverá também inconstitucionalidade, na linha do que se expôs no texto.

votar também em outras circunstâncias, vedada em qualquer caso a possibilidade de voto duplo.

V. Conclusões

As conclusões do presente estudo podem ser compendiadas nas seguintes proposições objetivas:

A) Os processos administrativos estão sujeitos, por imposição constitucional, ao devido processo legal. A aferição dos elementos a ele inerentes se torna mais grave e relevante no caso de processos *quase*-judiciais, como ocorre nas hipóteses em que o CADE pode impor restrições severas a direitos e liberdades de indivíduos e empresas.

B) Integram o conteúdo do devido processo legal elementos como o direito de ação, o dever de motivação das decisões, o contraditório e a ampla defesa. Ao lado deles figura com destaque, em um Estado democrático de direito, a *imparcialidade* do julgador. A liberdade de conformação do legislador não pode afetar o núcleo do direito fundamental ao devido processo legal e, como consequência, não pode comprometer a imparcialidade de quem vai julgar.

C) Em resguardo da imparcialidade, o devido processo legal, no Brasil, tal como tradicionalmente interpretado, não admite que uma pessoa participe mais de uma vez no processo decisório de uma mesma causa, ainda que em funções distintas. Assim, um juiz não pode atuar, já como desembargador, da revisão do seu próprio julgado. Tampouco pode o membro do Ministério Público, que venha a ser investido em cargo de magistrado, funcionar como juiz da causa em que emitiu parecer. Pela mesma lógica, e com muito mais razão, não pode um julgador votar duas vezes no mesmo julgamento.

D) No contexto de processos administrativos como o que deu lugar ao presente estudo, atribuir dois votos a um mesmo indivíduo em um órgão judicante esvazia atributo essencial à colegialidade e vulnera a garantia constitucional da imparcialidade porque: (i) maximiza o risco de parcialidades, em vez de minimizá-lo, ao conferir influência dupla a uma pessoa na decisão; e (ii) o segundo voto será necessariamente igual ao primeiro e não resultado de uma nova apreciação, livre e autônoma, dos elementos constantes dos autos.

E) O art. 8.º, II, da Lei 8.884/94, no sentido que lhe deram o CADE, o TRF da 1.a Região e o STJ, e pelas razões resumidas supra, é inconstitucional por violação ao devido processo legal, na medida em que atribui ao Presidente do CADE voto duplo, inclusive para a formação da maioria absoluta de que cuida a lei. O dispositivo legal é inválido também por gerar uma irracionalidade interna no próprio sistema legal: ao mesmo tempo em que a lei exige maioria absoluta para qualquer deliberação, o dispositivo prevê o voto duplo, admitindo que a manifestação de 3 (três) membros – em um colegiado integrado por 7 (sete) pessoas – caracterize maioria absoluta.

F) Parece possível conferir interpretação conforme a Constituição ao dispositivo para o fim de estabelecer que a norma em questão atribui ao Presidente do CADE a competência de, verificado o empate, votar por último, para desempatar a deliberação. Nesse caso, como natural, votará ele apenas uma vez. A possibilidade aqui analisada e condenada é a de o Presidente votar para provocar o empate (1.º voto) e em seguida votar de novo para desempatar (2.º voto), invertendo a maioria que até então se formara. O Presidente da autarquia poderá votar também em outras circunstâncias, vedada em qualquer caso a possibilidade de voto duplo.

ANÁLISE DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELLECTUAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO ANTITRUSTE: ESPECIAL REFERÊNCIA ÀS MARCAS

*Maristela Basso**

1. Importação paralela e o princípio da exaustão de direitos no sistema brasileiro de proteção da propriedade intelectual

As marcas são nomes, símbolos ou outras significações usadas para distinguir um produto ou serviço de outros disponíveis no mercado. As empresas e a sociedade em geral vêm, cada vez mais, tomando consciência da importância do registro de marcas, não apenas como forma de garantir um direito exclusivo de alguém, mas principalmente em função do reconhecimento cada vez mais freqüente de que a marca constitui um importante ativo para as empresas e também porque promove o progresso útil das artes e das ciências. Isso explica porque é expressivo o número de depósitos de marcas que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) recebe, anualmente.¹

Não é errado afirmar que as marcas atuam como verdadeiras pontes entre as pessoas: produtores, fornecedores, comerciantes, consumidores, na medida em que todos precisam estabelecer relações nas quais se criam valores que são compartilhados. Nesse sentido, as marcas atuam como elementos que potencialmente agregam valor às relações. São ferramentas poderosas e freqüentemente podem agir em favor de uma empresa. E quando não cuidadas, depreciam sua imagem. Na maioria das vezes, constituem o ativo mais valioso das empresas, sendo inclusive alvo de transações comerciais sem precedentes. Marcas inspiram qualidade, evocam lembranças, atraem desejos, consolidam nomes comerciais. Portanto, implicam investimentos e merecem proteção. E a maior proteção de uma marca, no Brasil, é o seu registro junto ao INPI.

Em poucas palavras, marca implica o estabelecimento de um nome, termo, símbolo ou *design* que identifica o produto de um determinado fabricante e cuja finalidade é distinguir claramente esse produto daqueles

* Advogada, Doutora e Livre Docente em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo.

¹ Fonte: <http://www.inpi.gov.br/principal?navegador=IE&largura=1024&altura=768>

de outros oferecidos pela concorrência. Um nome ou marca pode ajudar a empresa a sedimentar e cristalizar uma boa imagem em torno do produto, em determinado mercado. A marca pode tornar-se uma representação de satisfação que vai influenciar o consumidor a optar repetidamente por um produto específico, em detrimento de outros produtos concorrentes. É, conseqüentemente, todo sinal distintivo apostado aos produtos e serviços para identificá-los e diferenciá-los de outros idênticos ou semelhantes de origem diversa, com proteção jurídica específica, importante função econômica, social e tecnológica e reflexos concorrenciais.

Os benefícios das marcas são vários. Primeiramente, as marcas reduzem a busca de preços (de produtos similares/semelhante/iguais) pelo consumidor, ajudando-os a identificar o produto com as atribuições desejáveis. Razão pela qual o titular (detentor da marca) faz investimentos consideráveis para que as atribuições (benefícios) do produto marcado impliquem boa experiência no sentido de que o produto ou serviço seja rapidamente identificado por simples inspeção feita pelo consumidor. Em segundo lugar, o fabricante ou prestador do serviço relativo ao produto marcado deve ser capaz de manter, no tempo, suas características consistentes, como qualidade e durabilidade.

a) *Os princípios da independência e territorialidade das marcas*

O sistema de proteção da marca, em todos os países membros da Convenção da União de Paris Para a Proteção da Propriedade Industrial (CUP)² e do Acordo TRIPS/OMC,³ baseia-se nos *princípios da independência e territorialidade*. Ou seja, o registro no órgão registrante nacional (no Brasil, o INPI) é constitutivo e declaratório de direitos, e o interessado em gozar da titularidade de um direito de marca deve buscar o registro em todos os países onde pretende a proteção marcaria.

² A Convenção da União de Paris Para a Proteção da Propriedade Industrial de 1883, revista em Estocolmo em 1967, encontra-se em vigor no Brasil por meio do Decreto Presidencial n.75.572, de 8 de abril de 1975.

³ TRIPS- Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (Tratado Relativo aos Aspectos da Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) integra o “Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC)”, como seu Anexo 1C, e encontra-se em vigor no Brasil por meio do Decreto Presidencial n. 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

Um importante efeito do *princípio da territorialidade dos direitos de propriedade industrial – dentre elas as marcas* – é o de assegurar e garantir, em nível nacional (territorial), proteção jurídica adequada e eficaz ao empresário titular da marca para que, por meio da certeza do direito e do marco regulatório interno, continue a investir no melhoramento e qualidade do produto; ou para que se sinta encorajado a investir em P&D, haja vista os efeitos disto no processo de desenvolvimento econômico, social e tecnológico daquele país. Sem o direito exclusivo sobre a marca (internamente nos países), a empresa que estivesse produzindo uma versão de menor qualidade do produto ficaria tentada a “pegar carona” no investimento realizado pela empresa responsável pelo produto ou serviço de maior qualidade, copiando sua marca, e assim, induzindo o consumidor ao erro ou à confusão ao acreditar que as marcas são equivalentes. Assim, seria impossível para o consumidor distinguir os produtos (de alta ou baixa qualidade) e o efeito seria danoso, porque ele não compraria/pagaria por nenhum produto nesse mercado. Por outro lado, isso diminuiria o retorno para investir na qualidade, e iria diminuir também o incentivo para a criação de produtos de alta qualidade e de alto valor social e tecnológico agregado. Daí que todos os estudos sobre a importância das marcas nas teorias desenvolvimentistas (sobretudo a partir da segunda metade do século XX)⁴ revelam que a média da qualidade dos produtos em mercados onde as marcas não são protegidas ou a proteção não é eficiente é expressivamente menor do que a qualidade dos produtos nos mercados onde a proteção às marcas é eficaz.

b) *A função da proteção das marcas no desenvolvimento econômico*

É inegável, portanto, o efeito positivo do incentivo conferido pelo registro territorial das marcas, o que sugere que elas devem ser larga e eficazmente protegidas em tantos países quantos o detentor da marca pretende ver seus investimentos garantidos. Os benefícios advindos da eficaz proteção dos direitos de propriedade industrial têm conseqüências expressivas no que diz respeito ao desenvolvimento das artes e das ciências e

⁴ Robert P. Merges, Peter S. Menell e Mark A. Lemley atestam, em estudos recentes, esta afirmação: *Intellectual property in the new technological age – case and statutory supplement*. New York: Aspen Publishers. 2004.

umentam de forma evidente o incentivo à inovação e ao bem estar social dentro de um país – território.

Diante disto, são evidentes os efeitos dos direitos de propriedade industrial (como as marcas), nos princípios norteadores da Constituição Federal, assim como no direito do comércio internacional, no direito industrial, no direito ao desenvolvimento, no direito do consumidor e no direito da concorrência.⁵ Todos eles fornecem subsídios e sustentação para a “nova” disciplina intitulada *direito da propriedade intelectual* (nova pelo menos desde 1892).⁶ Dito de outra forma: para que se tenha a correta noção do *direito da propriedade intelectual* (neles incluídos a propriedade industrial) e, por via de consequência, para que se possa corretamente analisar seus efeitos na prática (como, por exemplo, a extensão geográfica e limites territoriais do direito marcário) é imperioso que se tenha em conta suas relações com esses vários ramos do Direito.⁷ É fundamental que se consiga ver com clareza onde a aparente tensão entre esses ramos do Direito não faz nenhum sentido, e onde o equilíbrio e a relação de complementaridade devem ser enfatizados, *vis-à-vis* o princípio da razão.⁸

Aprofundemos, portanto, a análise.

⁵ Relação aprofundada em M. Basso: *Propriedade intelectual na era pós-OMC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2005.

⁶ Em 11 de novembro 1892, na Suíça, houve a fusão das duas Uniões de Paris Para a Proteção da Propriedade Industrial e de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas em uma única secretaria intitulada BIRPI – Bureaux Internationaux Réunis pour la Protection de la Propriété Intellectuelle, com sede em Berna. Consolida-se a expressão “propriedade intelectual” em substituição ao modelo dicotômico: propriedade industrial e propriedade literária, artística e científica. Em 1960 o BIRPI foi transferido para Genebra e hoje é administrado pela OMPI – Organização Mundial da Propriedade Intelectual (criada pela ONU em 1967).

⁷ Conforme demonstramos em M. Basso: *O direito internacional da propriedade intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2000.

⁸ Neste mesmo sentido, Daniel B. Ravicher, Antitrust scrutiny of intellectual property exploitation. It just don't make no kind of sense. *8S.W.J.L. & Trade AM*, 83,110-112 (2001-2002).

2. A violação da marca e a prática de concorrência desleal (e parasitária): Os efeitos do “*agir sem direitos*” do importador paralelo

A Lei de Propriedade Industrial LPI (Lei n. 9.279/96) pune o fato material da contrafação, independentemente do prejuízo.⁹ Via de regra a violação acarreta dano ao titular da marca já pela concorrência desleal que faz o infrator, além do descrédito do produto legítimo/originalmente empregado, da depreciação da marca e do nome comercial.

Por essas razões, a LPI, ademais de seu art. 195, determina no art. 209:

“Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviços, ou entre produtos e serviços postos no comércio”.

Cumpra lembrar também, que a Convenção da União de Paris Para a Proteção da Propriedade Industrial de 1883 (CUP), e sua revisão de 1925, em vigor no Brasil desde 1975, por meio do Decreto Presidencial n. 75.572,¹⁰ já define em seu art. 10 *bis*:

“Art.10 *bis*

(...)

2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial e comercial”.

Sem falar no acordo TRIPS/OMC, também em vigor no Brasil, por meio do Decreto Presidencial n. 1.355/94, cujo art. 2 determina que os estados-membros da OMC têm obrigação de cumprir o disposto na Convenção da União de Paris (CUP), referida acima.

⁹ Neste sentido, João da Gama Cerqueira, *Tratado da propriedade industrial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. vol. 1, p. 543.

¹⁰ De 8 de abril de 1975.

Mais recentemente, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual, ao elaborar, com o consenso de seus países-membros (dentre eles o Brasil) o “Modelo de Provisões sobre Proteção Contra a Concorrência Desleal”, reiterou, em seu art. 1 (princípios gerais), o disposto na Convenção da União de Paris e em TRIPS. Isto é, reconhece como concorrência desleal “qualquer prática, relacionada a atividades industriais ou comerciais, contrárias aos usos e práticas honestas”.¹¹

A respeito de que se entende por prática desonesta, capaz de implicar concorrência desleal, parece não haver dúvida de que são todos os atos reprimíveis criminalmente e geradores de pretensão à obtenção ou à indenização, que se praticou no exercício de alguma atividade e que ofende a outrem, no plano da livre concorrência.¹²

Este também é o entendimento de nossos tribunais:

“Para tutela da liberdade de competição no mercado, há que serem reprimidos expedientes fraudulentos, competição desonesta ou “golpes baixos”, visando à lisura, à correção, ao mínimo de ética no jogo da livre concorrência. Para tal mister, o ordenamento jurídico pátrio conta com a Lei n. 9.279, que desde 1996 ninguém pode alegar desconhecimento (art. 3.º, da Lei de Introdução ao Código Civil)” (Apelação Cível 138.627.4/8-00 – Comarca: São Paulo).

Parece haver íntima relação entre a prática de concorrência desleal com o abuso de direito incluso nas importações paralelas. Daí porque se entende a prática abusiva como um ato de “não direito” – de agir/atuar/comportar-se no comércio sem a devida competência ou expertise, abrigado “no agir indevido, incorreto desleal, não autorizado pelo titular da marca – a quem é conferido o direito de querer ou não ver seu produto marcado destinado a consumidores de outro país – que demandam outras exigências.

O agir “sem direito”, ou a conduta baseada em um “não direito”, traz prejuízos efetivos ao titular do direito que não autorizou a prática do ato. No que diz respeito à propriedade intelectual, esses prejuízos, na maioria das vezes, são incalculáveis porque não apenas têm reflexos concretos

¹¹ Disponível em: <http://wipo.org/Model Provisions on Protection Against Unfair Competition 1996>.

¹² Conforme Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. Tomo XVII, p. 278.

no uso correto do bem objeto de proteção, como, na maioria das vezes de difícilíssima apuração contábil, no nome comercial, na depreciação da marca e na reputação profissional. Prejuízos que podem advir de ações interpostas por terceiros que não têm relação direta com o titular da marca (ou seu licenciado) e que adquiriram o produto ou serviço do infrator.

A concorrência parasitária está inserida neste contexto, entretanto de forma camuflada, tentando, assim, passar despercebida, porém sem deixar de se aproveitar.¹³ O objetivo é valer-se, tirar proveito do titular do direito, retirando o que interessa, sem, contudo, ter feito qualquer esforço para conseguir.

A concorrência parasitária, ao contrário de outros atos de concorrência desleal, não visa necessariamente o prejuízo efetivo do titular do direito (do concorrente), muito embora isto aconteça na maioria das vezes. O infrator, portanto, é aquele que percorre sistematicamente as vias abertas pela iniciativa de outra empresa.¹⁴

3. Fundamentos de direito da concorrência

3.1 *Análise da exploração dos direitos de propriedade intelectual (marcas) sob a perspectiva do direito antitruste: Reflexões sobre a lógica, premissas e fundamentos do sistema antitruste*

Muito embora o direito antitruste e o direito de propriedade intelectual sejam sistemas separados de regulamentação com o mesmo objetivo de promover um mercado eficiente de bens e serviços, não raro ambos “parecem” entrar em conflito. Quando isto ocorre, freqüentemente, encontramos duas posições técnico-político-econômicas por parte da doutrina, tribunais e agências administrativas. Uma delas, de cunho prático e pragmático, resolve esse conflito ao preferir o reforço antitruste à proteção da propriedade intelectual. A outra, que tem prevalecido nos debates mais consistentes, sustenta que se devem observar os valores envolvidos e evitar uma sobreposição

¹³ Conforme Marcus Elidius Michelli de Almeida, Propriedade industrial frente à concorrência desleal, *Direito empresarial contemporâneo*. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2002. E do mesmo autor: *Abuso do direito e concorrência desleal*. São Paulo: Quatier Latin. 2004, p. 177 e ss.

¹⁴ Conforme José de Oliveira Assenção, *Concorrência desleal*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Lisboa, 1994, p.123.

excessiva de alguma área sobre a outra com o intuito único de elidir-lhe a aplicação.

No que diz respeito à primeira posição, não se pode negar que a preferência por políticas antitruste sobre direitos de propriedade intelectual expõe os titulares de direitos de propriedade intelectual a enormes riscos ao tentarem exercer seus direitos. Esses riscos são injustificáveis, haja vista que a aplicação do direito antitruste sobre os direitos de propriedade intelectual não possui mérito econômico e tampouco político. Já a segunda posição, da busca do equilíbrio e da não sobreposição de um direito sobre o outro, se revela a mais correta no que diz respeito à proteção contra atos de concorrência desleal e a promoção da inovação.

A análise dos direitos de propriedade intelectual sob a perspectiva da prevalência do direito antitruste, descansa, via de regra, em pressupostos economicamente falhos e em estudos que ignoram os efeitos positivos das leis de propriedade intelectual, e acaba por resultar em extremo desperdício social. Ademais, a atual preferência do direito antitruste sobre o direito à exploração da propriedade intelectual deixa de atingir seu único objetivo que é o de promover mercados economicamente viáveis, e impede que a propriedade intelectual atinja sua finalidade de promover o progresso útil das ciências e das artes. Como resultado, a análise dos direitos de propriedade intelectual sob a perspectiva de prevalência do direito antitruste impacta negativamente na economia – direta e indireta.

Vejamos com mais cuidado o que ora se afirma.

3.1.2 Importação paralela e exaustão de direitos na perspectiva do direito antitruste: Quando os pressupostos econômicos são equivocados e a análise político-social é errônea

Em largos traços, entende-se por *poder de monopólio* a capacidade de controlar o preço dentro de um mercado razoável, e por *poder de mercado* a capacidade de elevar o preço de um produto ou serviço sem gerar perda de vendas. Ambos os conceitos conferem a um ator de mercado a capacidade/ aptidão de controlar ou aumentar o preço de um produto ou excluir um concorrente do mercado.

Quanto a isto parece não haver dúvidas.

Também, da mesma forma, com base no mesmo raciocínio, não pode subsistir dúvida de que *nenhum monopólio é conferido* aos detento-

res de direitos de propriedade intelectual – sob a perspectiva econômica de mercado.

Estudos de direito, jurisprudência e práticas comparadas, revelam que tribunais e agências administrativas partem de inúmeros pressupostos econômicos errôneos quando aplicam princípios do direito antitruste na tentativa de fazê-los prevalecer sobre os direitos de propriedade intelectual. O equívoco econômico mais doloroso é o que parte da premissa de que ao se conferir direitos de propriedade intelectual (por exemplo, sobre as marcas), concede-se um “monopólio” ao titular do direito. A lei faz esta “presunção” apenas ao igualar a unicidade requerida para justificar o direito de propriedade intelectual conferido na criação à “unicidade suficiente para obter poder de exclusividade de gozo de direitos (direito de exclusiva)” em um dado mercado. Não existe, portanto, qualquer relação econômica entre o direito da propriedade intelectual (direito de exclusiva sobre as marcas registradas no INPI) com “monopólio” e “poder de mercado” na perspectiva econômica.

Ademais, a definição alternativa de *poder de monopólio*, isto é, o direito de excluir um concorrente de um mercado, também não é satisfeita uma vez que os direitos de propriedade intelectual não concedem este direito (poder). Melhor ainda: os direitos de propriedade intelectual concedem o “direito” limitado de excluir outros apenas de copiarem e usarem uma marca devidamente registrada, ou seja, excluem outros de tomarem certas atitudes em um determinado mercado, mas não concede o direito/poder de excluir um concorrente de um mercado se este não estiver infringindo direitos de propriedade intelectual – e tiver sua própria marca registrada corretamente.

Em outras palavras, concorrentes estão livres para entrar e permanecer no mercado, desde que não usurpem direitos de propriedade intelectual protegidos.

Desta forma, presumir que um direito de propriedade intelectual resulta em um monopólio é incorreto por razão de definição, além de outras realidades econômicas que passamos a examinar.

a) *A insuficiente unicidade dos direitos de propriedade intelectual para gerar unicidade de mercado na perspectiva econômica*

O requisito da unicidade conferido pelos direitos de propriedade intelectual não tem nenhuma correlação com a unicidade suficiente para conferir ao seu titular monopólio ou poder de mercado.

Qualquer presunção, contra ou a favor, de relacionar poder de mercado com os requisitos de propriedade intelectual é economicamente irracional. À luz da lógica do sistema econômico, a única conclusão que se pode chegar é a de que as leis de propriedade intelectual nunca, sob qualquer circunstância, conferem ao titular do direito de propriedade intelectual qualquer poder de mercado. Não existe qualquer ligação entre a unicidade (condição da exclusividade) que justifica os direitos de propriedade intelectual e a unicidade de mercado.

Obviamente, é possível que uma mesma característica de criação satisfaça o requisito da unicidade do direito de propriedade intelectual e crie também a unicidade de mercado. Contudo, a unicidade de mercado resultará independentemente se um direito de propriedade intelectual é conferido ou não.

Assim, não é correto afirmar que a unicidade conferida de gozo e exercício de um direito de propriedade intelectual (como as marcas) implica monopólio ou poder de mercado.

b) A propriedade sobre as marcas não confere direito de controlar preços

Outra razão por que é incorreto presumir ou aferir poder de mercado a partir da concessão de um direito de propriedade intelectual é que este não garante ao seu titular nenhum direito para fazer absolutamente nada, muito menos controlar preços em um mercado relevante. O único poder de ação que os direitos de propriedade intelectual conferem aos seus titulares é a capacidade/aptidão de prevenir outros de explorar o direito de propriedade intelectual protegido (e registrado).

Em síntese: os direitos de propriedade intelectual não conferem aos seus titulares a capacidade e o poder de controlar preços em um mercado, mas tão somente confere aos titulares o direito de coibir outros da prática de certos atos quando estes implicam cópia ou reprodução de direito protegido por patente ou marca sem autorização do titular.

c) As marcas não criam barreiras de entrada no mercado e nem expulsam os concorrentes do mercado

Como é sabido, detentores de marcas não podem impedir que outros entrem no mercado em que a marca é explorada; apenas podem evitar que

os concorrentes usem essa marca no mercado de forma a causar confusão, e sem permissão. Como é sabido, há obstáculos à cópia e à usurpação independentemente dos direitos de propriedade intelectual. Conseqüentemente, é irracional argumentar que a existência de um direito de propriedade intelectual cria uma barreira à entrada no mercado.

As leis, no Brasil e em qualquer outro país, protegem invenções novas e não óbvias, assim como as marcas. Isto robustece o argumento de que direitos de propriedade intelectual não geram barreiras, porque o titular de uma patente ou de uma marca pode apenas e tão somente impedir outros de produzir e comercializar a invenção patenteada ou a marca registrada sem sua autorização. Concorrentes podem ficar no mercado, outros novos podem aparecer desde que suas atuações no mercado sejam também novas, não óbvias, e não impliquem resultado de cópia ou usurpação de marcas.

Certo é que um titular de uma marca pode apenas impedir outros de usar a mesma marca sem sua autorização, mas não pode evitar que outros desenvolvam seus próprios produtos e marcas e ofereçam no mercado.

d) *Evidente hostilidade anti-monopólio e a confusão entre “direito de exclusão do free-riding” com “direito de exclusão dos competidores do mercado”*

Também não se pode negar que monopólios ou qualquer coisa que pareça monopólio são considerados malignos e tratados com muita hostilidade. Mas uma pergunta surge-se: É economicamente justificável estender essa hostilidade para a propriedade das marcas considerando que a concessão de direitos de propriedade intelectual não confere nenhum monopólio ou poder de mercado?

Em mercados com custo marginal quase-zero e custos fixos extremamente elevados é necessário assegurar alguns direitos com vistas a facilitar uma distribuição economicamente eficiente do produto. Sem o reconhecimento e a garantia (*enforcement*) de seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico, nenhum ator racional jamais desenvolveria um *software*, por exemplo, pois saberia desde antes que o alto custo gasto no desenvolvimento do produto não seria recuperado devido ao *free-riding* dos concorrentes, que usurpam, aproveitam-se ilegalmente e lucram a partir do direito de propriedade intelectual conferido a outrem. É a expectativa do lucro provindo do domínio de certos mercados potenciais que fornece às empresas os incentivos para investir e inovar.

Aquele que inventou o *software* precisa do direito de excluir outros da prática do *free-riding* sobre sua invenção, à custa de seu esforço e elevados gastos, mas não tem o direito de excluir outros de competirem no mercado de *software*. O direito de propriedade intelectual não confere e nem justifica o direito de excluir concorrentes que desenvolvam outras formas corretas e leais de competir no mercado.

O equívoco que pode ocorrer é o de tribunais e agências igualarem os direitos exclusivos concedidos aos titulares de direitos de propriedade intelectual com “poder de monopólio”. O direito de impedir outros de explorarem direito específico de propriedade intelectual em um mercado específico é geralmente confundido com “capacidade/poder de excluir inteiramente concorrentes do mercado. O equívoco em fazer essas correlações é que é sempre conceitualmente possível concorrer no mercado sem ter que explorar ilegalmente direitos de propriedade intelectual de outros atores no mesmo mercado.

Não é adequado concluir que os direitos de propriedade intelectual conferem poder de mercado. Assim, tende-se a pensar que os detentores de um direito de propriedade intelectual violam o direito antitruste, por meio da exploração de seus direitos, criando monopólios. São, poder-se-ia dizer, “culpados por associação”, ignorando-se que o direito de impedir que outros explorem um direito protegido num determinado mercado não implica, absolutamente, poder de excluir os concorrentes do mercado.

e) *As externalidades positivas das marcas são ignoradas: Efeitos anticompetitivos x Efeitos pró-competitivos*

Outra falha econômica da aplicação do direito antitruste sobre o direito à exploração da propriedade intelectual, especialmente das marcas, é a análise que ignora completamente as externalidades positivas dos direitos de propriedade intelectual.

A partir de uma análise econômica incompleta, tribunais e agências podem concluir que a exploração de um direito de propriedade intelectual possui efeito *anti-concorrência* e, sendo assim, fere o direito antitruste. Quando isto ocorre, (a aplicação do direito antitruste sobre o direito que alguém exerce sobre sua propriedade intelectual), acaba-se por banir a exploração de certo bem ou produto que, na verdade, possui efeito *pró-concorrência*. Esse banimento impõe conseqüências severas para a sociedade

na qual a exploração do direito de propriedade intelectual economicamente favorável não é permitida ou banida.

Ao limitar o exercício dos direitos de propriedade intelectual, o nível de criatividade e inovação diminui e com isso o número de pedidos de registros. Essas são evidências de que a hostilidade do direito antitruste contra a propriedade intelectual impacta negativamente a livre-concorrência de mercado, inibe o poder de iniciativa e impede o crescimento econômico. Ignora-se também o efeito educacional que a propriedade intelectual possui no mercado em que tem potencial de ser explorada.

Não há dúvida de que os direitos de propriedade intelectual incentivam a inovação¹⁵ até mesmo em pequenas empresas, que podem inspirar-se inclusive nos *portfolios* das grandes empresas para desenvolverem suas próprias marcas e invenções – tendo-se sempre presente que os direitos de exclusiva são temporários. Da mesma forma, esses direitos encorajam a inovação em mercados de alto custo fixo e custo marginal quase-zero, como os mercados de informação digital, porque os direitos de propriedade intelectual representam a única forma de garantir aos inventores e titulares de marcas uma maneira eficaz de evitar o *free-riding*.

f) *Alocação ineficiente de recursos e enorme desperdício social*

Preferir o direito antitruste sobre os direitos de propriedade intelectual impõe riscos significativos aos seus titulares, e ademais causa ineficiente alocação de recursos e enorme desperdício social.

Os custos e o tempo envolvidos em uma ação de direito antitruste contra os direitos de propriedade intelectual são altos comparados a outras litigâncias corporativas. Recursos são despendidos em custos de transação e na manipulação dos enormes riscos, ao invés de serem usados no avanço das ciências e das artes. Esse desperdício social é uma consequência econômica muito grave, sem qualquer justificativa econômica e sem possibilidade de retorno.

Mesmo que os riscos pudessem ser minimizados, ainda existiria desperdício social.

¹⁵ Estudos recentes sobre esta afirmação podem ser encontrados no *Resource book on TRIPS and development*, publicado pela UNCTAD/ICTSD, Cambridge University Press, 2005. E, mais recente ainda *Propriedade intelectual – tensões entre o capital e a sociedade*, organizado por Fábio Villares e publicado pelo IEEI – Instituto de Estudos Econômicos e Internacionais, Editora Paz e Terra, 2007.

g) O não reconhecimento da função social da propriedade intelectual

A maior consequência negativa da aplicação do direito antitruste sobre os direitos de propriedade intelectual é o seu devastador impacto econômico, isto porque o objetivo principal da propriedade intelectual é a promoção das artes e das ciências. A redução de valor percebido reduz drasticamente o incentivo à inovação que a propriedade intelectual promove.

Poderia ser argüido que a atual análise dos direitos de propriedade intelectual pelo direito antitruste ocorre tão raramente que afeta apenas poucos detentores de direitos de propriedade intelectual envolvidos em litígios. Todavia, esse argumento subestima severamente o impacto negativo sofrido pela propriedade intelectual ainda que em um punhado de casos e litígios. A preferência do direito antitruste sobre a propriedade intelectual recrudescerá significativamente a criação e a invenção. Esse efeito conflita diretamente com o objetivo principal da propriedade intelectual que é o de “incentivar a inovação”. O efeito mais perturbador disto é o impacto (negativo) no avanço da sociedade.

Quanto mais pioneiro for o objeto ou o bem protegido pela propriedade intelectual, mais provável é a abertura e exploração de um novo mercado. E isto traz melhoramentos à sociedade. Daí que, a aplicação de princípios antitruste sobre a exploração de direitos de propriedade intelectual tem impacto devastador sobre o avanço útil das artes e das ciências – com consequências diretas e imediatas na sociedade.

h) O processo de análise dos casos é fundamentalmente injusto quando se tenta sobrepor princípios antitruste à proteção das marcas

Raramente os processos que envolvem a análise do direito antitruste sobre a exploração de direitos de propriedade intelectual são devidamente fundamentados. Frequentemente a regra para se saber se uma determinada ação/conduita viola a lei antitruste depende mais da postura das partes ou da persuasão política do que de uma análise econômica detalhada do caso.

Fatores de mérito raramente estão na base das resoluções/decisões, porque uma análise econômica apropriada é difícil de ser realizada nesses casos. Predições de benefícios futuros e impactos em mercados são extremamente discutíveis. Especialistas geralmente discordam sobre quais efeitos concorrenciais terão um determinado método de exploração de direitos de propriedade intelectual em dado mercado.

É difícil não reconhecer que durante décadas os tribunais usaram termos econômicos para ocultar sua intenção de enfraquecer a propriedade intelectual.¹⁶

Contudo, não existe nenhuma explicação que sustente a hostilidade do direito antitruste sobre os direitos de propriedade intelectual. A prevalência do direito antitruste sobre a propriedade intelectual apenas enfraquece sua função pública, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país (conforme assevera a Constituição Federal, art. 5.º, XXIX).

Ao se reduzir a força dos direitos de propriedade intelectual mediante a aplicação de normas antitruste acaba-se entrando na seara de competência do Poder Legislativo, na medida em que somente ele pode alterar a Lei de Propriedade Industrial (n. 9.279/96), diminuindo a sua força.

A Lei de Propriedade Industrial (n. 9.279/96) permite que os detentores de direitos patentários lucrem com o gozo de seus direitos durante o tempo que durar a proteção, porque esta capacidade de lucrar encoraja a inovação e o investimento de recursos para o avanço das ciências e das artes. Reduzir a exploração de direitos de propriedade intelectual, legitimamente adquiridos, atinge negativamente o processo de inovação fundamental para a sociedade. É preciso, então, manter a propriedade intelectual em seu curso normal para manter o curso apropriado da economia.

É fundamental, portanto, que se permita que os direitos de propriedade intelectual existam independentemente do escrutínio do direito antitruste. Inventores e autores de criações pioneiras devem se sentir a vontade, seguros e encorajados pelo ordenamento jurídico para explorar seus mercados sem o risco de sofrerem o escrutínio do direito antitruste. O resultado disto são efeitos tremendamente positivos para o país.¹⁷

3.2 *A tensão inexistente entre propriedade intelectual e direito antitruste: Preponderância do princípio da razão*

Obviamente, existe uma falácia inicial que é aquela preconizada pelos autores que defendem a supremacia da aplicação de normas concorren-

¹⁶ Como por nós já demonstrado em M. Basso, *O direito internacional da propriedade intelectual*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 125 e ss.

¹⁷ Conforme demonstrado em M. Basso, *A propriedade intelectual na era pós OMC-TRIPS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2005.

ciais sobre a propriedade intelectual com base na concepção, aparentemente equivocada, de que o direito concorrencial seja o único a representar a tutela de interesses públicos nos mercados. Nem seria preciso observar que, em tantas situações, o direito antitruste sequer define claramente se seu objeto é meramente a proteção das relações de concorrência nos mercados ou, também, pode ser invocado para a tutela de empresas em litígios privados, muitas vezes confundido com a disciplina da concorrência desleal. E os problemas ainda ficam mais controvertidos na doutrina quando alguns autores buscam sustentar a “publicização” do objeto do direito antitruste em torno da proteção do interesse público e do consumidor.¹⁸

Também é fundamental ter presente que os direitos de propriedade intelectual não são meramente privatísticos e atendem a funções específicas, desde a manutenção e promoção da atividade inovadora e criativa na indústria, a partir da criação e recriação das tecnologias em produtos e serviços, como também a proteção do consumidor, como destinatário final dos bens e serviços envolvendo bens intangíveis protegidos.

Por isso mesmo, lembrando a lição de Kaplow,¹⁹ seria infrutífero tentar resolver aparentes conflitos entre a propriedade intelectual e o direito concorrencial recorrendo ao exame do objeto das disciplinas e dos valores e fundamentos de suas normas, “*na esperança de estabelecer uma simples hierarquia que pudesse indicar qual dos domínios normativos deve prevalecer*”. Nesse nível de generalidade, reforça o Professor, argumentos poderiam ser facilmente distorcidos com o intuito de levar a um único resultado, em favor de uma ou outra disciplina. De um lado, seria possível sustentar que normas da propriedade intelectual prevalecem em caso de conflito com outras normas justificadas na proteção da concorrência, como o direito antitruste, já que aquele domínio normativo não alcançaria, à primeira vista, questões relativas a outras áreas do direito privado sobre as quais ele implicitamente se justifica, e que não poderiam ficar “imunes” à aplicação do direito concorrencial. Assim, por exemplo, a exploração de uma marca exige a execução de contratos, ainda que não haja licenciamento da tecnologia entre empresas concorrentes. No campo do antitruste, no entanto, a propriedade intelectual supostamente é destinada a disciplinar a proteção de

¹⁸ Cf., por exemplo, C. Salomão Filho, Direito industrial, direito concorrencial e interesse público, *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, 2004, p. 29 e ss.

¹⁹ L. Kaplow, *The patent-antitrust intersection*, p. 1813 ss.

invenções, marcas, desenhos industriais e direitos de autor nos mercados, e serve para justificar uma alteração no “ambiente concorrencial ordinário” nos mercados.²⁰

Por outro lado, as normas da propriedade intelectual poderiam ser simplesmente afastadas em favor da aplicação de normas antitrustes, já que elas somente prevaleceriam em outras áreas situadas fora do escopo do direito concorrencial. Por exemplo, o direito de uma empresa de comercializar produtos livremente nos mercados unicamente deixaria de ser assegurado, se a produção de tais bens violasse marcas ou patentes de invenção de uma concorrente nos mercados. O direito antitruste é especificamente orientado para a regulamentação das relações de concorrência nos mercados e não seria possível supor que suas normas sejam afastadas em casos de conflito direto com a propriedade intelectual. Esse dado seria ainda mais significativo pelo fato de nenhuma das leis antitrustes nacionais conterem exceções expressamente previstas relativamente à exploração de direitos de propriedade intelectual pelas empresas-titulares.²¹ Ambos os domínios sempre co-existiram em suas diferenças e com suas diferentes funções legislativas nos ordenamentos nacionais.

O direito antitruste, em sua evolução histórico-jurisprudencial nos Estados Unidos tem justificado a primazia do bem-estar do consumidor, não raro como fundamentalmente equacionado pela eficiência econômica nos mercados. De fato, a promoção do bem-estar do consumidor tornou-se o princípio fundamental do direito concorrencial, assim como a preocupação com a proteção dos mercados concorrenciais, seja pelo controle de práticas restritivas, seja pela função educativa que tal ramo do direito desempenha no contexto de regulamentação das práticas empresariais. A preocupação da disciplina, por exemplo, está nas concentrações econômicas e condutas anticompetitivas. Assim, por exemplo, acordos que interferem na aptidão concorrencial de potenciais entrantes nos mercados, ou na oferta de produtos nos mercados, são objeto de análise pelo direito antitruste. Condutas tendentes à dominação dos mercados também são vistas com parcimônia pelas autoridades antitrustes e podem ser objeto de sanção de acordo com a efetiva compensação de valores no momento de análise concorrencial:

²⁰ Idem, p. 1817, especialmente nota 6.

²¹ Idem, nota 6.

entre as eficiências geradas e os efetivos efeitos restritivos nos mercados relevantes.²²

A propriedade intelectual, por sua vez, está baseada em um conjunto de normas e princípios destinados a delimitar as pretensões e faculdades dos titulares de invenções, marcas, desenhos industriais e obras de autoria, normalmente reunidos em “direitos de exclusividade” ou “direitos de exclusivo”. Em sua opção político-legislativa, tal domínio normativo busca oferecer incentivos suficientes para que autores e inventores mantenham seus esforços criativos e inovadores nos mercados, a partir de estratégias e comportamentos específicos. A ausência de direitos de propriedade intelectual (ou sua limitação ou banimento pelo direito antitruste) pode ser um fator de desestímulo para a proteção, por razões óbvias, dentre elas:

- (i) os direitos de propriedade intelectual oferecem incentivos para a manutenção da atividade criativa e inovadoras das empresas nos mercados; os potenciais efeitos do *free-riding e das importações paralelas* nos mercados da inovação seriam a paralisação dos incentivos;
- (ii) direitos de propriedade intelectual determinam a disseminação da inovação. Sem a proteção dos direitos de propriedade intelectual, os criadores seriam levados a manter suas invenções em segredo; no campo das marcas, a ausência de proteção envolveria a perda de incentivos de aprimoramento dos sinais distintivos de produtos e serviços (i.e qualidade, distintividade);
- (iii) além disso, os direitos de propriedade intelectual oferecem às partes em contratos de licenciamento proteção contra atos de violação por terceiros nos mercados, além de maior potencial para comercialização de produtos; direitos de propriedade intelectual também promovem novos negócios relativos ao licenciamento e transferência de tecnologias entre agentes econômicos mais aptos a explorá-las economicamente nos mercados.

Mesmo frente a essas evidências, na literatura antitruste existem autores que discordam sobre a extensão desejável de proteção da propriedade intelectual, inclusive sustentando que tais direitos poucos teriam a ver com

²² Vale destacar que a aquisição e manutenção de posição dominante pela empresa nos mercados não é caracterizada como ilícita per se no campo antitruste; seu exercício abusivo é que constitui objeto de sanção pelo direito concorrencial.

a inovação nos mercados.²³ Para alguns, no que diz respeito à propriedade intelectual, a aplicabilidade do direito concorrencial reside na prevenção e controle da ocorrência de efeitos negativos eventualmente gerados pelos direitos de exclusividade.²⁴

Visando estimular os debates com estes doutrinadores, não se pode evitar a seguinte pergunta: é possível que o direito antitruste penetre os direitos de propriedade intelectual, os escrutine, limitando-os ou mesmo banindo-os do mercado (e da sociedade), considerando-se que são direitos legitimamente constituídos e declarados pela ordem jurídica (no caso do Brasil o INPI)?

Detemo-nos aqui por alguns instantes.

3.2.1 É possível sustentar a complementaridade (ou interface) entre propriedade intelectual e antitruste e aplicá-los conjuntamente nos casos concretos?

A interface entre os objetos do direito antitruste e do direito da propriedade intelectual pode levar a uma análise equivocada, senão levado em consideração que os direitos de propriedade intelectual são objeto específico de regulação por leis e tratados que contêm normas extremamente detalhadas e que devem ser analisadas dentro de seu marco regulatório correto, caso contrário teremos uma série de “potenciais e falsos conflitos” com os objetivos de política concorrencial.

Não há “conflito” entre direito antitruste e direito da propriedade intelectual. As normas concorrenciais e marcárias devem ser interpretadas, não de modo excludente, mas cada qual no seu campo de atuação, segundo suas finalidades, de modo a se ajustarem e conviverem pacificamente sem sofre-

²³ Cf., por exemplo, J. Langenfeld, Intellectual property and antitrust: steps toward striking a balance, *Case Western Res. Law Review*, vol. 52, 2001, especialmente p. 96, questionando o regime de aplicação das normas de propriedade intelectual em termos restritivos no campo das patentes e segredos industriais, com efeitos relativamente ao fechamento de mercado para empresas atuantes no segmento das inovações sequenciais; Cf. também J. B. Kobak Jr. Intellectual property, competition law and hidden choices between original and sequential innovation, *Vanderbilt Journal of Law & Technology*, vol. 3, 1998, p. 6 ss.

²⁴ Cf. D. A. Balto e A. M. Wolman. *Intellectual property and antitrust: general principles*. Practising law institute, 2006 (Patents, Copyrights, Trademarks, and Literary Property Course Handbook Series), p. 24.

rem o escrutínio uma da outra²⁵ – em uma relação de complementaridade e coerência.

Isto é um imperativo da regra da razão.

A jurisprudência norte-americana tem enfatizado a orientação a favor da complementaridade entre direito antitruste e propriedade intelectual. Em *SCM Corp/Xerox*,²⁶ a Suprema Corte entendeu que se os direitos de propriedade intelectual são legitimamente adquiridos, qualquer conduta permitida sob a legislação da propriedade intelectual não poderia desencadear a violação de normas concorrenciais.²⁷

Não há dúvida de que a propriedade intelectual e o direito concorrencial compartilham um propósito comum de assegurar os níveis de inovação nos mercados e a proteção do consumidor. Os direitos de propriedade intelectual oferecem incentivos para a inovação e sua disseminação nos mercados, a partir de “direitos” que podem ser exercidos pelos titulares-criadores/inventores de novos produtos, processos mais eficientes e obras dotadas de originalidade – todos eles diretamente destinados aos consumidores. O direito concorrencial, por seu turno, promove a inovação e o bem-estar do consumidor a partir da aplicação de normas proibitivas de condutas restritivas à concorrência no mercado, buscando uma política corretiva e preventiva.²⁸ Mas quais os limites entre um campo do direito e outro? Como aplicá-

²⁵ H. Hovenkamp. *Federal Antitrust Policy*, cit., p. 239 (“As result, the antitrust laws and the federal intellectual property laws must be interpreted so as to accommodate one another. Importantly, the United States has both a patent policy and an antitrust policy, and neither should be interpreted in such a way as to disregard the other.”)

²⁶ *SCM Corp. v. Xerox Corp.*, 645 F.2d 1195, 1208-1213 (2d Cir. 1981), em que se sustentava exatamente que a recusa unilateral per se de licenças envolvendo a exploração de patentes legalmente adquiridas é ato plenamente compatível com as normas da propriedade intelectual, sem implicar responsabilidade da titular no campo concorrencial. Nesse mesmo sentido, cf. *Data General Corp. v. Grumman Sys. Support Corp.*, 36 F.3d 1147, 1187 (1st Cir. 1994), no qual o US Federal Circuit sustentou que a intenção do autor de excluir terceiros do uso de sua obra protegida por direitos autorais é ato supostamente válido para justificar a recusa de conceder licenças.

²⁷ H. Hovenkamp. *Federal Antitrust Policy*, cit., § 5.5a, p. 239.

²⁸ W. K. Tom e J. A. Newberg, *US Enforcement Approaches to the Antitrust-Intellectual Property Interface*, in: ANDERSON, Robert D. e GALLINI, Nancy T. (ed.). *Competition policy and intellectual property rights in the knowledge-based economy*, University of Calgary Press, 1998, p. 343 ss.

los na prática mantendo-os íntegros no que diz respeito aos seus objetivos e funções – sem invadir a esfera de atuação do Poder Legislativo?

3.2.1.1 Parcimônia na análise dos problemas resultantes da interface entre propriedade intelectual (marcas) e direito antitruste

A complementaridade entre as duas disciplinas ainda reside na idéia de que a propriedade intelectual confere direitos de exclusividade ao criador (inventor/autor), que são objeto de proteção jurídica enquanto sejam legitimamente adquiridos.²⁹ As condutas levadas a cabo pelas empresas-titulares desses direitos não estariam imunes à aplicação do direito antitruste, mas este não pode frustrar o objetivo da propriedade intelectual, o que seria uma superposição drástica de soluções jurídicas comuns. Como resolver este impasse? Por isso, tribunais e autoridades concorrenciais devem determinar precisamente, dentro dos casos envolvendo a interface entre propriedade intelectual e antitruste, quais comportamentos empresariais estariam justificados pelo exercício dos direitos de exclusividade e quais extrapolariam os limites do exercício de tais direitos pelo titular.

Parece, portanto, que o equilíbrio adequado entre os dois domínios normativos esteja em um denominador comum, que é essencialmente o objetivo de assegurar a concorrência nos mercados a partir dos incentivos envolvendo a atividade inovadora e criativa pelos agentes econômicos. A aplicação estrita das normas de um desses campos poderia frustrar os objetivos e efetividade do outro. Daí que os tribunais e autoridades concorrenciais tendem a observar com parcimônia os problemas da interface entre propriedade intelectual e antitruste, porque ambos dizem respeito à proteção do interesse público e não meramente privatísticos das empresas.³⁰ Por essa razão

²⁹ A esse respeito, ver concepção fundante na jurisprudência norte-americana no caso paradigmático julgado pela Suprema Corte, *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Manufacturing Co.*, 243 US 502 (1917), decisão de 9 de abril de 1917, relativamente à proteção do inventor nos limites do direito conferido e nas reivindicações da carta-patente.

³⁰ Vale aqui transcrever as justificativas iniciais do estudo do FTC, *To Promote Innovation: The Proper Balance of Competition and Patent Law and Policy*, Federal Trade Commission, 2003, disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2003/10/innovationrpt.pdf>>: “Competition and patents stand out among the federal policies that influence innovation. Both competition and patent policy can foster innovation, but each requires a proper balance with the other to do so. Errors or systematic biases

parece muito difícil (senão impossível) pretender que um ramo do direito prevaleça sobre o outro. Se isto ocorrer estará ferido o desejado equilíbrio.

4. Conclusões: Condutas anticompetitivas relacionadas ao exercício de direitos de propriedade intelectual (Quais são? Quando devem ser reconhecidas? Como devem ser apuradas?)

Detemo-nos, por fim, nas condutas relacionadas ao exercício dos direitos de propriedade intelectual que podem ser consideradas ilícitas sob a perspectiva do direito antitruste.

a) Poder de mercado e titularidade de direitos de propriedade intelectual

A titularidade de direitos de propriedade intelectual pela empresa não sugere existência de posição dominante nos mercados relevantes³¹ ainda que seja relativamente simples para ela obter o registro de marcas. Contudo, não se pode negar que mesmo sendo objeto de proteção marcária, esse produto pode concorrer intensamente com produtos similares ou iguais em determinado mercado. Por essa razão, para efeitos concorrenciais, uma única marca raramente define o alcance do mercado relevante do produto protegido.³²

Nos Estados Unidos, houve discussão congressional sobre a presunção do exercício de poder de mercado criado pela titularidade de direitos de propriedade intelectual, como aparecia no projeto da *Intellectual Property Protection Act* de 1997, mas que não foi aprovado.³³ Essa presunção nunca se confirmou.

in how one policy's rules are interpreted and applied can harm the other policy's effectiveness".

³¹ W. G. Lavey, Patents, copyrights, and trademarks as sources of market power antitrust cases, in *Antitrust Bulletin*, v. 27, n. 2, 1982, p. 433 ss.; H. Hovenkamp. *Federal Antitrust Policy*, cit., p. 141.

³² O problema da concorrência nos mercados relevantes de medicamentos e exercício de direitos patentários pelas empresas titulares é verificado no estudo de F. Polido e P. César, *Direitos de propriedade intelectual e saúde pública – o acesso universal aos medicamentos anti-retrovirais no Brasil*. São Paulo: IDCID, 2007, p. 79 ss.

³³ H. R. 401, 105th Cong. (1997), disponível em: <<http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/z?c105:h.r.401>>.

Em julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos há referências sobre a relação entre a titularidade de direitos de propriedade intelectual e a presunção de poder de mercado. O titular “carece de poder de mercado quando existem substitutos próximos (não resultantes do *free-riding*) para os produtos objeto de proteção”.³⁴

A mesma abordagem é perseguida nas Diretrizes Antitrustes do DOJ e FTC americanos sobre Licenciamento de direitos de propriedade intelectual e também pela doutrina norte-americana – como bem sustentado por Hovenkamp quando observa a falta de lógica nessa relação.³⁵

b) *Condutas tendentes à dominação de mercados*

Para que a conduta seja delimitada como anticompetitiva, as autoridades concorrenciais devem examinar indícios suficientes de que a empresa incorre em uma prática predatória ou anti-concorrencial, objetivando a exclusão dos concorrentes do mercado. É fundamental, portanto, a existência da intenção de dominação dos mercados relevantes e o risco de caracterizar exercício abusivo do poder de mercado por ela detido.

Em três categorias gerais de práticas empresariais existem preocupações concorrenciais evidentes, como em acordos e práticas concertadas referentes a produtos protegidos por patentes ou direitos de autor; venda casada envolvendo produtos e serviços protegidos por marcas e condutas tendentes à dominação dos mercados a partir de exercício abusivo de direitos patentários adquiridos de modo fraudulento.

No campo das condutas, o tratamento antitruste das condutas unilaterais envolvendo propriedade intelectual reside na análise concorrencial dos efeitos da recusa à negociação de licenças de marcas, patentes,

³⁴ Ver voto do Justice O’Connor no caso *Jefferson Parish Hosp. Dist. v. Hyde*, 466 U. S. 2, 16 (1984), p. 38, n. 7. Essa linha de argumentação foi perseguida por tribunais inferiores nos Estados Unidos, afastando a presunção de ocorrência de poder de mercado detido pela empresa pelo fato da titularidade de direitos de propriedade intelectual sobre produtos e serviços ofertados. Sobre isso, ver *A. I. Root Company v. Computer/Dynamics, Inc.*, 806 F.2d 673 (6th Cir. 1986) e *Will v. Comprehensive Accounting Corp.*, 776 F.2d 665 (7th Cir. 1985). Considerando a presunção como válida em caso de condutas concertadas entre empresas titulares de direitos de PI, cf. *Digidyne v. Data General Corp.*, 734 F.2d 1336 (9th Cir. 1984).

³⁵ H. Hovenkamp. *Federal Antitrust Policy*, cit., p. 141 (“presum[ing] market power in a product simply because it is protected by intellectual property is nonsense”).

desenhos industriais e direitos autorais. Obviamente, não existe consenso quanto a não obrigatoriedade de as empresas licenciarem direitos de propriedade intelectual a terceiros, especialmente concorrentes nos mercados relevantes. Os tribunais, no entanto, observam que a recusa injustificada pode resultar em preocupações concorrenciais quando diretamente direcionada à concorrência nos mercados e com intuito de criar, manter ou expandir monopólios.³⁶ Sem uma análise com base na regra da razão, quando se tratar de condutas, e no correto equilíbrio com direitos de propriedade intelectual, seria impossível constatar a ilicitude dos atos praticados pelos titulares direitos.³⁷

c) *Doutrina do exercício abusivo de direitos sobre as marcas*

A teoria do abuso de direitos de propriedade intelectual (ou genericamente considerada como doutrina do exercício abusivo de direitos marcários) é resultado da construção jurisprudencial norte-americana na solução de litígios privados da propriedade intelectual e reflete a preocupação dos tribunais com a exploração de patentes, marcas, desenhos industriais e direitos de autor e suas respectivas implicações concorrenciais.³⁸

A questão se apresenta, fundamentalmente, na validade de contratos relativos a licenças de direitos de propriedade intelectual, justamente quando o titular dos direitos de propriedade intelectual ajuíza ações contra determinadas concorrentes, sustentando atos de violação de suas patentes, marcas, desenhos industriais ou obras de autoria. O abuso (concorrencialmente relevante) estaria justamente na *medida* ou *meio* pelo qual o titular exerce seus direitos de propriedade intelectual e se tal comportamento justificaria

³⁶ ABA, *Intellectual property and antitrust handbook*. Illinois: American Bar Association, 2007, p. 11 ss, especialmente cap. VI.

³⁷ Isso porque a jurisprudência norte-americana, pelos bons exemplos que oferece, debateu a efetividade da análise antitruste de casos envolvendo direitos de PI, chegando a resultados nem sempre claros e precisos sobre a extensão do problema da interface entre tais campos normativos. Nos casos Kodak e Independent Services Organization, a abordagem pôde ter sido muito ampla ou muito restritiva, tudo dependendo do ponto de vista da doutrina, além da própria crítica levantada quanto à existência de um dever geral de a empresa licenciar determinada tecnologia para suas concorrentes. Sobre isso, cf. ABA, *Intellectual property and antitrust handbook*. Illinois: American Bar Association, 2007, p. 12.

³⁸ Geralmente, cf. H. Hovenkamp. *Federal antitrust policy*, cit., § 5.5b, p. 240 ss.

a violação imediata de normas concorrenciais, normas de propriedade intelectual e outras normas do ordenamento jurídico.

Em grande medida, essa doutrina tem servido para legitimar a defesa, em juízo, das partes que teriam supostamente violado direitos de propriedade intelectual.³⁹ Existe muita controvérsia na aplicação da doutrina do abuso de direitos propriedade intelectual. Interpretações inconsistentes com a jurisprudência construída após a decisão em *Mercoid/Mid-Continent* levou a uma proliferação de litígios nos tribunais norte-americanos e incerteza jurídica, frustrando os objetivos de uma justa e eficiente resolução de litígios envolvendo a propriedade intelectual, particularmente aqueles de caráter privado. Além disso, a incerteza quanto à aplicação da doutrina do exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual gerou um dissídio jurisprudencial entre os tribunais dos estados federados e as instâncias de apelação nos Estados Unidos.⁴⁰

No campo antitruste, o abuso de direitos de propriedade intelectual está associado ao comportamento da empresa, que busca sistematicamente estender os direitos de exclusividade decorrentes de suas patentes, marcas, obras autorais (das criações), para além do escopo da proteção legal conferida. Nesses casos, existirá incerteza quanto ao teste apropriado empregado pelos tribunais para determinar a licitude do comportamento do titular do direito.⁴¹ Por isso mesmo, restariam muitas dúvidas em saber se o fato de o abuso de direitos de propriedade intelectual, por exemplo, seria por si só a justificativa para determinação da ilicitude da prática no domínio concorrencial, vale dizer, se seria suficiente para determinar a anticompetitividade da conduta no mercado relevante.⁴²

Aqui, haverá sempre a necessidade de aplicação da regra da razão, sobretudo porque a incerteza quanto à aplicação da doutrina do abuso de direitos de propriedade intelectual levaria os titulares de patentes, marcas

³⁹ Cf., por exemplo, *Mercoid v. Mid-Continent Inv. Co.*, 320 U.S. 661, 64.S.Ct.268 (1944), no qual a Suprema Corte sustentava aplicação da doutrina do abuso de direitos patentários.

⁴⁰ Cf. Motion for leave to file Brief Amicus curiae and Brief of Amicus Curiae of the American Intellectual Property Law Association in support of petition for a writ of certiorari, *Insultherm v. Tank Insulation International*, n. 96-1899, June 30, 1997

⁴¹ Patent abuses and antitrust: the per se rule, *Harvard Law Review*, v. 64, n. 4, 1951, pp. 626-633.

⁴² Sobre isso, ver comentário em Patent abuses and antitrust: the per se rule, p. 626.

e desenhos industriais a uma posição menos favorável em relação à análise de condutas anticompetitivas pelas autoridades concorrenciais. O exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual é assim identificado quando as autoridades judiciais consideram que as marcas, patentes, desenhos industriais ou direitos de autor sejam utilizados nos mercados de modo anti-concorrencial. A doutrina observa que existe muita controvérsia na análise que deve ser empreendida pelos tribunais para verificar o uso anti-concorrencial dos direitos de propriedade intelectual, vale dizer, se este deve ser endereçado pelas normas e princípios do direito concorrenciais ou pelas normas e princípios da propriedade intelectual, ainda que não diretamente previstos.

Assim, do ponto de vista concorrenciais, o abuso de direitos marcários ocorre quando efetivamente combinado com condutas empresariais cujos efeitos restritivos se intensificam nos mercados relevantes analisados, como por exemplo, fixação de preços em licenciamento cruzado de marcas, fixação de preços de bens protegidos por patentes, acordos restritivos entre concorrentes envolvendo fabricação e comercialização de bens objeto de proteção marcaria ou patentária.⁴³ O abuso de direitos de propriedade intelectual, portanto, não poderia constituir *per se* conduta anti-concorrencial passível de sanção pelo direito antitruste, nem muito menos as ações do titular da marca visando zelar por ela.

Do que se conclui, que o teste jurisprudencial a ser minimamente observado nos casos relativos ao abuso de direitos de propriedade intelectual/industrial (como as marcas) deve: i) identificar (individualizar) se a prática levada a cabo pelo titular do direito é ilícita *per se* ou não, e (ii) demonstrar que os efeitos globais da conduta examinada (e.g. um contrato de licenciamento de marcas cruzadas) tendem a dominação de mercados relevantes adequadamente definidos, resultando em restrições significativas à concorrência.⁴⁴

⁴³ H. Hovenkamp. *Federal antitrust policy*, cit., § 5.5b, p. 240, especialmente nota 11.

⁴⁴ Sobre isso, cf. caso *Windsurfing International v. AMF, Inc.*, 782 F.2d 995 (Fed. Cir. 1986), em que o Tribunal de Apelação do Circuito Federal sustenta a necessidade de aplicação da regra da razão para os casos concorrenciais envolvendo direitos de PI.

A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA E A INTERFACE ENTRE REGULAÇÃO SETORIAL E ANTITRUSTE NO DIREITO BRASILEIRO

*Clèmerson Merlin Clève**
*Melina Breckenfeld Reck***

I. Introdução

Nos últimos anos e, principalmente, diante dos recentes episódios de crise envolvendo a economia dos Estados Unidos e, assim, a economia mundial, não têm sido raras as demonstrações de intensa preocupação com os temas do desenvolvimento e da regulação.

Aliás, o discurso atualmente mais freqüente entre os economistas é o de que a grave crise econômica (superior à do final da década de 30¹) justifica a necessidade e a conveniência de intervenção estatal e, portanto, de instituições estatais eficientes que regulem as atividades econômicas, buscando conciliar, por exemplo: estabilidade dos mercados, segurança jurídica (notadamente mediante o respeito às regras e aos contratos) e proteção e defesa de direitos dos cidadãos.

* Professor Titular de Direito Constitucional da UFPR e da UniBrasil, advogado militante e parecerista, sócio-fundador do escritório Clèmerson Merlin Clève Adv. Ass.

** Professora de Direito Econômico da UniBrasil, Mestre em Direito do Estado pela UFPR, advogada militante, sócia do escritório Clèmerson Merlin Clève Adv. Ass.

¹ Convém lembrar que o keynesianismo nos países centrais foi também uma resposta ao ambiente internacional catastrófico e aos desafios causados pela Grande Depressão dos anos 30.

Diante da conjuntura delineada, mostra-se útil tecer algumas considerações a propósito da interface entre regulação setorial e antitruste no direito brasileiro.

II. Reforma do Estado brasileiro e ênfase na intervenção estatal indireta

Na década de 90² houve, no Brasil, tal como em outros países, uma redefinição do modelo de intervenção estatal com o aprofundamento dos mecanismos de intervenção indireta, tendo sido apresentadas, no bojo das emendas constitucionais que se fizeram necessárias, justificativas³ relativas (i) à tese da incapacidade financeira do Estado (esgotamento do padrão de financiamento do setor público) para intervir diretamente no domínio econômico e (ii) à necessidade seja de robustecimento de suas atividades regu-

² A propósito, Luís Roberto Barroso assevera: “Após a Constituição de 1988 e, sobretudo, ao longo da década de 90, o tamanho e o papel do Estado passaram para o centro do debate institucional. E a verdade é que o intervencionismo estatal não resistiu à onda mundial de esvaziamento do modelo no qual o Poder Público e as entidades por ele controladas atuavam como protagonistas do processo econômico. O modelo dos últimos vinte e cinco anos se exauria. O Estado brasileiro chegou ao fim do século XX grande, ineficiente, com bolsões endêmicos de corrupção e sem conseguir vencer a luta contra a pobreza. Um Estado da direita, do atraso social, da concentração de renda. Um estado que tomava dinheiro emprestado no exterior para emprestar internamente, a juros baixos, para a burguesia industrial e financeira brasileira. Esse estado, portanto, que a classe dominante brasileira agora abandona e do qual quer se livrar foi aquele que a serviu durante toda a sua existência. Parece, então, equivocada a suposição de que a defesa desse estado perverso, injusto e que não conseguiu elevar o patamar social no Brasil seja uma opção avançada, progressista, e que o alinhamento com o discurso por sua desconstrução seja a postura reacionária. A privatização de serviços e atividades empresariais, por paradoxal que possa parecer, foi, em muitos domínios, a alternativa possível de publicização de um estado apropriado privadamente, embora, é verdade, o modelo escolhido não tenha sido o da democratização do capital. Ao fim desse exercício de desconstrução, será preciso então repensar qual o projeto de país que se pretende concretizar sobre as ruínas de um Estado que, infelizmente, não cumpriu adequadamente o seu papel” (BARROSO, Luís Roberto. Introdução ao livro *Direito regulatório*, de MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 22).

³ Desde logo, cumpre ressaltar que a apreciação quanto à procedência ou não desses argumentos e quanto às discussões teóricas existentes nessa seara não será realizada no presente ensaio, eis que ultrapassa o seu objeto.

ladora, fiscalizadora e fomentadora, seja de desmonte do Estado prestador e produtor (agente econômico).

Entretanto, tais assertivas não elidem nem mitigam o papel necessário e indispensável do Estado como instrumento de efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, bem como tal redefinição ensejou mera redução da intervenção direta do Estado no domínio econômico, mas não seu desaparecimento.

Com efeito, ainda que tenha sido mitigada a atuação estatal como provedor de bem ou serviço, isto é, como agente econômico, o Estado não só pode como deve exercitar integralmente a intervenção indireta por meio da regulação jurídica e do fomento, inclusive porque a Carta de 1988 rejeita o absentismo estatal, isto é, o Estado Brasileiro não pode manter-se inerte diante das demandas econômico-sociais e dos desafios impostos pela soberania nacional. Afinal, a compressão da intervenção estatal direta no domínio econômico não implica a adoção do modelo do Estado *Gendarme*, significando antes mudança na prioridade e ênfase interventiva, da passagem do Estado empresário para a ampliação do papel estatal na regulação e fiscalização das atividades econômicas *lato sensu*.

A propósito, ponderam Vital Moreira e Maria Manuel Leitão Marques:

“O regresso, nas duas últimas décadas, ao paradigma da economia de mercado, depois de uma longa fase de forte regulação e intervenção estatal directa na economia, significa desde logo a revalorização da economia privada, da concorrência e do mercado. As palavras-chave são privatização, liberalização, desregulação. Mas seria errôneo pensar que a privatização e liberalização do sector público se traduz necessariamente num processo de desregulação e devolução pura e simples para as leis do mercado. Longe disso. A desintervenção económica do Estado não quer significar o regresso ao ‘laissez-faire’ e ao antigo capitalismo liberal. Pelo contrário: o abandono da actividade empresarial do Estado e o fim dos exclusivos públicos provocou em geral um reforço da actividade regulatória do Estado”.⁴

Marçal Justen Filho, por seu turno, assevera:

“No modelo desenvolvido ao longo dos últimos trinta anos, a atuação e a intervenção estatal diretas foram reduzidas sensivelmente. A contrapar-

⁴ MOREIRA, Vital; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *A mão visível: mercado e regulação*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 13.

tida da redução da intervenção estatal consiste no predomínio de funções regulatórias. Postula-se que o Estado deveria não mais atuar como agente econômico, mas sim como árbitro das atividades privadas. Não significa negar a responsabilidade estatal na promoção do bem-estar, mas alterar os instrumentos para realização dessas tarefas. Ou seja, o ideário do Estado de Bem-Estar permanece vigente, integrado irreversivelmente na civilização ocidental. As novas concepções acentuam a impossibilidade de realização desses valores fundamentais através da atuação preponderante (senão isolada) dos organismos públicos”.⁵

Nessa seara, não se olvide a confluência dos arts. 170, 173, 174 e 175⁶ da Constituição Federal no que concerne à atuação estatal sobre e no domínio econômico, bem como o equilíbrio compromissório⁷ que a Carta Magna estabelece na tutela das atividades econômicas *lato sensu* (serviços públicos e atividades econômicas *stricto sensu*).

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 21.

⁶ “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: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede no País. 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”; “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 4.º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”; “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativa para o setor privado”; “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”.

⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000, p. 225.

Aliás, nesse particular, o escopo primordial da regulação estatal (intervenção indireta nas atividades econômicas *lato sensu*) e, inclusive, da criação das agências reguladoras em razão, por exemplo, de privatizações, reside no compromisso de não somente conciliar a lógica privada do lucro com a adequada prestação de serviços públicos e com os princípios que integram a ordem econômica constitucional, mas também de erigir mecanismos que propiciem a universalização de tais serviços (evitando-se que a oferta concentre-se nos segmentos mais atrativos da demanda) e a concretização desses princípios.

II.1. Setores estratégicos de infra-estrutura, transferência da prestação de atividades econômicas para a iniciativa privada e a criação das agências reguladoras

Não se pode ignorar que, no Brasil, a disciplina jurídica dos setores de infra-estrutura é fruto da experiência histórica da sociedade brasileira. Nesse sentido, a matéria sempre oscilou entre a participação da iniciativa privada e a forte presença do poder público na construção e operação desses setores.

Por se tratar de setores estratégicos ao desenvolvimento e soberania nacionais, a Carta Magna pretende, ao erigir tais atividades, em regra, como serviço público, uma regulação apropriada, específica, intensa e apartada da regra de liberdade inerente às relações econômicas privadas.

Não bastasse isso, sabe-se que é imperioso, ao Estado brasileiro, solucionar os chamados gargalos de infra-estrutura em setores estratégicos (ferrovias, rodovias, energia elétrica, saneamento, portos etc.).

Deveras, diante desse quadro e das vicissitudes sociais e econômicas brasileiras, a intervenção regulatória (indireta) do Estado no domínio econômico deve promover o equilíbrio entre os interesses privados e públicos.

De outra parte, as especificidades de determinados segmentos econômicos estratégicos implicam o caráter inevitável da intervenção estatal setorial. Isso sucede porque, diante de tipicidades de monopólio naturais e legais, não se prescinde da intervenção estatal mediante a aplicação dos mecanismos previstos no capítulo da ordem econômica constitucional (art. 170 e seguintes), almejando à consecução do desenvolvimento dessas infra-estruturas.

Como se vê, a importância estratégica de tais setores, seja em termos de desenvolvimento, seja em termos de soberania do Estado brasilei-

ro, impõe que as atividades econômicas neles desenvolvidas sujeitem-se à forte presença do Estado, motivo pelo qual os setores estratégicos sempre estiveram e estarão submetidos à intervenção estatal, cujo foco variará não só conforme as vicissitudes políticas, econômicas e sociais de determinado momento histórico, mas também, notadamente, conforme o tratamento que lhes é conferido pelo ordenamento jurídico.

Pois bem, na redefinição do modelo interventivo do Estado brasileiro e diante da escassez dos recursos públicos, operou-se (i) a delegação da prestação de ampla gama de serviços públicos para a iniciativa privada, conservando-se, porém, a titularidade e responsabilidade estatal sobre tais serviços e sobre sua prestação adequada; (ii) a transformação de alguns serviços públicos em atividades econômicas *stricto sensu*, mediante, por exemplo, a desagregação vertical de setores organizados em monopólio natural (*unbundling*),⁸ por meio da qual são dissociadas, em um determinado setor, as atividades potencialmente competitivas das não-competitivas; (iii) a criação das agências reguladoras.

Como registra Luís Roberto Barroso, a privatização “trouxe drástica transformação no papel do Estado: em lugar de protagonista na execução dos serviços, suas funções passam a ser as de planejamento, regulação e fiscalização. É nesse contexto histórico que surgem, como personagens fundamentais, as agências reguladoras”.⁹

Não obstante a origem das agências reguladoras no Brasil estar muito vinculada ao fato de que a execução dos serviços públicos foi transferida à iniciativa privada, tais autarquias especiais, dotadas de prerrogativas próprias e caracterizadas por sua autonomia em relação ao Poder Público, não têm sua atuação restringida aos serviços públicos, sendo também relevantes no âmbito das atividades econômicas *stricto sensu*, consoante, aliás, o previsto no art. 174 da Constituição da República.

O regime especial autárquico conferido às agências reguladoras brasileiras, com, de um lado, estabilidade e mandato assegurados aos seus dirigentes e, de outro, a previsão de um regime de incompatibilidade e da quarentena, visa a impedir ingerências indevidas do Poder Executivo, injunções político-partidárias e, também, *lobbies* dos grandes grupos empresariais,

⁸ A propósito, conferir: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 435 e ss.

⁹ BARROSO, op. cit., p. 31.

bem como a preservar a natureza técnica das funções executivo-administrativas, normativas e decisórias desempenhadas pelas agências reguladoras.

II.2. Escopos da atividade regulatória

Antes de tratar dos escopos, cumpre analisar a natureza polissêmica do termo regulação e, então, definir o que se pretende dizer ao se utilizar a expressão Estado Regulador.

Como se sabe, na seara jurídica, a utilização de expressões deve ser permeada de muita parcimônia, mormente quando o intento é explicar um conceito ou instituto jurídico. No que se refere ao termo regulação, essa cautela inclusive deve ser redobrada, eis que se constata que ele vem sendo utilizado, hodiernamente, de forma generalizada seja por profissionais de outras ciências (economia, administração, jornalismo etc.), seja pelos cidadãos e representantes políticos em geral.

Embora se trate de expressão amplamente conhecida, não se pode dizer que possua um sentido unívoco, bem pelo contrário há uma ampla gama de significados e nem sempre a expressão é utilizada com o mesmo sentido, razão pela qual, no presente ensaio, faz-se oportuno estabelecer um acordo semântico, isto é, definir qual o significado que se adota na utilização do termo.

Neste ponto, cumpre ressaltar que, por força do contido no art. 174 da Constituição Federal, não se pode definir regulação como o mero estabelecimento de regras jurídicas,¹⁰ visto que, com esse significado, não se estaria

¹⁰ A propósito, Floriano Azevedo Marques Neto assevera: “Cumprer separar a atividade regulatória da atividade regulamentar. O baralhamento entre os dois conceitos leva alguns doutrinadores a reduzir a atividade de regulação estatal ao seu caráter meramente normativo. Esta mesma confusão está também na base de posições doutrinárias que procuram identificar o processo de reforma regulatória (e o crescimento dos mecanismos de nova regulação estatal) com processos de desregulamentação ou de desregulação. A atividade de regulação estatal envolve – dentro das balizas acima divisadas – funções muito mais amplas que a função regulamentar (consistente em disciplinar uma atividade mediante a emissão de comandos normativos, de caráter geral, ainda que com abrangência meramente setorial). A regulação estatal envolve, como veremos adiante mais amiúde, atividades coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias, de conciliação (composição e arbitragem de interesses), bem como o exercício de poderes coercitivos e funções de subsidiar e recomendar a adoção de medidas de ordem geral pelo poder central. Sem essa completude de funções

retratando todo o contexto que permeia hodiernamente a atividade regulatória do Estado, inclusive em razão do surgimento das agências reguladoras. Isto é, há que se partir da premissa de que a expressão regulação, atualmente, cinge-se a fenômeno recente que se espalhou internacionalmente baseado na criação das chamadas autoridades independentes (chamadas no Brasil de agências reguladoras) e na implantação de um novo modelo de Estado oriundo de processos de privatização e liberalização da economia mediante a relativização de monopólios estatais.

Como se vê, a compreensão do termo regulação encontra-se vinculada ao significado que se atribui, também em tempos atuais, à expressão Estado Regulador, a qual, diga-se de passagem, igualmente, não se resume ao sentido de o Estado ter a prerrogativa de estabelecer normas jurídicas, afinal, se o significado abrangesse apenas esse aspecto, ter-se-ia sempre o Estado como “regulador”.

Partindo-se da premissa de que o significado dos termos regulação e Estado Regulador decorre da estreita relação entre ambos, no presente estudo, ao utilizá-los, almeja-se referir ao atual modelo estatal, em que são, consideravelmente, estabelecidas regras jurídicas no processo de abertura econômica e no qual se forja um novo modelo de intervenção estatal na economia mediante a redução da atuação empresarial do Estado. Ressalve-se, no entanto, que não se trata de modelo estatal padronizado, e sim dinâmico e mutante conforme as vicissitudes históricas, culturais, econômicas e sociais. Afinal, segundo Marçal Justen Filho, “fala-se muito mais de um ‘modelo regulador’ de Estado para indicar uma situação variável, que se concretiza de

não estaremos diante do exercício de função regulatória (p. 37-38). Porém, não fosse essa plêiade de atividades intrínseca à função de regulação, a sua distinção da atividade meramente normativa e regulamentar, entre nós, já estaria patente do próprio texto constitucional. Com efeito, o artigo 174 da CF imputa ao Estado o papel de ‘agente normativo e regulador da atividade econômica’ (a qual, nos parece, é aqui utilizada no sentido amplo, compreendendo tanto as atividades econômicas em sentido estrito como aquelas consideradas serviços públicos). Ora, se o Constituinte se arvorou no dever de distinguir os dois papéis do Estado em face da ordem econômica, separando a atividade regulamentar (normativa) da atividade regulatória (esta última compreendendo o detalhamento dos aspectos de fiscalização, incentivo e planejamento), é certo que, para a ordem constitucional brasileira, regular não é sinônimo de regulamentar” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências reguladoras independentes – fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 37-38).

diversos modos. A propósito do Estado, poderiam ser aplicadas as palavras de Eros Grau, no sentido de que ‘A cada sociedade corresponde *um direito*, integrado por determinadas regras e determinados princípios’. Não obstante podemos, no plano abstrato, falar de certos *modelos de direito*’.¹¹

Saliente-se, outrossim, que, para Calixto Salomão Filho,¹² o emprego do termo não se resume à regulação dos serviços públicos, englobando “toda a forma de *organização da atividade econômica* através do Estado, seja a *intervenção* através da concessão de serviço público ou o exercício do *poder de polícia*”, vez que “no campo econômico, a utilização do conceito de *regulação* é a correspondência necessária de dois fenômenos. Em primeiro lugar, a redução da intervenção direta do Estado na economia, e em segundo o crescimento do movimento de concentração econômica”.

Em suma, no presente texto, a utilização da expressão Estado Regulador implica a aceitação de que, nessa nova arquitetônica de Estado, houve a modificação não dos fins, mas sim dos mecanismos por meio dos quais o Poder Público intervém nas atividades econômicas para alcançar os fins almejados pelo Estado Democrático de Direito.¹³ Isto é, “a regulação incorpora a concepção da *subsidiariedade*. Isso importa reconhecer os princípios gerais da livre-iniciativa e da livre empresa, reservando-se ao Estado o instrumento da regulação como meio de orientar a atuação dos particulares à realização de valores fundamentais”.¹⁴

Pois bem, a respeito desse desenho regulatório, podem ser elencados alguns escopos: (i) liberalização de atividades até então monopolizadas pelo Estado, para viabilizar ampla disputa pelos particulares em regime de mercado; (ii) predomínio da competência regulatória: permanece o Estado

¹¹ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 24-25.

¹² SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica – princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 14.

¹³ Nesse sentido, Alexandre Santos de Aragão ressalta não ter havido “uma mudança nos objetivos – a maioria deles de sede constitucional – destas atividades, mas sim nos meios delas os alcançarem: de uma titularidade estatal exclusiva e unicidade de prestador sob uma intensa regulação, para uma pluralidade de prestadores insujeitos à regulação estatal em uma sria de importantes aspectos de suas atividades” (ARAGÃO, Alexandre. *Serviços públicos e concorrência*, *Revista de Direito Público da Economia* n. 2, Belo Horizonte: Fórum, abr./maio/jun. de 2003, p. 54-124, p. 63).

¹⁴ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 21.

presente no domínio econômico, não como agente econômico, mas sim valendo-se do instrumento normativo e de suas competências políticas para induzir os particulares à realização dos fins necessários ao bem comum; (iii) a atuação regulatória propugnada admite a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores políticos e sociais, sendo que a relevância dos interesses coletivos envolvidos (serviços públicos, por exemplo) impede a prevalência da pura e simples busca do lucro; (iv) instituição de mecanismos de disciplina permanente e dinâmica em relação à atividade econômica privada; (v) intervenção para criar condições de concorrência, inclusive, quando possível, no âmbito dos serviços públicos, vez que esta, quando devidamente monitorada pelo Estado, substancia importante instrumento para atingir a justiça social, plasmada constitucionalmente com a consagração dos direitos fundamentais, não representando, assim, um fim em si mesmo.

Tais escopos encontram-se atrelados aos principais motivos do advento desse novo modelo de intervenção estatal, dentre eles: (i) a insuficiência do Estado de Providência na atuação direta na economia (como promotor, gestor e planejador) decorrente inclusive do fato de o Estado não possuir todas as informações relevantes e necessárias para dirigir a economia; (ii) o sofisma do mercado livre, isto é, o reconhecimento de que a mão invisível de Adam Smith não dispensa a necessidade de o Estado intervir para garantir a concorrência entre os agentes, notadamente em razão de existência das chamadas *falhas de mercado* (ex.: externalidades negativas, assimetrias de informação, monopólios naturais etc.); (iii) a necessidade de proteção aos consumidores, identificados como o lado hipossuficiente nas relações econômicas mantidas com produtores e distribuidores; (iv) necessidade de assegurar as obrigações de serviço público.

Como se vê, é inafastável a necessidade de o Estado intervir por meio da atividade regulatória nas atividades econômicas.

III. Relação entre regulação estatal setorial e antitruste

No presente texto a opção pela utilização da expressão antitruste, no lugar de concorrência, decorre do fato de que a última não constitui um fim em si mesma encontrando-se atrelada aos demais princípios e fins plasmados

na ordem econômica constitucional.¹⁵ Perfilha-se, portanto, o entendimento adotado por Paula Forgioni quando assevera que o antitruste é “técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e a tutela da livre concorrência”,¹⁶ afinal “o antitruste já não pode ser visto apenas como um arranjo inteligente de normas destinado a evitar ou neutralizar os efeitos autodestrutíveis, criados pelo próprio mercado, mas, ao contrário, deve ser encarado como um instrumento de implementação de políticas públicas”.¹⁷

No bojo da reforma do Estado brasileiro, uma das medidas adotadas foi o fim de monopólios públicos e a abertura de campo para a iniciativa privada, sob o argumento de que a concorrência configuraria um mecanismo eficiente¹⁸ na obtenção de satisfatório desenvolvimento econômico, pois proporcionaria ganhos de qualidade significativos e menores preços para o consumidor, inclusive oferecendo-lhe possibilidades de escolha.

Entretanto, não se pode aceitar que o fim de monopólios públicos enseje a criação de monopólios privados, tampouco a possibilidade de exercício abusivo de poder econômico, daí por que, nesse novo modelo, não se cogita que a concorrência seja suficiente e que, assim, possa dispensar a atuação regulatória do Estado. Ao revés, resulta evidente, nesse processo, a

¹⁵ “O direito da concorrência no Brasil – seja no aspecto de seu texto normativo, seja no de sua efetiva aplicação – é determinado pelos princípios jurídicos conformadores da ordem econômica constitucional. Observe-se, assim, que a ordem econômica constitucional não é estabelecida apenas pelas regras dispostas no Título VII da Constituição, pois diversas disposições tratadas em outros títulos referem-se a essa ordem. Essas regras em conjunto é que devem ser interpretadas e aplicadas como um todo para a concreção das normas constitucionais. (...) Ressalvando-se que as questões concretas podem suscitar a consideração de outros princípios no momento da aplicação da lei antitruste, pode-se enumerar os mais relevantes à matéria, dentro do enfoque deste trabalho: livre-iniciativa, livre concorrência, repressão ao abuso do poder econômico; e bem-estar do consumidor” (NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *Defesa da concorrência e globalização econômica – o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 232-234).

¹⁶ FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 23-24.

¹⁷ Idem, p. 24.

¹⁸ Conferir sobre o assunto: SUNDFELD, Carlos Ari. Serviços públicos e regulação estatal: introdução às agências reguladoras, in: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 35.

estreita e necessária relação, inclusive com certa dependência, entre a regulação setorial e o antitruste.

A propósito, enfatizam Gaspar Ariño Ortiz e Lucía Lopez de Castro García-Morato:

“A abertura à concorrência não consistiu unicamente em um processo ‘liberalizador’ (eliminação de barreiras de entrada ao exercício da atividade). Pelo contrário, nestes setores, a privatização e a liberalização foram acompanhadas de um novo modelo de regulação para a concorrência, pois dadas as características de monopólio natural, presente em alguma fase de sua atividade, e as tendências colusivas de muitos desses setores, a privatização e a teórica liberalização poderiam posteriormente desembocar em um monopólio privado, tão ineficiente ou mais que o serviço público monopolizado de titularidade estatal.”¹⁹

Vital Moreira e Maria Leitão Marques, por seu turno, registram que “ao contrário da economia baseada na intervenção econômica do Estado e nos serviços públicos directamente assegurados pelos poderes públicos, a nova economia de mercado, baseada na iniciativa privada e na concorrência, depende essencialmente da regulação pública não somente para assegurar o funcionamento do próprio mercado mas também para fazer valer os interesses públicos e sociais relevantes que só por si o mercado não garante”.²⁰

Nesse aspecto, Tércio Sampaio Ferraz Júnior,²¹ após ponderar que livre-iniciativa nem sempre se traduz em livre concorrência (e vice-versa), também considera necessária a presença do “Estado regulador e fiscalizador, capaz de regular o livre mercado para fomentar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços, do dinamismo tecnológico, do uso adequado de economia de escala etc., impedindo, assim, que a competitividade, num mercado livre que a desvirtua, se torne instrumento de restrição estratégica à livre-iniciativa dos concorrentes”.

¹⁹ ORTIZ, Gaspar Ariño; GARCÍA-MORATO, Lucía Lopez de Castro. *Derecho de la competencia en sectores regulados: fusiones y adquisiciones – control de empresas y poder político*. Granada: Comares, 2001, p. 5-6 (tradução livre).

²⁰ MOREIRA, Vital e LEITÃO, Maria, op. cit., p. 15.

²¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Abuso de Poder Econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente, *Revista de Direito Público da Economia* n. 1, Belo Horizonte: Fórum, jan./fev./mar. de 2003, p. 215-225, p. 216.

Não se tergiversa, portanto, a respeito do necessário vínculo entre a regulação estatal e o antitruste, mesmo porque o Estado não pode ausentar-se, devendo antes intervir nas atividades econômicas visando, dentre outros objetivos, a propiciar um regime concorrencial possível.²²

Deveras, a introdução da concorrência, em setores de infra-estrutura essencial antes monopolizado, embora seja um dos cerne da reforma realizada no Estado brasileiro, não tem o condão de afastar a ação estatal intensiva, mesmo porque a mera existência de concorrência não implica que o ambiente econômico resulte completamente livre de quaisquer restrições estatais. Em suma, ainda que algumas regras sejam eliminadas, outras são adotadas inclusive com o intuito de promover a reestruturação setorial.

Nesse aspecto, Diogo Rosenthal Coutinho,²³ ao ponderar que as regras de universalização inerentes aos serviços públicos necessitam de um mecanismo regulatório próprio e independente da lógica da concorrência, salienta:

“O estímulo à concorrência, ainda que bem-sucedido, não é suficiente para garantir a universalização. É mais fácil imaginar que um regime concorrencial leve à rivalidade de firmas na utilização da infra-estrutura já *construída* do que a uma rivalidade na *expansão* da rede (exceto se a expansão se justificar em razão de interesse comercial concreto na área a ser alcançada). Da mesma forma, não se verifica que a rivalidade incipiente entre firmas brasileiras prestadoras de serviço público chegue a um grau de acirramento tal que a oferta de serviços mais baratos para as classes pobres desponte como um elemento diferenciador para o consumidor consciente. Em outras palavras, a concorrência, altamente benéfica para o consumidor já incluído do mercado, não é capaz de, por si só, incluir cidadãos alijados do acesso às

²² Marie-Anne Frison-Roche ressalta que “quando a liberalização dos setores coincide com a criação de regulações, esta é a consequência da constatação de que não basta declarar a concorrência, é preciso construí-la. Disso decorre uma regulação dita ‘assimétrica’, ou seja, que visa abertamente a enfraquecer o poder de mercado do operador histórico, freqüentemente público, para tornar o setor atrativo a novos operadores. O acesso ao setor é então considerado como uma espécie de porta aberta, a regulação funcionando então temporariamente como o degrau de acesso à concorrência” (Os novos campos da regulação, *Revista de Direito Público da Economia* n. 10, Belo Horizonte: Fórum, abr./maio/jun. de 2005, p. 199).

²³ COUTINHO, Diogo Rosenthal. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil, in: *Regulação, direito e democracia*, São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 78.

redes, nem tampouco atingiu um grau de sofisticação tal que a diferenciação de produtos se dê por meio da avaliação do nível de comprometimento social da empresa prestadora do serviço. Fato é que a concorrência e a universalização seguem lógicas muito distintas, que não podem ser substituídas e, em algumas situações, se contrapõem. Empresas privadas não investem em universalização a não ser (a) quando esta apresenta perspectivas concretas – e excepcionais de rentabilidade futura que justifique inversões ou (b) quando são *obrigadas a isso* pelas regras de regulação que tenham, entre seus escopos, objetivos redistributivos”.²⁴

De outro lado, convém lembrar que a atuação regulatória do Estado não se restringe às atividades econômicas que substanciam serviços públicos, inclusive a própria criação de agências reguladoras voltadas às atividades econômicas *stricto sensu* demonstra que o reposicionamento do Estado em face da economia não se deu apenas no âmbito dos serviços públicos. Logo, ao lado da constatação da importância da introdução da concorrência no âmbito desses serviços, é relevante destacar que, na seara das atividades inerentes ao setor privado, também está presente a regulação estatal setorial.

Desse modo, seja no âmbito dos serviços públicos, seja no âmbito das atividades econômicas *stricto sensu*, constata-se que a regulação setorial e o antitruste encontram-se atrelados.

IV. Autoridade antitruste (CADE) e competências regulatórias setoriais

Na medida em que se verifica, de um lado, que a atuação regulatória do Estado brasileiro abrange as duas espécies de atividade econômica *lato sensu* e, de outro, que se introduziu o princípio da concorrência no âmbito dos serviços públicos, resulta interessante, no presente texto, analisar alguns aspectos da interface entre a autoridade antitruste brasileira (isto é, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e as competências regulatórias setoriais, ressaltando-se, desde logo, que um dos aspectos desse processo de interação envolve (i) a articulação de competências entre o CADE e os entes estatais reguladores, bem como (ii) a definição de uma nova pos-

²⁴ Idem, p. 83-84.

tura do próprio CADE – criado em 1962, pela Lei 4.137/62, e atualmente regido pela Lei 8.884/94 – diante desse novo modelo estatal.

Ainda que a possibilidade de aplicação do princípio da concorrência nos setores regulados não se dê de idêntico modo nos setores não regulados, afinal aqueles setores possuem imperfeições estruturais que legitimam a própria regulação, cumpre descartar, desde logo, que, em razão do disposto nos arts. 170 e 173, parágrafo 4.º, da Constituição da República, qualquer tentativa de afastar integralmente a aplicação do antitruste.²⁵

Nessa seara, a articulação de competências em matéria de controle de estruturas e condutas substancia elemento basilar da identificação dos limites entre a esfera regulatória setorial e o antitruste, eis que, ao menos, delimita o âmbito de atuação de cada uma em matéria de prevenção e repressão das infrações à ordem econômica.

A propósito da articulação entre a atividade de controle antitruste e de regulação setorial, convém, desde logo, dizer que ela é complexa, sendo que, em estudo de direito comparado, Calixto Salomão Filho²⁶ salienta que, nos EUA, desenvolveram-se duas correntes jurisprudenciais: a teoria da ação política (*state action doctrine*) e a teoria do poder amplo (*pervasive power*).

A teoria da ação política incide sobre situações, freqüentes nos EUA e raras no sistema federativo brasileiro, em que há convergência entre competências regulatórias setoriais pertencentes aos estados federados e a competência de controle antitruste atribuída à União. Nela são estabelecidos dois critérios para determinar se a regulamentação estadual confere imunidade à aplicação do direito antitruste, quais sejam: (i) “é necessário que a decisão seja tomada ou que a regulamentação seja expedida em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação. Não basta, portanto, que a lei dê poderes para determinação das variáveis empresariais básicas (preço e quantidade produzida). É necessário que ela claramente expresse a intenção de substi-

²⁵ Conferir, nesse sentido, as considerações de Calixto Salomão Filho na obra *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 136-139.

²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro*. In: CAMPILONGO, Celso; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coord.). *Concorrência e regulação no sistema financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 130.

tuir a competição pela regulamentação”;²⁷ (ii) “é necessário ainda que haja supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulamentação”.²⁸

²⁷ Idem, p. 136-137.

²⁸ Idem, p. 137. Calixto Salomão registra, em nota de rodapé, que “estes dois requisitos, desenvolvidos pela *Supreme Court* no caso *Midcal*, foram aplicados em várias decisões posteriores. Assim, em ‘*Hinshaw v. Beatrice Foods, Inc.*’, 1980-81 Trade Cas. (CCH), 63.584 (*D. Mont.* 1980), foi reconhecida a imunidade às leis antitruste por existir uma regulação completa do preço do leite no Estado de Montana. Em ‘*Southern Motor Rate Conference, Inc. v. United States*’, 471 *US* 48 (1985), a Suprema Corte decidiu que o conceito de ‘política claramente expressa e definida’, estabelecido em *Midcal*, era aplicável a políticas estatais que meramente permitiam, mas não obrigavam. Por isso decidiu-se pela imunidade antitruste de quatro empresas de transporte, por estarem autorizadas a concordar com *joint rate proposals*, antes de submetê-las ao órgão regulador. A *Supreme Court* alegou também que havia uma supervisão ativa, pois o Estado avaliava as tarifas de transportadoras. Presentes os dois requisitos não havia ilícito antitruste. Já o requerimento da supervisão ativa por parte do órgão governamental foi posteriormente desenvolvido em ‘*324 Liquor v. Duffy*’, 479 *US* 335 (1987), onde o Estado de New York obrigava os vendedores de bebidas alcoólicas a vender seus produtos no mínimo pelo preço sugerido pelos atacadistas mais 12%. Tal prática suprimia a competição e foi condenada pela *Supreme Court* por não rever os preços estabelecidos pelos atacadistas, simplesmente permitindo que eles o fixassem a seu alvedrio. Uma decisão da Suprema Corte Americana essencial para o pleno entendimento desta matéria é a de ‘*Patrick v. Burget*’, 486 *US* 94, 100-01 (1988). Neste caso, um médico alegou que um grupo de médicos rivais estava violando o *Sherman Act* por manipular o processo *peer review* de modo a não conceder a ele privilégios no único hospital da cidade de Astoria, Oregon. A Suprema Corte decidiu que não havia imunidade antitruste baseada na ação do Estado (como havia sido alegado pela *Court of Appeals*), pois nenhuma agência estatal tinha poder para revisar as decisões do *peer review* e suspender uma decisão que pudesse ser contrária à política fixada pelo Estado. Assim, a jurisprudência norte-americana vem-se posicionando no sentido de conferir imunidade antitruste para particulares, funcionário ou agências governamentais desde que haja (i) política claramente expressa e definida, além de inequívoca, do Estado na política de atos que normalmente seriam ilícitos antitruste (essa política pode ser permissiva ou obrigatória); (ii) supervisão ativa por parte do Estado das práticas resultantes desta política, para que os resultados, especialmente os resultados para a concorrência e para os consumidores, não sejam desarrazoados. Aqui, deve ser entendido que o Estado tem o poder de controlar preços, fornecimento, estoques, etc.” (idem, p. 137).

A teoria do poder amplo, por sua vez, “aplica-se na análise das competências regulamentares das agências governamentais federais americanas”,²⁹ visando a “verificar em que hipóteses a atribuição de competência a uma agência federal dotada de poderes regulamentares afasta a possibilidade de aplicação do direito antitruste”.

Nessa teoria desenvolve-se raciocínio semelhante àquele da teoria da ação política, estabelecendo dois casos em que se exclui a competência destinada à aplicação do direito antitruste, vez que em ambos “o poder conferido à agência governamental deve ser amplo o suficiente para afastar a competência de qualquer outro órgão”,³⁰ a saber: (i) “o poder do órgão é *extenso* o suficiente para afastar qualquer outra competência. Por ‘poder extenso o suficiente’ entende-se aquele poder que é conferido com o intuito de substituir o sistema concorrencial”; (ii) “a segunda hipótese é aquela em que, apesar de não dotado de extensão suficiente para afastar a aplicação do direito antitruste, o poder é *profundo o bastante* para fazê-lo. Nessa hipótese o poder conferido à agência governamental independente já inclui a competência para aplicar a lei antitruste; não há que se pensar em controle do ato do ponto de vista concorrencial pelo órgão encarregado da aplicação do direito antitruste (FTC) ou pelas Cortes simplesmente porque aquelas regras já foram (por hipótese) levadas em consideração quando da: regulamentação ou quando da decisão aprovando determinado tipo de procedimento”.³¹

A propósito dessas duas correntes jurisprudenciais norte-americanas, cumpre dizer que não há a possibilidade de transplantá-las para o direito brasileiro: a um porque as experiências do direito comparado, em regra, não podem ser, sem maiores cuidados, meramente transplantadas para o Brasil, notadamente em razão das diferenças culturais, políticas, sociais, normativas e econômicas; a dois porque, na experiência brasileira, o adequado seria verificar de que modo a legislação aplicável trata a articulação de competências.

Pois bem, a interface entre a regulação setorial e o antitruste pode ser promovida das seguintes formas: (i) *articulação complementar*, mediante limites expressos que separam as duas competências, sendo que a separação pode ser *procedimental*, isto é, definindo-se uma etapa de atuação do

²⁹ Idem, p. 138.

³⁰ Idem, p. 138.

³¹ Idem, p. 139. Conferir, nesse sentido, “United States v. RCA”, 358 US 334 (1959).

ente regulador setorial e outra do órgão antitruste ou pode ser *operacional*, diante da qual o regulador atua no controle preventivo (art. 54 da Lei 8.884/94), enquanto o antitruste realiza o controle repressivo (arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94); (ii) *articulação supletiva*, em que será exercida a competência antitruste quando o ente de regulação setorial não estiver atuando no sentido da defesa da concorrência; (iii) *articulação concorrente*, quando se sobrepõem as duas competências, isto é, o regulador setorial e o ente antitruste realizam concomitante e descoordenadamente suas competências; (iv) *articulação por coordenação*, quando se reserva a possibilidade de atuação a um dos reguladores, no entanto com a obrigação deste de consultar, ouvir e envolver o outro durante o exercício de suas competências. Hipótese adotada no caso da *Monopolies and Merger Commission* – MMC – da Grã-Bretanha, órgão dotado de função consultiva em matéria concorrencial, que se manifesta quando os órgãos reguladores setoriais exercem suas competências no tocante à matéria concorrencial.

Analisando as leis que, na década de 90, criaram entes reguladores independentes no Brasil, pode-se dizer que a Lei Geral de Telecomunicações (LGT) é a que melhor articula as competências em matéria de adjudicação concorrencial, pois atribui à ANATEL as tarefas que corresponderiam à Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) no regime da Lei 8.884/94, aproximando-se do modelo de competências complementares proposto por Gesner Oliveira, no qual “as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. Há nítida divisão de trabalho, segundo a qual a agência regulatória cuida exclusivamente das tarefas de regulação técnica e econômica, enquanto a autoridade de defesa da concorrência aplica a lei antitruste”.

Ao passo que, quando a Lei não estabelece de maneira clara quais as funções das agências em matéria de concorrência, as competências da SDE e SEAE persistem, havendo, todavia, contribuição instrutória das agências, inclusive em razão da familiaridade e conhecimento das questões técnicas envolvidas no caso analisado. É importante salientar que, nesses setores, as concentrações sujeitam-se à prévia autorização das agências sem, todavia, eximirem-se do posterior controle realizado pelo CADE. Isto é, na autorização prévia, a análise baseia-se no arcabouço regulatório específico, enquanto, na segunda, o controle realiza-se com esteio no direito antitruste. De qualquer sorte, concentrações que não ultrapassem sequer a prévia análise realizada pela agência não precisarão ser aferidas pelo CADE, uma vez que não se concretizam no mundo fático e, assim, não ensejam a incidência do

art. 54 da Lei 8.884/94. No âmbito do controle repressivo, condutas censuradas no âmbito setorial podem não ensejar a reprimenda na esfera concorrencial e vice-versa.

A fim de ilustrar e vivenciar essa temática, colaciona-se excerto de voto do Conselheiro Celso Campilongo, proferido em caso³² em que se discutiu as competências do Banco Central e do CADE:

“Um comportamento de determinada instituição financeira, censurado pelas normas prudenciais, pode ou não também ser contrário às regras de concorrência da Lei n. 8884/94. A punição na esfera setorial não afasta a verificação de sua licitude no âmbito do antitruste. (...) Não há, nesse fato, novidade alguma, já que comportamentos ilícitos em outras searas são também analisados pelo CADE. Basta citar os casos, também apreciáveis pelo CADE, de combinação de preços ou ajuste de vantagens em concorrências públicas, de uso abusivo de direitos de propriedade industrial ou intelectual, dos ilícitos setoriais (telecomunicações, energia elétrica, etc.) e dos crimes contra ordem econômica reprimidos pela Lei 8137/90. (...) A coibição de abusos a que se refere o artigo em questão deve ser lida como tarefa de repressão das posturas das instituições financeiras contrárias ao arcabouço regulatório edificado pelo próprio BACEN. É dizer, esta autarquia cria, por meio de normas gerais e abstratas, as condições de concorrência no setor, tendo em vista os aspectos prudenciais, censurando aqueles comportamentos contrários às regras já estabelecidas. Trata-se, portanto, de um nítido controle *per se* – recorrente em setores regulamentados.”

Com efeito, não obstante as condutas nos setores regulados não se inserirem em igual âmbito punitivo das condutas econômicas em geral, na medida em que a liberdade naquelas é limitada pela regulação, não se pode cogitar que o controle pelo CADE não deva realizar-se, mesmo porque, nos setores regulados, outras finalidades convergem com a noção de concorrência, de modo que incumbirá ao CADE relativizar a aplicação do direito antitruste nesses setores mediante o sopesamento concreto entre os valores da esfera setorial e os princípios da ordem econômica, partindo da premissa da concorrência possível. Tanto é assim que o Conselheiro Campilongo, no caso referido, ponderou que aspectos peculiares do setor financeiro devem ser necessariamente sopesados pelo CADE quando da aplicação do direito da concorrência, abrindo-se válvulas de escape por meio da regra da razão, inclusive porque, em setores regulados, o valor concorrência não tem

³² Ato de Concentração 08012006762/2000-09.

aplicação tão mecânica como em setores normais da economia e também porque a adjudicação da concorrência não pode ensejar o comprometimento das metas setoriais, mas aperfeiçoá-las.

Deste modo, apesar de as leis que vêm, desde a década de 90, criando entes reguladores setoriais não terem, na sua grande maioria, estabelecido expressamente o modo pelo qual se dá a articulação com as competências do CADE, esse silêncio não permite, de um lado, concluir que as competências inerentes ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) encontram-se suprimidas, pois o CADE exerce atribuições que promovem a consagração dos princípios constitucionais contemplados no capítulo da ordem econômica. Todavia, de outro lado, essa não-supressão não legitima o CADE a invalidar ou censurar as políticas públicas estabelecidas pelos entes setoriais, isto é, o exercício das competências no SBDC realizar-se-á à luz das normas vigentes para o setor.

A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NAS DECISÕES DO CADE

*Ricardo Villas Bôas Cueva**

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Recentes tendências nos EUA e na Europa – 3. As normas de proteção da propriedade intelectual no Brasil – 4. As decisões do CADE: 4.1 Biotecnologia: 4.1.1 Processo administrativo; 4.1.2 Atos de concentração; 4.2 Cartões SIM e licenciamento compulsório de patentes; 4.3 Microsoft – 5. Conclusão.

1. Introdução

À primeira vista, a proteção da propriedade intelectual¹ e o direito antitruste opõem-se frontalmente, já que a finalidade deste último é promover e ampliar a concorrência, enquanto a primeira objetiva estimular a atividade inventiva por meio da criação de monopólios protegidos pelo Estado.² Segundo o entendimento dominante,³ entretanto, trata-se de instrumentos complementares para estimular a inovação tecnológica e a eficiência dinâmica nos mercados⁴ e, conseqüentemente, promover o bem-estar social,

* Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito pelas Universidades Harvard e Johann Wolfgang Goethe (Frankfurt), respectivamente. Advogado. Procurador da Fazenda Nacional. Foi Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2004-2008).

¹ “Propriedade intelectual”, nos termos do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio – TRIPS, inclui, além de marcas e patentes, direitos do autor e direitos conexos, indicações geográficas, desenhos industriais, topografias de circuitos integrados e proteção de informação confidencial.

² Cf. Areeda, Kaplow e Edlin, *Antitrust analysis: problems, text, cases*. 6. ed. Nova Iorque: Aspen, 2004, p. 343.

³ Para uma visão crítica, ver Richard J. Gilbert e Alan J. Weinschel, “Competition Policy for Intellectual Property: Balancing Competition and Reward”.

⁴ A eficiência dinâmica pode ser entendida como eficiência seletiva dos mercados. “Em termos de bem-estar social, o pressuposto implícito é o de que o processo de inovação

embora em muitos estudos se sustente a tese de que a concorrência quanto a preços pode prejudicar a inovação, o que de certa maneira pressupõe que altas concentrações podem ser benéficas para o progresso tecnológico. A pesquisa empírica sobre a relação entre estrutura de mercado e inovação não apresenta, contudo, resultados inequívocos. Há estudos em que se cogita possa ter essa relação a forma gráfica de um U invertido, ou seja, grandes concentrações levariam a um dispêndio maior em pesquisa e desenvolvimento, mas há indícios de que outros fatores desempenham importante papel, como a oportunidade tecnológica específica a cada setor da economia. Na maior parte das indústrias, as patentes não são percebidas como tão relevantes para que as empresas protejam e explorem a inovação quanto o segredo industrial e outros fatores. Apenas em alguns setores, como o farmacêutico, as patentes são realmente importantes para a apropriação das receitas derivadas da inovação. Paradoxalmente, porém, tem havido, sobretudo nos EUA, desde meados da década de 1980, um expressivo aumento do número de patentes registradas, o que talvez possa ser explicado não apenas pela expansão da pesquisa em muitas áreas, mas também pela crescente função de bloqueio das patentes, que acabam por prestar-se a dificultar o acesso de concorrentes ao mercado, além de servirem de instrumentos para alavancar o poder de barganha das empresas em negociações de consórcios de patentes e de licenças cruzadas.⁵

Por essas razões, é difícil delinear qual é a configuração institucional mais apta a estimular inovação ou, reversamente, a que menos danos causa à concorrência.⁶ As autoridades da concorrência ao redor do mundo têm de-

é essencial para o desenvolvimento econômico e que proporciona benefícios sociais, impossíveis de auferir de imediato, superiores aos benefícios que permite apropriar privadamente, e sem os quais não haveria inovações numa economia capitalista” (p. 27). Cf. Possas, Fagundes e Ponde, Política antitruste: um enfoque schumpeteriano. In: POSSAS, Mario Luiz. *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

⁵ Cf. OECD, “Competition, Patents and Innovation” (2006), p. 206-210, disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/10/39888509.pdf>.

⁶ V. Lynne Pepall, Daniel J. Richards e George Norman, *Industrial organization: contemporary theory and practice*, Cincinnati: South Western College Publishing, 1999, p. 641: “Both theory and empirical data give ambiguous evidence as to the market structure most conducive to R&D effort. Similarly, we have learned that determining the impact of government policies in this area is a tricky business at best. By giving innovators a legally enforceable means of earning a return on their

monstrado grande preocupação com o tema, já que a inovação tecnológica é fortemente associada nas economias maduras aos ganhos de produtividade e ao incremento de renda, e tendem a convergir no sentido de garantir que a proteção da propriedade intelectual cumpra seu papel de assegurar contínuo incentivo econômico à inovação, evitando utilizar, por exemplo, antiquadas presunções de que a titularidade de uma patente corresponde automaticamente a poder de mercado. A regra da razão deve ser sempre empregada na análise antitruste, também para impedir que a proteção patentária estenda seus efeitos além do socialmente útil.

No Brasil essa discussão tem sido menos intensa que em outros países, em razão do pequeno número de casos analisados, que talvez seja uma indicação da falta de importância das patentes como estratégia competitiva relevante e dos baixos investimentos em pesquisa e desenvolvimento entre nós.⁷ De todo modo, o CADE já proferiu reiteradas decisões sobre contratos de licenciamento de tecnologia. Para entendê-las e verificar se são consistentes, pretende-se aqui discorrer brevemente sobre as recentes tendências do debate antitruste/propriedade intelectual na União Européia e nos Estados Unidos, percorrendo os casos de maior interesse lá julgados, antes de apresentar sucintamente as normas de proteção da propriedade intelectual no Brasil e, finalmente, analisar as decisões do CADE.

2. Recentes tendências nos EUA e na Europa

Nem sempre há convergência entre as posições adotadas nos Estados Unidos e na União Européia. Há, por exemplo, visões conflitantes quanto à caracterização da recusa de licenciamento e à necessidade do licenciamento compulsório como um dos remédios a serem usados pelas autoridades antitruste. Não obstante, pode-se dizer que o estímulo à inovação tecnológica, finalidade comum desses dois ramos do direito, depende fundamentalmente

discoveries, patents and copyrights do provide incentives for innovative activity that might otherwise not be undertaken. Yet patents also confer monopoly power on the patent holder, with all the price distortions that such power entails. In addition, patent rules may enhance the ability of existing monopolies to maintain their current dominant position against would-be entrants. One mechanism by which this may occur is through the use of ‘sleeping patents’ designed to buffer the invention against any and all attacks from rival innovations that might permit an entrant to ‘invent around’ the original patent”.

⁷ Cf. OECD, “Competition, Patents and Innovation”, cit., p. 325.

de quatro elementos: (i) efetiva proteção dos direitos de propriedade intelectual; (ii) liberdade de licenciar; (iii) inexistência de presunção de poder de mercado por parte do detentor da patente; e (iv) estabelecimento de prioridades no direito antitruste.

O primeiro elemento diz respeito à solidez e à confiabilidade do sistema de proteção dos direitos de proteção intelectual, que deve conter regras claras e ensejar soluções previsíveis, aptas a serem implementadas de modo eficaz pela Administração e pelo Judiciário, pois os agentes econômicos, ao projetar seus investimentos em pesquisa e desenvolvimento, valorizam a certeza e a previsibilidade dos direitos tendentes a garantir o retorno desses investimentos. É importante, contudo, que haja contínua atualização das leis e dos procedimentos administrativos relevantes. Nos Estados Unidos, por exemplo, o departamento de marcas e patentes divulgou recentemente propostas de modificação de seus regulamentos, que tendem a aprimorar a qualidade da informação exigida do requerente, a criar um rito de análise mais célere para pedidos mais objetivos e a limitar a possibilidade de pedidos repetidos. Discutem-se lá, ainda, propostas de alteração da legislação aplicável, no sentido de permitir a revisão das patentes após sua concessão, de precisar as hipóteses de violação dolosa das patentes e de permitir que terceiros interessados intervenham no processo de análise do pedido, para assegurar aos analistas informação de melhor qualidade sobre a tecnologia precedente à patente.⁸

O segundo, referente à liberdade de licenciar direitos de propriedade intelectual, suscita alguma controvérsia, especialmente quanto à recusa unilateral de licenciar, que não se caracteriza, por si só, como ilícito antitruste, exceto – na jurisprudência da União Européia – se a recusa impedir o aparecimento de novo produto para o qual haja demanda, se não existe justificativa objetiva para a recusa e se a recusa tende a fechar um mercado secundário. Outro aspecto dessa liberdade é o direito de fixar livremente os *royalties*, embora possam surgir preocupações quanto a preços supracompetitivos se a empresa licenciadora detiver poder de mercado e for proprietária de grande portfólio de patentes relativas a um produto para o qual seja difícil distinguir se eventual inovação constitui infração patentária.

O terceiro acentua a importância de que a propriedade intelectual não seja identificada a poder de mercado, ou de que sua existência, por si só, possa gerar preocupações concorrenciais. As diretrizes para a análise

⁸ Ibidem, p. 199-200.

da relação entre concorrência e propriedade intelectual, tanto nos Estados Unidos⁹ como na União Européia,¹⁰ afastam esse automatismo, assim como recente decisão da Suprema Corte estadunidense.¹¹

Por fim, o quarto e último pilar centra-se na importância de a análise antitruste fundar-se nos efeitos dos contratos de licenciamento de propriedade intelectual, e não num conjunto de regras predefinido. Nos EUA o guia de análise concorrencial de contratos de licenciamento de direitos de propriedade intelectual, de 1995, abandonou a rigidez de antigos testes e regras em prol de uma metodologia que permite tematizar as restrições segundo a regra da razão, do mesmo modo que o guia europeu, de 2004.¹² Além disso,

⁹ V. Department of Justice e Federal Trade Commission, “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property”, item 2.2: “*The Agencies will not presume that a patent, copyright, or trade secret necessarily confers market power upon its owner. Although the intellectual property right confers the power to exclude with respect to the specific product, process, or work in question, there will often be sufficient actual or potential close substitutes for such product, process, or work to prevent the exercise of market power. If a patent or other form of intellectual property does confer market power, that market power does not by itself offend the antitrust laws*” (grifou-se).

¹⁰ V. item 9 das “Orientações relativas à aplicação do art. 81 do Tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia” (2004/C 101/02), da Comissão Européia: “*Não existe uma presunção de que os direitos de propriedade intelectual e os acordos de licença enquanto tal suscitam problemas de concorrência. A maior parte dos acordos de licença não restringem a concorrência e criam eficiências pró-competitivas. Na realidade, a concessão de licenças enquanto tal é pró-competitiva, uma vez que conduz à divulgação de tecnologias e promove a inovação. Para além disso, mesmo os acordos de licença que restringem a concorrência podem dar frequentemente origem a ganhos de eficiência favoráveis à concorrência, que devem ser apreciados ao abrigo do n. 3 do artigo 81 e que permitem compensar os efeitos negativos sobre a concorrência. A grande maioria dos acordos de licença é, por conseguinte, compatível com o artigo 81*” (grifou-se).

¹¹ Cf. *Illinois Tool Works Inc. v. Independent. Ink, Inc.*, 547 U.S. (2006): “[T]he mere fact that a tying product is patented does not support [a market power] presumption”.

¹² V. “Orientações relativas à aplicação do art. 81 do Tratado CE aos acordos de transferência de tecnologia” (2004/C 101/02), da Comissão Européia, cit., item 11: “A apreciação para se verificar se um acordo de licença restringe a concorrência deve efectuar-se em função do contexto real em que a concorrência se exerceria na ausência do acordo com as suas alegadas restrições. Ao proceder a esta apreciação, é necessário tomar em consideração o impacto provável do acordo sobre a concor-

é importante não esquecer a hierarquia de objetivos que norteia a política antitruste na maior parte dos países, priorizando, assim, o combate de acordos horizontais de fixação de preços, dado seu enorme potencial de dano ao bem-estar social.¹³ O direito antitruste, em suma, não seria o mecanismo adequado para corrigir erros no sistema de patentes. Na visão minimalista norte-americana, as autoridades antitruste deveriam limitar sua atuação àquelas situações em que os efeitos anticompetitivos das patentes são claros e as soluções são administráveis. Exemplos disso seriam os procedimentos simplificados para criação de consórcios de patentes (*patent pools*) com pequena probabilidade de serem desafiados pelas autoridades antitruste. Os consórcios de patentes podem ser pró-competitivos quando, por exemplo, prestam-se a evitar ou eliminar o problema dos bloqueios, reduzir custos de transação, distribuir os riscos ao aumentar a probabilidade de que o inventor receberá ao menos parte dos *royalties* a que faz jus. Há também riscos, como a formação de cartel, a fixação de preços e o retardamento da inovação. Outro exemplo é a criação de zonas de segurança para as organizações que desenvolvem padrões tecnológicos, que podem reduzir as ineficiências resultantes de incompatibilidades, mas também, por outro lado, podem favorecer a comunicação entre concorrentes.¹⁴

Em abril de 2007 as duas agências antitruste dos Estados Unidos publicaram um relatório sobre o extenso ciclo de audiências públicas acerca da relação entre concorrência e direitos de propriedade intelectual,¹⁵ no qual se demonstrou haver, por um lado, grande divergência entre especialistas quanto à conveniência de punir recusas incondicionais de licenciar e, por outro, consenso quanto à potencial lesividade de recusas condicionais. No tocante

rência intertecnologias (isto é, a concorrência entre empresas que utilizam tecnologias concorrentes) e sobre a concorrência intratecnologia (isto é, a concorrência entre empresas que utilizam a mesma tecnologia afecta ou é susceptível de afectar estes dois aspectos da concorrência no mercado)".

¹³ Cf. Gerald F. Masoudi, "Intellectual Property and Competition: Four Principles for Encouraging Innovation", palestra proferida pelo vice-procurador-geral-adjunto da divisão antitruste do Ministério da Justiça dos Estados Unidos, na qual são sistematizados esses quatro elementos fundamentais para o estímulo à inovação tecnológica, disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/215645.htm>.

¹⁴ OECD, "Competition, Patents and Innovation", cit., p. 200.

¹⁵ U.S. Department of Justice e Federal Trade Commission, "Antitrust Enforcement and Intellectual Property Rights: Promoting Innovation and Competition", disponível em: www.ftc.gov/reports/index.shtm.

às licenças cruzadas e aos consórcios de patentes, fundados em acordos reciprocamente vantajosos para compartilhar direitos de propriedade intelectual, podem ser alcançadas expressivas eficiências, o que, entretanto, não exclui riscos, como a fixação de preços. Este risco pode ser minorado mediante a exclusão do consórcio de patentes substitutas, de modo a garantir que cada patente é essencial para o padrão em torno do qual o consórcio foi organizado. Além disso, entre outras medidas, pode-se limitar o acesso do licenciador a informações concorrencialmente sensíveis dos outros membros do consórcio, a fim de reduzir o risco de compartilhamento anticompetitivo de informações. Em resumo, as agências reafirmaram seu compromisso com as recomendações contidas no guia de análise de contratos de licenciamento de propriedade intelectual e com a análise fundada na regra da razão, de modo a verificar, como previsto no item 3.1 do guia, se cada licenciamento “fere a concorrência entre entidades que seriam concorrentes efetivos ou potenciais num mercado relevante na ausência de licenciamento”.¹⁶

Os critérios de patenteabilidade e a possibilidade de avaliação da qualidade das patentes são fatores fundamentais para que haja estímulo à inovação, segundo as autoridades antitruste americanas, que apontam três recentes decisões da Suprema Corte como marcos na evolução do sistema patentário dos Estados Unidos.¹⁷ Em *KSR v. Teleflex* decidiu aquele tribunal que patentes consideradas óbvias, no sentido de protegerem invento que poderia ser criado por pessoa de habilidade comum mediante a combinação de elementos preexistentes, devem ser invalidadas, sob pena de se permitir impacto substancial sobre os custos das empresas e sobre a inovação tecnológica.¹⁸ Outra decisão relevante diz respeito à possibilidade de um licenciado propor ação declaratória contra o licenciador, sem quebrar o contrato, e antes que o licenciamento expire, para questionar que a patente não era

¹⁶ Ibidem, p. 31-32, 84-85, 102 e 114.

¹⁷ Cf. OECD, “Competition, Patents and Innovation”, cit., p. 195-198.

¹⁸ V. *KSR v. Teleflex* (US 550, 2007): “Granting patent protection to advances that would occur in the ordinary course without real innovation retards progress and may, for patents combining previously known elements, deprive prior inventions of their value or utility (...) When there is a design need or market pressure to solve a problem and there are a finite number of identified, predictable solutions, a person of ordinary skill in the art has good reason to pursue the known options within his or her technical grasp. If this leads to the anticipated success, it is likely the product not of innovation but of ordinary skill and common sense”.

aplicável ao caso.¹⁹ A FTC atuou como *amicus curiae*, para demonstrar que patentes inválidas são prejudiciais para a concorrência e para os consumidores, razão por que “há um forte interesse público em assegurar que patentes inválidas possam ser discutidas judicialmente pelos licenciados, que são tipicamente as únicas entidades com suficientes conhecimento e incentivo econômico” para tanto, mas deixariam de fazê-lo caso tivessem de correr o risco de serem consideradas infratoras e tivessem de arcar com a indenização triplicada que normalmente se aplica à quebra dolosa da patente.²⁰ Por fim, no caso *eBay, Inc. v. MercExchange LLC*, a Suprema Corte decidiu que os detentores de patentes que busquem tutela jurisdicional por seu desrespeito devem seguir os critérios de equidade aplicados pelos tribunais em situações semelhantes. Segundo tais critérios, o autor da ação deve demonstrar que: (i) sofreu dano irreparável; (ii) uma indenização seria inadequada para compensar pelo dano sofrido; (iii) o prejuízo sofrido pelo autor ao não desfrutar de tutela jurisdicional permanente é maior do que aquele sofrido pelo réu em vista dessa tutela e (iv) o interesse público não seria contrariado por uma tutela jurisdicional permanente. Alguns dos votos manifestados nessa decisão enfatizaram o fato de muitas patentes serem detidas não por empresas comerciais que as utilizam para produzir bens, mas por empresas que têm por objeto a comercialização de patentes, por cuja licença recebem os *royalties* que compõem sua receita. Para essas empresas, uma tutela judicial permanente, que obrigue outras empresas a não utilizar a patente, poderia ser usada como instrumento de barganha para cobrar *royalties* exorbitantes das empresas que efetivamente tencionem utilizar as patentes. Assim, “se a invenção patenteada é apenas um pequeno componente do produto que as empresas procuram produzir e a ameaça de uma proibição judicial for empregada simplesmente como alavancagem indevida nas negociações, uma indenização pode ser suficiente para compensar pela quebra da patente e uma proibição de seu uso pode não servir ao interesse público”.²¹

¹⁹ *V. MedImmune, Inc. v. Genentech, Inc.* (549 U.S., 2007): “We hold that petitioner was not required, insofar as Article III is concerned, to break or terminate its 1997 license agreement before seeking a declaratory judgment in federal court that the underlying patent is invalid, unenforceable, or not infringed. The Court of Appeals erred in affirming the dismissal of this action for lack of subject-matter jurisdiction”.

²⁰ V. OECD, “Competition, Patents and Innovation”, cit., p. 197.

²¹ Cf. *eBay, Inc. v. MercExchange LLC* (547 U.S., 2006). Areeda, Kaplow e Edlin, *Antitrust analysis: problems, text, cases*, 6. ed., Nova Iorque: Aspen, 2004, p. 352, observam que há pouquíssimos casos na jurisprudência norte-americana em que os

Dois casos recentes são importantes para discutir a interação entre a proteção da propriedade intelectual e a defesa da concorrência na União Européia. O primeiro é a decisão do Tribunal Europeu de Primeira Instância, de setembro de 2007, em resposta ao recurso interposto pela Microsoft contra a Comissão Européia, que havia decidido, em março de 2004, que a empresa havia abusado de sua posição dominante, em violação ao art. 82 CE, por: (i) recusa de fornecer as informações relativas à interoperabilidade e de autorizar a respectiva utilização a seus concorrentes; e (ii) venda casada do Windows Media Player com o sistema operacional Windows.²² O acórdão manteve a decisão apelada,²³ no sentido de que empresa que detenha posição dominante tem “a responsabilidade especial de não impedir, através do seu comportamento, uma concorrência efectiva e não falseada no mercado comum (acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão, 322/81, Recueil, p. 3461, n. 57, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Outubro de 1999, Irish Sugar/Comissão, T-228/97, Colect., p. II-2969, n. 112)”. Como foi demonstrado, “no caso em apreço, que o grau de interoperabilidade existente não permite que os criadores de sistemas operativos para servidores concorrentes da Microsoft permaneçam de modo viável no mercado desses sistemas operativos, há um impedimento à manutenção de uma concorrência efectiva nesse mercado”.²⁴

Conforme jurisprudência assente, “o facto de uma empresa que detém uma posição dominante recusar conceder a um terceiro uma licença para a utilização de um produto abrangido por um direito de propriedade inte-

tribunais chegaram a limitar a discricionariedade do proprietário da patente quanto a evitar seu uso indesejado. Um exemplo diz respeito a uma invenção benéfica à saúde, cujo inventor recusou-se parcialmente a licenciá-la, o que foi considerado mau uso da patente. Outros se referem a situações em que os tribunais constataram violações às patentes, mas deixaram de impor tutela específica, resolvendo-se as questões em perdas e danos. Por isso, concluem que “confinar o proprietário da patente a uma indenização é semelhante em efeito a determinar a licença compulsória da patente por um royalty equivalente à indenização concedida”.

²² Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de setembro de 2007, Processo T-201/04, Microsoft contra Comissão, disponível em: <http://curia.europa.eu/pt>.

²³ Com exceção da parte que determinava à Microsoft a contratação, às suas expensas, de mandatário com poderes para fornecer, independentemente da Comissão, as informações e código-fonte dos produtos relevante da empresa.

²⁴ Cf. acórdão citado acima, parágrafo 229.

lectual não constitui por si só um abuso de posição dominante na acepção do artigo 82.º CE. Só em circunstâncias excepcionais é que o exercício do direito exclusivo pelo titular do direito de propriedade intelectual pode dar origem a esse abuso”, nomeadamente: (i) “o facto de a recusa dizer respeito a um produto ou um serviço indispensável para o exercício de determinada actividade num mercado derivado”; (ii) “o facto de a recusa ser susceptível de excluir toda e qualquer concorrência efectiva nesse mercado derivado”; e (iii) “o facto de a recusa constituir um entrave ao lançamento de um produto novo para o qual exista uma procura potencial por parte dos consumidores”.²⁵

No caso, constatou-se, em primeiro lugar, que “a falta de interoperabilidade com a arquitectura de domínio Windows tem o efeito de reforçar a posição concorrencial da Microsoft no mercado dos sistemas operativos para servidores de grupos de trabalho, nomeadamente na medida em que leva os consumidores a preferirem o seu sistema operativo para servidores de grupos de trabalho aos dos seus concorrentes apesar de estes últimos sistemas apresentarem características a que os mesmo consumidores dão muita importância”.²⁶ Em segundo, ficou claro que a recusa de licenciamento pode significar a eliminação da concorrência no mercado de sistemas operacionais para servidores. Em terceiro, a recusa impediu o desenvolvimento de produtos genuinamente novos, para os quais havia demanda potencial. Por fim, a recusa não foi justificada objetivamente.²⁷

Além da recusa de fornecimento de informações quanto à interoperabilidade, foi também considerada abusiva, como se viu, a venda casada do Windows com o Windows Media Player. Aqui foi também mantido o entendimento da Comissão quanto aos requisitos necessários para que se ca-

²⁵ *Ibidem*, parágrafos 331-332.

²⁶ *Ibidem*, parágrafo 422.

²⁷ Para a Comissão Europeia, a recusa de fornecimento de insumo pode ser considerada abuso de posição dominante se preencher cinco requisitos: (i) a conduta pode ser caracterizada como recusa de fornecimento; (ii) a empresa é dominante; (iii) o insumo é indispensável; (iv) a recusa tem efeito ao menos potencialmente negativo sobre a concorrência; (v) ausência de justificação objetiva. Para que a recusa de licenciamento de um direito de propriedade intelectual seja considerada abusiva, entende-se necessário, ainda, que a recusa possa impedir o desenvolvimento de mercado para o qual a licença é insumo indispensável, em prejuízo dos consumidores. Cf. OECD, “Competition, Patents and Innovation”, p. 213. Disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/26/10/39888509.pdf>.

racterize a venda casada: (i) o produto originário e o produto-alvo²⁸ devem ser diferentes; (ii) a empresa é dominante no mercado do produto originário; (iii) a empresa não permite aos consumidores obter, se quiserem, o produto originário sem o produto-alvo; (iv) a venda casada implica fechamento da concorrência e (v) não é objetivamente justificada.²⁹ Na jurisprudência anterior a esse julgamento, consideravam-se apenas os efeitos do fechamento no mercado-alvo. A partir desse caso, contudo, passou-se a entender, em linha com a jurisprudência norte-americana, que a prática de venda casada pode ter não somente função ofensiva (a conquista do mercado-alvo), mas também defensiva (a criação de barreiras à entrada para proteger ou monopolizar mercado originário).³⁰

Já no caso AstraZeneca, ainda pendente de recurso ao Tribunal de Primeira Instância, a Comissão aplicou uma multa de 60 milhões de euros por infrações ao art. 82.º CE e ao art. 54.º do Acordo sobre o Espaço Econômico Europeu, por entender que, a partir de 1993, a empresa deliberadamente fez declarações incorretas a advogados especializados em patentes, a tribunais nacionais e a escritórios de patentes com o fim de obter certificados suplementares de proteção, aos quais sabia não ter direito para o medicamento patenteado com o princípio ativo “omeprazole”. Além disso, em 1998/1999, a empresa praticou uma estratégia de retirar seletivamente as suas cápsulas de “Losec”, substituindo-as pelos comprimidos “Losec”, e solicitando a retirada da autorização de colocação no mercado das cápsulas na Dinamarca, na Noruega e na Suécia. Consoante a decisão, estas duas infrações foram cometidas com a intenção de restringir abusivamente a concorrência dos genéricos e das importações paralelas.³¹

Este caso ilustra bem o entendimento consolidado na jurisprudência europeia de que se a conduta exclusionária não se funda na concorrência quanto ao mérito – ou seja, se não cria eficiências e se presta, antes, a criar barreiras à concorrência –, presume-se que é abusiva. No caso, o primeiro abuso caracterizou-se pela prestação de falsas informações, que permitiu à empresa apenas adiar a entrada de medicamentos genéricos. Segundo

²⁸ Ou o produto que liga e o produto ligado, respectivamente, na versão portuguesa da decisão, que, em inglês, refere-se a *tying* e *tied* product.

²⁹ Cf. acórdão supracitado, parágrafos 850-859.

³⁰ Cf. Nguyen e Lidgaard, “The CFI Microsoft Judgement and TRIPS Competition Flexibilities”.

³¹ Processo T-321/05, disponível em: <http://www.curia.europa.eu/pt>.

a OCDE, a intervenção da Comissão nessas circunstâncias foi muito importante, pois as autoridades patentárias não dispõem de competência para evitar manobras abusivas. Embora os produtores de genéricos pudessem invocar outras regras jurídicas para sua proteção, não há razão, como bem demonstrado pela Comissão, para limitar a aplicabilidade do direito anti-truste às situações em que a conduta não viola outras normas e não haja outras sanções possíveis. O segundo abuso também se verificou num contexto regulatório em que as autoridades patentárias têm escassos instrumentos para impedir condutas desviantes. Foi a primeira vez que esses dois tipos de abuso de posição dominante ficaram materializados, no que representa a primeira decisão da Comissão Européia contra a prática de “evergreening”, isto é, a conduta consistente em estender ao máximo o período de proteção conferido pela patente.³²

3. As normas de proteção da propriedade intelectual no Brasil

A Constituição prevê no art. 5.º, XXVII, a proteção do direito autoral, assim como, no inciso XXIX do mesmo dispositivo, do direito de propriedade industrial, ao estabelecer que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Trata-se de “garantia institucional quanto ao direito de propriedade industrial, que obriga o Poder Público a instituir o sistema de proteção e a preservá-lo, tendo em vista os contornos estabelecidos pela Constituição”.³³ Vê-se, desde logo, que o direito em questão não é incondicionado, mas se sujeita aos ditames do interesse social e do desenvolvimento tecnológico e econômico, como disposto na lei e em tratado internacional.

Com efeito, a Lei 9.279/96 especifica, em seu art. 2.º, o objeto dos direitos e obrigações relativos à propriedade industrial e reproduz as condições referidas na Constituição, para, em seguida, deixar claro, no art. 8.º, que somente é patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. A patenteabilidade do invento

³² Cf. OECD, “Competition, Patents and Innovation”, cit., p. 214.

³³ Cf. Mendes, Coelho e Branco, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2008, p. 430.

é, portanto, balizada por critérios objetivos, que se destinam a assegurar que o privilégio temporário da patente atende à sua finalidade social. Assim, considera-se nova a invenção não compreendida no estado da técnica (art. 11), enquanto a atividade inventiva se comprova mediante parecer de um técnico, para o qual a invenção não decorre de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica (art. 13), devendo ser demonstrada, por fim, a possibilidade de aplicação industrial do invento (art. 15).

Se a patente não for usada adequadamente à sua finalidade social, pode o Estado licenciá-la compulsoriamente a um terceiro, nas hipóteses de seu titular: (a) exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva; (b) por meio dela praticar abuso de poder econômico; (c) decorridos três anos de sua concessão, não explorar o objeto da patente, no Brasil, por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica; ou (d) decorridos três anos de sua concessão, a comercialização não satisfizer as necessidades de mercado (art. 68). A licença compulsória não suprime ao titular o direito à remuneração da patente, que será arbitrada levando-se em conta as circunstâncias de cada caso e o valor econômico da licença concedida (art. 73, § 6.º).

O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPs)³⁴ prevê, em seu art. 40, a adoção, pelos países membros, de medidas adequadas para evitar ou controlar práticas que tenham efeito adverso sobre a concorrência:

“1. Os Membros concordam que 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.

2. Nenhuma disposição deste 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. Conforme estabelecido acima, um Membro pode adotar, de forma compatível com as outras disposições deste Acordo, medidas apropriadas para evitar ou controlar tais práticas, que podem incluir, por exemplo, condições de cessão exclu-

³⁴ Internalizado pelo Decreto 1.355/94.

siva, condições que impeçam impugnações da validade e pacotes de licenças coercitivas, à luz das leis e regulamentos pertinentes desse Membro”.

A Lei 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica, prevê, no art. 21, XVI, como uma das condutas que caracterizam infração à ordem econômica, “açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia”. No art. 24, IV, a, prevê que, além de sanções pecuniárias, pode o CADE, dentre outras medidas, recomendar ao INPI “seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator”.

4. As decisões do CADE

Apesar de compreender poucos casos, quase todos relativos a direitos de propriedade intelectual na área de biotecnologia (sementes transgênicas), além de um caso atinente à tecnologia para a produção de cartões de segurança e de outros dois sobre *software*, a jurisprudência do CADE concernente aos efeitos dos licenciamentos de patentes no ambiente competitivo é significativa, por seu apego à regra da razão, e consistente, por procurar evitar danos à concorrência mediante o emprego de remédios fundados no princípio da proporcionalidade, com a intensidade mínima necessária a se atingirem os fins colimados.

4.1 Biotecnologia

4.1.1 Processo administrativo

Na área de biotecnologia, vale lembrar, antes de tudo, o processo administrativo instaurado para apurar se a Monsanto do Brasil Ltda. condicionaria a venda de sementes de soja transgênica à venda de seu herbicida, bem como se impediria o acesso de empresas concorrentes às sementes de soja transgênica, produzidas pela empresa, deixando de disponibilizá-las para a realização de testes do uso associado de seus próprios herbicidas àquela variedade de grãos.³⁵ A acusação de venda casada foi descartada por falta

³⁵ Processo Administrativo 08012.008659/1998-09 (representante: Nortox S/A; representada: Monsanto do Brasil Ltda., relator: Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos).

de provas. Também foi rejeitada a imputação de que a Monsanto tentaria impedir o acesso de seus concorrentes no mercado de herbicidas às sementes geneticamente modificadas, para a realização de testes. O relator destacou inicialmente existirem dois mercados ligados verticalmente, o de sementes de soja e o de herbicidas para a lavoura de soja, e procurou distinguir a proteção patentária legítima, que se limitaria à tecnologia de desenvolvimento da semente de soja resistente ao glifosato, de uma eventual extensão indevida desse direito, que justificaria impor restrição a essa proteção: “O fato de a Monsanto deter a tecnologia no mercado de sementes de soja transgênica não justifica, por si só, a extensão dessa exclusividade ao mercado de herbicidas destinados àquelas sementes. Assim, ela de fato pode se recusar a disponibilizar sua tecnologia para os concorrentes no mercado de sementes, enquanto ela estiver fora do mercado e até mesmo após a sua introdução no mercado, enquanto durar a proteção da patente para as sementes transgênicas, mas para recusar-se a disponibilizá-las ao mercado de herbicidas, seria necessária uma razão além da proteção patentária”.

O primeiro mercado relevante foi definido como o de sementes de soja em geral. A SDE já havia consignado no parecer referente ao AC 08012.003711/2000-17, no qual figuram como requerentes Monsanto e Codetec, que, “não obstante a Monsanto ocupe posição de monopolista no mercado de sementes de soja transgênicas resistentes ao glifosato, deve-se atentar para o fato de que as linhagens e cultivares de soja transgênica objeto do acordo não encerram um mercado relevante isolado, diverso do mercado de sementes orgânicas (não modificadas geneticamente). Com efeito, percebe-se que as sementes transgênicas são substituíveis pelas sementes orgânicas”. O segundo mercado foi caracterizado como o de herbicidas para soja, inclusive o glifosato. Dessas definições decorreu a conclusão de que a empresa não detinha poder de mercado para caracterizar infração à ordem econômica.

Na nota técnica atinente ao processo administrativo, a SDE registrou que é direito da empresa “decidir se e quando disponibilizará o produto no mercado. Há muitos produtos que são patenteados, mas não chegam a ser utilizados pela empresa, não havendo necessidade de justificar tal ato. Trata-se de decisão exclusiva da empresa. Dessa forma, enquanto ela não disponibilizar o produto ao mercado, não há que se falar em nenhum dever de fornecer o produto aos concorrentes, mesmo que para a única finalidade de realizar testes com o mesmo”. O relator acrescentou que situações esdrúxulas poderiam ocorrer caso se entendesse dever a empresa disponibilizar as sementes geneticamente modificadas aos seus concorrentes antes de sua comercializa-

ção, como a hipótese de as concorrentes lançarem seus novos herbicidas antes mesmo da representada, não obstante valerem-se de sua tecnologia.

Cumprido notar que, anteriormente a essa decisão do CADE, de junho de 2007, o colegiado houve por bem determinar à SDE a instauração de averiguações preliminares para “investigar os eventuais efeitos potenciais ou concretos pela requerente Monsanto com a edição do folheto promocional” em que a empresa somente se responsabiliza pela segurança da soja transgênica e pelo controle das plantas daninhas quando o herbicida de sua fabricação for utilizado. Tal decisão foi tomada em ato de concentração³⁶ aprovado com a seguinte restrição, destinada a evitar a prática de venda casada: “A empresa Monsanto não poderá restringir a garantia concedida para a semente somente quando for utilizado o seu herbicida na lavoura em questão, devendo esclarecer nas especificações técnicas das sementes comercializadas que as mesmas poderão ser utilizadas com outras marcas de herbicidas à base de glifosato (...)”.

4.1.2 Atos de concentração

No ato de concentração referido a restrição imposta pelo CADE justificou-se pelo temor de que a empresa detentora de patente referente a um mercado pudesse estender indevidamente seus benefícios a um mercado secundário. Tal preocupação ecoa, de certo modo, aquela manifestada no processo europeu da Microsoft, no qual, como se viu, a segunda imputação dizia respeito à venda casada e à possibilidade de fechamento do mercado-alvo ou mercado secundário, e não apenas, como em julgados anteriores, do mercado originário da patente.

No ato entre a Monsanto e a Syngenta³⁷ a preocupação central foi o caráter exclusivo do licenciamento, o que levou à permissão de que a li-

³⁶ Ato de Concentração 08012.005135/98-01 (requerentes: Monsanto e Cargill; relator: Conselheiro Roberto Pfeiffer).

³⁷ Ato de Concentração 08012.000311/2007-26 (requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Syngenta Seeds Ltda.; relator: Conselheiro Luís Schuartz; redator do acórdão: Conselheiro Abraham Sicsú). Em seu voto condutor, o Conselheiro Abraham Sicsú distinguiu o mercado de geração de tecnologia do mercado de produção e venda de sementes: “No mercado de produto acabado, a concorrência é caracterizada pela maior eficiência na produção e distribuição – terá vantagem, por exemplo, o agente com estrutura produtiva de baixo custo e rede de escoamento abrangente. Já no mercado de P&D, a concorrência é caracterizada pela capacidade de desenvolver

cenciada firmasse contratos semelhantes. O Conselheiro Abraham Sicsú, no voto condutor, registrou que “tem havido entendimento de que operações envolvendo licenciamento de tecnologia ao desenvolvimento, produção e comercialização de sementes, em geral, não têm o condão de gerar danos à concorrência. Tais operações possibilitam a uma empresa ter acesso à tecnologia-chave para a produção de produto (no caso sementes), o que não seria possível dada a existência de monopólio dessa tecnologia por parte de outra empresa atuante no mercado. Nesse sentido já nos pronunciamos que o pleno benefício social da tecnologia se dá por sua difusão”. Sicsú sustenta, então, que tais contratos de licenciamento de tecnologia suscitam duas preocupações: a primeira seria o risco de fechamento de mercado de tecnologia de sementes transgênicas, por meio de cláusulas de exclusividade que impediriam o acesso a outras rotas tecnológicas que com o tempo possam mostrar-se mais eficientes, e a segunda consistiria na possibilidade de que tais cláusulas contratuais permitam à empresa detentora da tecnologia estender a proteção de seu direito de propriedade intelectual a outro mercado, no caso o de defensivos agrícolas. Na hipótese em exame, o único risco considerado ponderável foi o de exclusividade, razão por que o ato de concentração foi aprovado com a restrição de que a licenciada poderá firmar acordos semelhantes ao analisado, de modo a não sofrer qualquer impedimento a desenvolver, produzir e/ou comercializar sementes com tecnologias outras que não as da empresa licenciadora.³⁸

um produto no menor espaço de tempo e na forma que melhor atenda aos interesses do comprador – terá vantagem, por exemplo, o agente que contratar melhores pesquisadores ou que estabelecer a melhor estrutura laboratorial. Obviamente, a definição que se propõe enseja inúmeras dificuldades. É muito mais difícil aferir o poder de mercado de um laboratório de desenvolvimento do que medir o *market share* na venda de um produto. Mas trata-se da única opção disponível. Pretender que o mercado de tecnologia siga o mercado do produto é ilusório e induz a uma descrição inadequada da realidade. O mercado de tecnologia no caso concreto engloba o licenciamento de patentes e de *know-how* (segredos industriais e de negócio) necessários ao desenvolvimento das linhagens e cultivares de soja tolerantes ao glifosato, bem como as multiplicações através de agentes específicos. Neste caso, acredito que há importante especificidade que limita o mercado relevante. Trata-se da questão do defensivo glifosato, não mais protegido por patente, mas cuja eficiência e produtividade garantem sua particularidade para fins de definição de mercado”, o qual foi por ele definido como o mercado internacional de desenvolvimento de tecnologia para a produção de sementes de soja resistentes ao glifosato.

³⁸ No mesmo sentido, Ato de Concentração 08012.006198/2008-73 (requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Nidera Sementes Ltda.; relator: Conselheiro Luiz Carlos

Já no ato que envolveu a Fundação Mato Grosso e a Unisoja,³⁹ entendeu o CADE que o contrato de licenciamento de tecnologia que permite à licenciada o desenvolvimento, produção e comercialização de sementes de soja transgênica, tolerantes ao glifosato, não pode exigir da licenciada exclusividade da tecnologia objeto do contrato para a pesquisa, desenvolvimento e/ou comercialização das sementes transgênicas, nem impedir ou rescindir o licenciamento a terceiros que porventura produzam ou comercializem sementes resistentes ao glifosato que não contenham tecnologia Monsanto. Isto porque ficou claro que as cláusulas originalmente pactuadas dificultavam “a entrada de empresas que busquem desenvolver tecnologias concorrentes à da Monsanto[licenciadora] no segmento de soja transgênica, pois dificultam o acesso de concorrentes ao banco de germoplasma de uma das principais empresas do setor”. À alegação da licenciadora, no sentido de que as disposições contratuais seriam necessárias para a garantia da segurança das sementes e para evitar a responsabilização civil por eventuais danos causados por sementes erroneamente comercializadas como dotadas de tecnologia da Monsanto, contrapôs-se o argumento de que a empresa poderia proteger-se contratualmente, “exigindo que o agricultor que adquire a semente geneticamente modificada seja notificado pela Unisoja da procedência tecnológica da semente. Com isso, poderá proteger sua imagem e resguardar-se de eventuais demandas de responsabilidade. O que não se admite é que, para alcançar tais fins, por si legítimos, imponha condições de exclusividade (...). É que tais cláusulas, de cuja existência não decorre qualquer ganho de bem-estar social, implicam risco de fechamento de mercado por parte da Monsanto”, não havendo justificativa “para que a Monsanto, que detém o monopólio da tecnologia transgênica resistente ao glifosato (...) amplie seu monopólio também para as sementes produzidas com o germoplasma da FMT/Unisoja (...). A prevalecerem tais cláusulas, estará impedida a entrada de eventuais concorrentes da Monsanto”. Garantiu-se à licenciadora, contudo, o direito de impedir que a licenciada admitisse a introdução direta ou indireta de outras tecnologias nas linhagens e cultivares de soja desenvolvidas de acordo com o contrato analisado, sem anuência prévia da licenciadora, pois a Embrapa havia informado que a “inclusão de nova tecnologia para

Prado).

³⁹ Ato de Concentração 08012.003997/2003-83 (requerentes: Monsanto do Brasil Ltda., Fundação Mato Grosso e Unisoja S.A.; relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva).

atuar em conjunto com a tecnologia RR da Monsanto poderia causar modificações no Cultivar e pôr em risco o desenvolvimento da tecnologia, bem como alterar seu resultado de forma prejudicial”.

Semelhantemente, no ato de concentração que teve por requerente Brasmax Genética Ltda.,⁴⁰ admitiu-se que a licenciada fosse proibida de introduzir nos cultivares desenvolvidos com a tecnologia Monsanto outras tecnologias que não a da licenciadora, pelas mesmas razões técnicas apresentadas em outros casos, “inclusive para evitar a polenização não controlada das sementes, o que pode trazer impactos ecológicos não planejados, pela miscigenação de tecnologias”. Como, entretanto, “a polenização e o possível cruzamento não controlado de duas variedades transgênicas só ocorre quando são desenvolvidos os produtos no mesmo campo experimental”, determinou-se que o contrato de licenciamento fosse alterado para que dele constasse a ressalva de que tal vedação não impede a licenciada de pesquisar, desenvolver, produzir e comercializar sementes de soja tolerantes ao glifosato com tecnologias outras que não a tecnologia Monsanto. Por outro lado, para impedir o fechamento do mercado de melhoramento de sementes de soja resistentes ao glifosato, determinou-se alteração contratual no sentido de permitir que a Monsanto só deixe de licenciar sua tecnologia, ou rescinda o licenciamento, se o licenciado produzir e/ou comercializar sementes de soja com tolerância ao glifosato que não contenham sua tecnologia “sem comprovarem que a instalação e gestão dos campos experimentais de melhoramento, multiplicação e produção, bem como a embalagem, armazenamento e comercialização de tais sementes será realizada de forma segregada, separada e diferenciada dos procedimentos relativos às sementes com a tecnologia Monsanto; ou quando demonstrarem que não possuem viabilidade técnica e/ou econômica para realizar tal segregação”. Com isso, procurou-se prevenir o impacto ambiental adverso que a cláusula contratual visava combater, mas, ao mesmo tempo, evitar o fechamento de mercado e o uso exclusivo de banco de germoplasma por uma empresa que a mesma cláusula ensejava.

Uma das preocupações centrais do CADE quanto às cláusulas de exclusividade tem sido, como se viu, a possibilidade de a licenciada continuar as pesquisas e o desenvolvimento de sementes com tecnologias outras que não a da detentora da patente. Por isso, ao examinar o acordo de coopera-

⁴⁰ Ato de Concentração 08012.003296/2007-78 (requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. e Brasmax Genética Ltda.; relator: Conselheiro Abraham Sicsú).

ção técnica firmado entre Monsanto e Embrapa,⁴¹ o qual foi aprovado sem restrições em vista da supressão de cláusulas de exclusividade, entendeu-se relevante salientar que sobre a Embrapa não pesava qualquer impedimento contratual para atuar com outras empresas na pesquisa e no desenvolvimento de sementes de soja. A demonstrar a importância dessa ressalva, foi analisado e aprovado pelo CADE, posteriormente, um acordo celebrado entre a Embrapa e a Basf para o desenvolvimento e comercialização das sementes e da tecnologia “para a produção de uma nova linhagem de cultivar de soja resistente aos herbicidas da família imidazolinona, que tem o potencial de competir com a soja resistente ao glifosato”.⁴²

A indústria de biotecnologia, em virtude de seu rápido crescimento e de sua alta complexidade tecnológica, apresenta importantes desafios para análise antitruste. Segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, apesar do pequeno número de casos que envolvem biotecnologia, muitas autoridades da concorrência ao redor do mundo consideram-se despreparadas e sem recursos para proceder a uma análise adequada dessa indústria, razão por que são aconselhadas a proceder com cuidado, a fim de evitar resultados indesejados e desestímulo à inovação.⁴³ No Brasil, como reflexo da importância e do sucesso do agronegócio, a maior parte dos poucos casos de intersecção entre o direito de propriedade intelectual e o direito antitruste diz respeito à indústria de biotecnologia na agricultura, a qual depende, para manter sua competitividade internacional, do desenvolvimento de variedades híbridas adaptadas a cada região do país.⁴⁴ Em todos os casos mencionados, as decisões do CADE resultaram de análise segundo a regra da razão; as restrições impostas, a seu turno, fundaram-se nos princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima.

⁴¹ Ato de Concentração 08012004808/2000-01 (requerentes: Monsanto e Embrapa; relator: Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva).

⁴² Ato de Concentração 08012.010000/2007-75 (requerentes: Basf e Embrapa; relator: Luís Fernando Rigato Vasconcellos).

⁴³ Cf. OECD, “Intellectual Property and Competition Policy in the Biotechnology Industry” (Policy Brief, June 2005), p. 7, disponível em: <http://www.oecd.org/dataoecd/36/4/35040373.pdf>.

⁴⁴ Cf. OECD, “Competition, Patents and Innovation”, cit., p. 226.

4.2 Cartões SIM e licenciamento compulsório de patentes

Ao apreciar o ato de concentração Axalto/Gemplus,⁴⁵ o CADE condicionou a aprovação da operação à assinatura de Termo de Compromisso de Desempenho, “pelo qual a Gemalto se compromete a conceder licença de suas patentes registradas no Brasil, relevantes ao mercado de cartões SIM, para qualquer empresa interessada que atue no mercado brasileiro de cartões SIM, ou que tenha, de boa-fé, intenção de adentrar esse mercado, mediante condições justas, razoáveis e não discriminatórias”.

É que o padrão de competição no mercado de cartões SIM, um dos produtos envolvidos na operação, caracteriza-se por grande dinamismo tecnológico, que tem “no sistema de patentes um importante instrumento de apropriação de retornos do esforço inovativo. Em linhas gerais, as empresas que atuam nesse mercado dividem-se em dois grupos estratégicos. O primeiro, do qual fazem parte [as requerentes], compreende as empresas que possuem recursos tecnológicos para competirem em inovação e apropriarem receita decorrente não apenas da venda de cartões, mas também do licenciamento oportuno de tecnologia. O segundo grupo compreende as empresas que, por meio de acesso a tecnologia de terceiros, competem exclusivamente na produção de cartões, apoiando-se, portanto, menos em recursos tecnológicos de inovação de produto e mais na redução de custos de produção”.

Isto fez com que, na Europa, a aprovação da operação fosse condicionada ao licenciamento de patentes a terceiros em termos razoáveis e não discriminatórios. No Brasil o número de patentes relativas aos cartões SIM é cerca de cem vezes menor que na Europa, o que torna a concorrência entre nós, nesse segmento, menos influenciada, em princípio, pelo domínio da tecnologia. Contudo, a quantidade de patentes registrada em nome das requerentes no Brasil, acrescida daquelas que potencialmente poderiam ser registradas em decorrência de tratados internacionais, aumenta a influência das requerentes no Brasil. Por isso, e tendo em vista que a prática de licenças cruzadas (*cross-licensing*) é usual e importante, e que o licenciamento se dá voluntariamente, a critério da licenciadora, entendeu a autoridade antitruste brasileira, a exemplo do que já havia decidido a européia, que a recusa injustificada de licenciamento não se admite, do que decorre a obri-

⁴⁵ Ato de Concentração 08012.011178/2005-71 (requerentes: Axalto Holding N.V. e Gemplus International S.A.; relator: Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo).

gação de a empresa licenciar suas patentes em condições equitativas e não discriminatórias.⁴⁶

A decisão da Comissão Européia fundou-se na percepção de que a empresa fusionada e seus concorrentes continuariam a ter forte incentivo econômico para inovar, pois no mercado de cartões SIM a inovação é estratégica, já que margens de lucros mais altas somente são obtidas no primeiro ano de introdução da novidade tecnológica, após o qual o ingresso de novos concorrentes deprime fortemente os preços, de modo que as empresas que não inovam acabam relegadas ao papel de produtoras de *commodities*. Assim, as partes não teriam incentivo para diminuir seu investimento em pesquisa e desenvolvimento, mas, ao contrário, deveriam incrementá-lo, o que provavelmente aumentaria a velocidade da inovação, como, aliás, era esperado por alguns operadores de telecomunicações.⁴⁷ Contudo, muitos concorrentes manifestaram o temor de que a soma dos dois maiores portfólios de patentes da indústria alteraria substancialmente o poder de barganha dos participantes do mercado, sobretudo em vista do enorme conjunto de patentes detido pela nova empresa, que dificultaria saber com precisão se uma específica patente estaria ou não sendo violada. Na prática, as requerentes fazem engenharia reversa dos produtos de seus concorrentes, a fim de descobrir se eles se baseiam, ao menos em parte, na tecnologia protegida por suas patentes. Sempre que isso ocorre, os concorrentes são informados da possibilidade de uma ação judicial para proteger as patentes, o que acaba por constrangê-los a assinar contrato de licenciamento. Essa estratégia acaba por reduzir o poder de barganha dos concorrentes quando disputam novos contratos ou por diminuir drasticamente suas margens de lucro, a ponto de levá-los a sair do mercado.⁴⁸ Por essas razões, a transação efetuada com a Comissão Européia incluiu não apenas a obrigação de a empresa resultante da operação licenciar, por dez anos, quaisquer de suas patentes a terceiros interessados, em condições equitativas e não discriminatórias, mas também a obrigação de, por oito anos, revelar informações sobre a interoperabilidade dos cartões SIM com a plataforma OTA. As requerentes

⁴⁶ Cf. voto do relator, Cons. Paulo Furquim de Azevedo.

⁴⁷ Decisão da Comissão Européia. Processo COMP/M.3998, parágrafos 52-53, disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/decisions/m3998>.

⁴⁸ *Ibidem*, parágrafos 58-60.

concordaram, por fim, em nomear agente fiduciário encarregado de monitoramento da decisão.⁴⁹

Como se vê, as preocupações expressas nas decisões da Comissão Européia e do CADE decorrem sobretudo da possibilidade de que um grande portfólio de patentes seja utilizado como instrumento para reduzir o poder de barganha dos concorrentes ou mesmo excluí-los do mercado. A transação, nos dois casos, parece o remédio adequado para substituir a sanção de licenciamento compulsório, sempre mais drástica e de mais difícil implementação.⁵⁰ A esse propósito, deve ser aplaudida, na decisão européia, a obrigação de instituir um monitoramento externo do acordo.

4.3 *Microsoft*

Em duas averiguações preliminares, o CADE examinou acusações contra a Microsoft. Na primeira, instaurada em 2000, a empresa foi acusada das seguintes práticas: fixação arbitrária da margem de lucro; concessão de licenças de uso restrito; cobrança de preços excessivos; prática de venda casada de seu sistema operacional e navegador e de seus aplicativos; e

⁴⁹ Ibidem, parágrafo 82.

⁵⁰ Cf. Areeda, Kaplow e Edlin, *Antitrust analysis: problems, text, cases*, 6. ed., Nova Iorque: Aspen, 2004, p. 353-354. Os autores observam que o licenciamento compulsório “parece ser uma opção atrativa, porque pode reduzir alguns dos custos sociais do sistema de proteção da propriedade intelectual. Pode-se argumentar que reduziria o desperdício de duplicar pesquisa por rivais que buscam acesso a tecnologia existente, mas patenteada, encorajar o desenvolvimento de inovação incremental por terceiros que de outro modo temeriam não ter acesso à patente-base, e facilitar a disseminação de tecnologia, melhorando a concorrência assim que a patente expirasse. Essas são as vantagens usuais do licenciamento. Deve-se considerar, entretanto, porque o proprietário da patente não teria escolhido voluntariamente licenciar sua criação, e como os tribunais iriam fixar royalties pela licença compulsória – duas questões que se provam relacionadas”. Além disso, “ao julgar a atratividade do licenciamento compulsório, devemos nos lembrar de que o sistema de patentes é baseado em algo como o princípio da loteria, o que força os criadores a suportar suas próprias perdas no fracasso, mas mantendo a perspectiva de monopólio na hipótese de sucesso. O licenciamento compulsório presume que os juízes possam determinar qual deva ser a recompensa correta. Mas se isso fosse possível não seria melhor confiar a medida a especialistas e recompensar diretamente os criadores? Um tal substituto ao sistema de patentes compensaria os criadores sem incorrer nas reduções monopolísticas de output, que ainda ocorrem com o licenciamento compulsório a um royalty razoável”.

imposição de cláusulas abusivas e anticoncorrenciais nos contratos de treinamento, pelos quais interferiria nas atividades educacionais.⁵¹ Todos os pareceres convergiram pelo arquivamento da averiguação preliminar, mantido pelo CADE, por se cuidar de questão eminentemente privada. Tratava-se de saber, resumidamente, se o contrato de licenciamento de software com finalidade educacional – AATP (*Microsoft Authorized Training*) – celebrado entre a Microsoft e a representante, entidade mantenedora da Universidade Cândido Mendes, continha ou não provisões anticoncorrenciais. Em seu voto-vista, o Conselheiro Luiz Carlos Tadeu Delorme Prado lembrou que, ao decidir por esta modalidade de licenciamento, a requerente – que pôde escolher entre vários tipos de licenciamento específicos para fins educacionais – tinha pleno conhecimento das condições exigidas pela Microsoft, consideradas razoáveis do ponto de vista concorrencial pela SDE. A reforçar o entendimento de que se tratava de questão eminentemente privada, destacou-se no voto-vista que a representada “foi compelida a licenciar os softwares que utilizava por sentença judicial, que constatou que várias cópias de produtos Microsoft estavam sendo utilizadas sem a devida licença”. Essa decisão, embora aparentemente singela, é expressiva do respeito com que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência trata a proteção da propriedade intelectual e a liberdade de contratar, que fundamenta o princípio da liberdade de licenciar a propriedade intelectual.

No âmbito de averiguação preliminar instaurada em 2005 contra a Microsoft Informática Ltda., para apurar práticas supostamente destinadas a impedir o desenvolvimento de software,⁵² e arquivada, em consonância com a sugestão da SDE, decidiu o CADE, por maioria, após diligências, determinar que aquela secretaria apure na forma que “ache conveniente”: “(i) a ocorrência e os efeitos de possível discriminação, em termos do momento e das condições comerciais em que são disponibilizadas ferramentas essenciais para o desenvolvimento de aplicativos compatíveis com as últimas versões do sistema operacional comercializado pela Representada; (ii) se a Microsoft, detentora de poder de mercado em sistemas operacionais, provê regularmente e em bases não-discriminatórias recursos suficientes para a adaptação de aplicativos existentes às novas versões de seu sistema

⁵¹ Averiguação Preliminar 08012.004570/2000-50 (representante: Sociedade Brasileira de Instrução – SBI; representada: Microsoft Informática Ltda.; relator: Cons. Luiz Alberto Esteves Scaloppe).

⁵² Averiguação Preliminar 08012.002034/2005-24 (representada: Microsoft Informática Ltda.; relator: Cons. Abraham Benzaquem Sicsú).

operacional; e (iii) os efeitos concorrenciais das práticas de transferência de tecnologia por apurar”.

No voto condutor, a então presidenta da autarquia consignou que “a posição dominante no mercado de sistemas operacionais, associada às práticas a investigar, poderia propiciar os meios para limitar a concorrência nos mercados de aplicativos compatíveis com a classe de sistemas operacionais comercializados pela Representada, bem como para limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado. A inexistência de poder no mercado de aplicativos para a gestão financeira ou no mercado de aplicativos para a instalação de programas, como o Visual Studio Installer, alegada pela Representada, não seria suficiente para justificar a interrupção da análise dos efeitos concorrenciais, já que, ao menos em tese, a reconhecida posição dominante no mercado de sistemas operacionais poderia conferir vantagens artificiais nos mercados de aplicativos, que são software cujo funcionamento depende de sistemas operacionais específicos”. É que os sistemas operacionais são periodicamente atualizados em novas versões que, ao se adequarem às crescentes velocidade e capacidade de processamento dos computadores, introduzem novas funções e nova interface gráfica. Para que os produtores de aplicativos possam em tempo hábil adaptar seus programas às novas versões dos sistemas operacionais, é preciso que disponham de ferramentas de desenvolvimento padronizadas. Por isso, entendeu-se que uma questão fundamental para “decidir quanto ao prosseguimento ou à interrupção da análise concorrencial diz respeito à suficiência dos recursos de programação disponibilizados pela representada para a criação de aplicativos compatíveis com as diversas versões de seu sistema operacional”. Indagou-se, em outras palavras, se o desenvolvimento de aplicativos compatíveis com o Windows somente pode ser efetuado com as ferramentas comercializadas com exclusividade pela Microsoft ou se ele pode ser feito autonomamente a partir de outras linguagens de programação disponíveis. Se as ferramentas de programação da Microsoft forem essenciais para o desenvolvimento de aplicativos e se se caracterizar que os criadores de aplicativos dependem dessas ferramentas, a investigação deveria prosseguir para determinar se a representada pratica condutas que visem ou possam limitar ou falsear a concorrência no mercado de aplicativos compatíveis com o Windows. Se não se demonstrar essa essencialidade e essa dependência, a investigação não deveria prosseguir. Daí a necessidade de diligências.

Em resumo, o perito esclareceu que “dependendo da funcionalidade que se deseja implementar, o custo de desenvolvimento de aplicativos sem o emprego de componentes da Microsoft pode tornar inviável o projeto. Se,

por um lado, a utilização de componentes da Microsoft reduz o custo de desenvolvimento de aplicativos, por outro lado, reforça-se a dependência em relação à plataforma Windows”.⁵³ Não obstante, entendeu-se necessário aprofundar a investigação, por meio da oitiva de peritos e de desenvolvedores de aplicativos, bem como do exame das práticas e/ou instrumentos jurídicos “que amparam a transferência de tecnologia da empresa detentora do sistema operacional para desenvolvimento de aplicativos”,⁵⁴ razão por que foi o processo devolvido à SDE.

A discussão travada nessa última averiguação preliminar guarda semelhança com as decisões européias quanto às práticas da Microsoft, especialmente a imputação de recusa de fornecer informações e de licenciar produto essencial para o desenvolvimento de outro produto. No caso brasileiro, a dúvida que levou à decisão de prosseguir nas investigações consistia em saber se o momento e as condições em que eram disponibilizadas as ferramentas para desenvolvimento de aplicativos do sistema operacional Windows poderiam ter efeitos anticompetitivos, tendo em vista o poder de mercado da Microsoft no mercado de sistemas operacionais e os eventuais incentivos para estendê-lo ao mercado de programas aplicativos. No caso europeu caracterizou-se a infração objeto da primeira acusação ao se verificar que a recusa: a) não fora justificada objetivamente; b) impedira o desenvolvimento de produtos novos, para os quais havia demanda; c) podia significar a eliminação da concorrência; e d) tivera o efeito de reforçar a posição concorrencial da detentora do direito de propriedade intelectual. Além dos critérios analíticos adotados pela Comissão Européia, que poderiam ser adaptados com proveito à nossa prática, a diferença fundamental entre as duas investigações diz respeito à profundidade da análise: na Europa foi possível estudar em detalhe as questões técnicas subjacentes, enquanto aqui, à míngua de recursos materiais e humanos, não foram dissipadas sequer as dúvidas que haviam levado às averiguações preliminares, o que impediu a regular instauração de processo sancionador.

5. Conclusão

Os problemas concorrenciais decorrentes do uso dos direitos de propriedade intelectual e de seu licenciamento, tal como identificados nos paí-

⁵³ Relatório complementar apresentado na averiguação preliminar acima, item 8.

⁵⁴ Cf. voto condutor, item 31.

ses afluentes, onde se concentra a quase totalidade do investimento em pesquisa e desenvolvimento e onde a imensa maioria das patentes é registrada, não têm se manifestado com a mesma frequência e intensidade no Brasil, onde os direitos de propriedade intelectual têm importância relativamente menor enquanto estratégia competitiva.

Não obstante, é possível encontrar nas poucas decisões do CADE sobre a matéria – quase todas atinentes ao licenciamento de biotecnologia para a pesquisa, desenvolvimento, produção e comercialização de sementes – preocupações comuns àquelas demonstradas pelas autoridades antitruste nos EUA e na Europa.

Com efeito, à semelhança de seus congêneres, o CADE tem entendido que os contratos de licenciamento de tecnologia não geram, em princípio, efeitos danosos à concorrência, já que franqueiam a um ou mais agentes econômicos o acesso a uma tecnologia essencial para a produção de um produto ou serviço que, de outro modo, seriam produzidos em regime de monopólio, dada a existência de um direito de propriedade intelectual detido por um único agente. Os contratos de licenciamento tendem, assim, a favorecer a disseminação de inovação tecnológica, a qual, na sua ausência, talvez não fosse introduzida no mercado. Há, portanto, um benefício direto ao consumidor.

Contudo, tais contratos contêm por vezes cláusulas de exclusividade que suscitam preocupações do ponto de vista concorrencial, pois podem ter efeitos indesejáveis: o fechamento de mercado, a eliminação de concorrentes e a extensão indevida dos direitos de propriedade intelectual a outro mercado.

Nessas hipóteses, também ao modo de seus homólogos, o CADE não tem aceito presunções, como a de que a titularidade de um direito de propriedade intelectual, por si só, faria presumir a existência de poder de mercado, mas, ao revés, tem utilizado a regra da razão. Ou seja, se, após a definição de mercado relevante, ficar demonstrada a existência de poder de mercado, a análise deve prosseguir a fim de que se verifiquem os efeitos da prática restritiva, para, somente na hipótese de se constatar efeito líquido negativo à concorrência, adotar-se remédio consoante os princípios da proporcionalidade e da intervenção mínima.



QUATRO ANOS À FRENTE DO CADE*

*Elizabeth M. M. Q. Farina***

Introdução

O presente artigo faz um balanço do desenvolvimento institucional do CADE nos últimos anos e traz à discussão a importância da gestão dos órgãos de defesa da concorrência para que os objetivos pretendidos por nossa legislação e pela Constituição brasileira sejam alcançados.

Pode-se dizer que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) passou por quatro etapas distintas de desenvolvimento, marcadas pelos anos de 1962, 1990, 1994 e 2003. Desde a criação do CADE em 1962 até o final dos anos 80 não havia qualquer espaço para uma política antitruste no Brasil. Pelo contrário, esse período foi caracterizado pela implantação, amadurecimento e crise de uma política de desenvolvimento fortemente baseada na intervenção do Estado nos mercados, política industrial clássica, com barreiras tarifárias e não-tarifárias às importações e controles de preços. De 1962 a 1990 registram-se 117 processos administrativos e 16 condenações pelo CADE (Farina, Política antitruste: a experiência brasileira, Anais do Encontro Anual da ANPEC, 1990). Embora essa seja uma atuação pífia, é perfeitamente consistente com o ambiente institucional e econômico da época.

Somente no final dos anos 80 inicia-se a liberalização da economia brasileira, com a eliminação de barreiras não-tarifárias às importações, a redução das tarifas médias e, posteriormente, a liberalização de preços e desregulamentação setorial, ainda no início dos anos 90.

* Este artigo foi escrito com base na apresentação que fiz na OAB-SP em junho de 2008, a convite do Dr. Pedro Zanotta, presidente da Comissão da Concorrência e Regulação Econômica. Nessa oportunidade apresentei um balanço dos quatro anos como Presidente do CADE, indicando os desafios que poderiam ser vislumbrados à luz dessa experiência. O artigo retoma e amplia o artigo publicado no *CADE Informa* n. 17 de 18 de agosto de 2008 (www.cade.gov.br/news/n017).

** Professora Titular do Departamento de Economia da FEA-USP. Foi Presidente do CADE de agosto de 2004 a julho de 2008.

Em dezembro de 1990 é promulgada a Lei 8.137/90, que define *crimes* contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo. As condutas anticompetitivas passam a ser puníveis tanto no âmbito administrativo (Lei 4.137/62) quanto no penal, com pena de reclusão ou multa, ou detenção ou multa. Nesta época a Lei 8.137/90 representou muito mais um instrumento coadjuvante na implementação das políticas de controle de inflação e abastecimento do que um mecanismo eficaz de defesa da concorrência. Basta atentar para os tipos definidos pela lei, para os quais são previstas penas de detenção em vez de reclusão: vender acima do preço de tabelamento; exigir qualquer vantagem sobre o preço de tabelamento etc. (art. 5.º, art. 6.º). Para os cartéis, conduta mais perniciosa ao interesse coletivo, a lei prevê pena de reclusão ou multa (art. 4.º, II), em vez de detenção ou multa.

A severidade das sanções previstas não foi suficiente para que a política antitruste passasse a ser efetiva. No entanto, outras mudanças institucionais em curso criariam, progressivamente, as condições para que essa situação fosse alterada. O movimento de privatizações das empresas estatais e a desregulamentação dos anos 90 fazem parte dessa mudança institucional que criou o ambiente para a aprovação da Lei 8.884/94, inaugurando uma nova etapa do desenvolvimento da política de defesa da concorrência no Brasil. Elemento crucial nessas condições foi a estabilização dos preços. O sucesso do Plano Real trouxe de volta o preço como elemento fundamental da concorrência. Seria possível, a partir de então, comparar preços entre produtos concorrentes e saber o que havia acontecido desde a última compra, o que era impossível com taxas de 80% de inflação ao mês!

A Lei 8.884/94 ampliou os limites de atuação do CADE, incluindo o controle de atos de concentração, e deu-lhe maior autonomia, além de mecanismos para fazer cumprir suas decisões.

Desde então, algumas reformas pontuais, mas de muita relevância, foram promovidas na legislação, destacadamente em 2000, com a Lei 10.149, que alterou uma série de dispositivos da Lei 8.884/94 e dotou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) de instrumentos de investigação necessários para o combate a condutas infrativas, em especial os cartéis, ao criar o acordo de leniência. Até 2003, entretanto, a atuação do SBDC ficou fortemente focada na análise de atos de concentração. Os processos administrativos e averiguações preliminares não alcançavam mais do que 5% do número de julgados. A partir de 2003 a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ) adotou uma estratégia deliberada de dar

prioridade ao combate a condutas anticompetitivas, e entre 2005 e 2008 aquele percentual atingiu 20% dos processos distribuídos no CADE.

Em 2007 a Lei 11.482 autorizou o CADE a celebrar acordos com representados em processos administrativos por formação de cartel, além de outras infrações que já contavam com tal dispositivo, o que era expressamente vedado pela Lei 10.149. Como se verá a seguir, essa mudança deu ensejo a um importante debate sobre priorização das atividades do Sistema de Defesa da Concorrência.

Além das mudanças legais, as autoridades do SBDC empenharam-se, durante o período em análise, na modernização administrativa e processual de seus órgãos, dentro dos limites impostos pela adoção de medidas infra-legais. Foi criado e adotado o “rito sumário” na análise de atos de concentração. Entre 2005 e 2008, aproximadamente 75% dos atos de concentração foram analisados por este procedimento mais ágil, economizando os escassos recursos públicos, sem deixar de lado o zelo pelo interesse coletivo envolvido em cada caso e abrindo espaço para análises mais céleres e cuidadosas dos atos de concentração complexos e das condutas.

Outras tantas medidas foram tomadas a fim de fazer o Sistema evoluir: a criação da figura da súmula, a alteração do filtro para notificação obrigatória de atos de concentração, restringindo o faturamento das empresas envolvidas na operação ao Brasil; a edição de um novo regimento interno para o CADE; a reforma da secretaria processual; e, no âmbito mais geral do SBDC, a criação de uma coordenação especializada em fraudes em licitações públicas dentro do Departamento de Defesa e Proteção Econômica (DPDE/SDE).

No entanto, as mudanças infralegais e outros arranjos de ordem administrativa só poderão ser preservados com base em um novo marco legal para a defesa da concorrência no Brasil, o que não só poderá conferir maior segurança jurídica aos administrados, mas também aumentará o poder dissuasório da autoridade antitruste. O Projeto de Lei, enviado ao Legislativo em 2005, foi incluído no Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) em 2007. O Projeto foi aprovado pela Comissão Especial da Câmara em 2008, e até o momento em que o presente artigo foi escrito aguardava aprovação do Plenário.

Dentre as principais mudanças incluídas no Projeto estão a instituição da análise prévia dos atos de concentração, prática adotada em quase todos os países nos quais existe o controle obrigatório dos atos de concentração; e a unificação em apenas um órgão das diversas estruturas que hoje compõem

o SBDC, o que dará mais agilidade ao andamento dos processos administrativos e dos atos de concentração e evitará redundâncias, aumentando a eficiência do sistema.

Enquanto aguardava a promulgação da nova lei, o CADE deu seguimento a ações que visam ao seu fortalecimento institucional. No âmbito internacional, destaca-se o crescimento da participação do Conselho em fóruns e encontros promovidos por organizações como a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a International Competition Network (ICN). O SBDC conseguiu manter sua posição de observador no comitê de concorrência da OCDE e passou a integrar o “*Steering Group*” (o equivalente aos membros de uma diretoria) da ICN. Internamente, investiu-se no fortalecimento da comunicação, resultando no lançamento de informativos periódicos e nos esforços para facilitar o acesso do público às informações produzidas pelo Conselho.

Finalmente, o trabalho da Procuradoria do CADE foi essencial para garantir o cumprimento das decisões do Plenário. Haja vista o amplo direito de recurso à Justiça, previsto na Constituição Federal, frequentemente as decisões do Conselho são levadas ao Judiciário. Porém, com o desenvolvimento de um corpo técnico cada vez mais capacitado na área da concorrência, temos melhorado a probabilidade de manutenção das decisões do órgão. Na medida em que as discussões chegam aos tribunais superiores, vai se formando uma jurisprudência extremamente favorável à defesa da concorrência no Brasil.

Mais do que um balanço dos meus quatro anos à frente do CADE, o presente artigo tem como objetivo fazer uma reflexão sobre a eficácia da política de defesa da concorrência no Brasil, do que ela depende, como pode ser preservada e ampliada. Com esse objetivo, o artigo está organizado em três seções, que se seguem a essa introdução histórica: a primeira discute a escolha de objetivos do Conselho, a segunda analisa os condicionantes internos e externos da atuação do CADE e a terceiro traz conclusões sobre a efetividade da atuação da autoridade de defesa da concorrência.

1. Em busca da eficiência e eficácia

Objetivos

A busca da eficácia das decisões é objetivo permanente de qualquer autoridade de defesa da concorrência. As decisões, para que sejam eficazes,

devem ser implementadas no devido tempo e produzir os resultados esperados sobre o funcionamento do mercado.

A Lei 8.884/94 estabeleceu, em seu artigo 7.º, que o CADE deverá zelar pela observância dessa lei, cuja finalidade é a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. A eficácia da atuação do Conselho, portanto, somente será alcançada se houver a cessação das condutas anticompetitivas, se o histórico do cumprimento das decisões for capaz de dissuadir novas condutas e se, como resultado, a competição no mercado estiver baseada na eficiência estática (melhor uso e controle dos recursos) e dinâmica (inovação).

A cessação e a dissuasão das condutas infrativas dependem, dentre outros fatores, da implementação das decisões do Conselho: pagamento das multas e cumprimento das obrigações de fazer e não fazer. Se tais obrigações forem postergadas ou contornadas, não se produzirão os incentivos para que tomadores de decisão obedeçam à Lei.¹

Em 2004 havia um diagnóstico bastante consolidado no âmbito da comunidade antitruste nacional e internacional² de que, no Brasil, (i) as análises de atos de concentração eram muito lentas, (ii) um número exacerbado de operações era analisado, (iii) não se dava a devida prioridade ao combate a condutas infrativas, (iv) as decisões não eram implementadas, (v) as multas não eram pagas e, portanto, (vi) a atuação do SBDC não era eficaz. Estava claro também que havia uma enorme redundância na atuação da SEAE, da SDE e do CADE, resultando em baixa eficiência na atuação do Sistema.

Para mudar esse quadro, alguns objetivos deveriam ser alcançados: aumentar a celeridade das decisões, reduzir o número de operações analisadas em profundidade, melhorar a capacidade de fazer cumprir as decisões

¹ A exemplo de outras formas de infração, condenar e punir é insuficiente para evitar a conduta ilegal. Vários estudos econômicos sobre crime mostram esse resultado (Ângela Dills, Jeffrey Miron e Garret Summers, *What do economists know about crime*, 2008; v. opinião de Eliana Cardoso, “Morno desespero”, *O Estado de S. Paulo*, 10 de novembro de 2008:A2). No entanto, pode-se dizer que a detecção e punição são condições necessárias, ainda que não suficientes, para dissuadir o abuso do poder econômico, mesmo na sua forma mais restrita, definida na Lei 8.884/94.

² Peer Review do Brasil, elaborado pela OCDE em 2000 (www.cade.gov.br/institucional/internacional).

mais rapidamente, o que significava evitar a concessão de liminares que suspendessem decisões do CADE e obter a confirmação das mesmas decisões.

2. As restrições institucionais e orçamentárias à atuação do CADE

Condicionantes externos ao desempenho do CADE – o ambiente empresarial e institucional

O ambiente empresarial da segunda metade dos anos 90 em diante é marcado pela estabilização monetária, câmbio flutuante, privatizações, início da operação das Agências Reguladoras e rápido crescimento do investimento estrangeiro. Trata-se de um período de aprofundamento e consolidação de um ambiente muito mais competitivo, seja em relação a importações, seja em relação ao próprio mercado interno, acelerando as mudanças iniciadas no começo da década. A segunda metade da década de 2000 traz mais uma novidade no ambiente competitivo brasileiro: a internacionalização de empresas nacionais, que de exportadoras de produtos passaram a investidoras em atividades produtivas em outros países. Nesse ambiente de rápidas transformações verifica-se um crescimento intenso de fusões, aquisições, desmembramentos e os mais variados tipos de acordo (*joint ventures*). É com esse tipo de agente econômico, muito mais integrado aos mercados externos, que o CADE passou a ter que atuar no sentido de reprimir e dissuadir condutas anticompetitivas.

Em 20 de julho de 2008 Celso Ming externou seu ceticismo com relação à efetividade das políticas de defesa da concorrência, em virtude da globalização das estratégias empresariais. “Por todo o mundo, as grandes empresas se atiram a frenéticos processos de fusão e incorporação de negócios. A concentração é cada vez maior e, no entanto, os organismos de defesa da concorrência não conseguem atuar fora de seus limites paroquiais. São eficientes para punir o oligopólio de padarias em determinadas comunas, mas são incapazes de impedir megafusões de cervejarias ou de empresas de mineração... O problema é que a presença do Estado está quase inteiramente circunscrita às fronteiras nacionais. À medida que se globalizam, os mercados escapam às regulações e avançam para a autofagia, deixando no caminho um rastro de vítimas” (Celso Ming, “Mãos visíveis e invisíveis”, *O Estado de S. Paulo*, domingo, 20 de julho de 2008).

De fato, seja no controle de atos de concentração, seja no controle de condutas, a globalização das empresas e dos mercados traz desafios não desprezíveis para a política de defesa da concorrência, exigindo crescen-

te coordenação entre as autoridades antitruste no mundo. Essa coordenação não tem, contudo, o objetivo de definir a estrutura ótima dos mercados mundiais, mas sim de dissuadir empresários globalizados de utilizarem suas bases transfronteiras para eliminar ou arrefecer a concorrência em espaços mundiais, nacionais ou locais. Atuando em diferentes países, empresas e grupos econômicos transnacionais podem arbitrar não apenas os preços das mercadorias e serviços que comercializam, mas também o ambiente institucional que regula cada um dos espaços nacionais em que operam.

É essa uma das principais razões pelas quais se torna cada vez mais importante a participação do CADE e dos órgãos de instrução do SBDC em fóruns e redes internacionais tais como a OCDE, ICN (International Competition Network) e UNCTAD, visando à cooperação em investigações e instrução de processos, trocas de conhecimento e busca de harmonização e convergência na atuação das autoridades, respeitadas as especificidades institucionais de cada país. Se, por um lado, essa articulação evita a “arbitragem institucional” no tocante a condutas anticompetitivas, aumentando a eficácia da política, de outro reduz o custo das operações para os administrados, aumentando a eficiência do sistema como um todo.

As redes internacionais também são fundamentais para o processo de aprendizado a menor custo, já que permitem conhecer a experiência de outras jurisdições no trato de problemas que são comuns a todos os países.

Foi com o objetivo de melhorar a eficácia e eficiência de atuação do CADE que a participação ativa nos fóruns internacionais foi incluída no conjunto de objetivos e metas abraçado pelo Conselho desde 2004 e renovado a cada uma das alterações da composição do CADE. Quatro anos depois, posso atestar que valeu a pena, especialmente porque hoje o Brasil é respeitado e visto como parceiro no combate a práticas anticompetitivas em âmbito internacional e como uma jurisdição que atua nos padrões de seus congêneres internacionais mais experientes (Farina, *Efetividade na defesa da concorrência: principal objetivo e maior desafio da gestão 2004-2008, Cade Informa*).

Do ponto de vista institucional, o período em análise foi marcado pela divulgação da agenda de reformas microeconômicas pelo Governo Federal, que incluiu o fortalecimento da defesa da concorrência, visando construir as bases para o crescimento de longo prazo (www.fazenda.gov.br/spe/publicacoes/reformasinstitucionais/estudos/Texto_VersaoFinal5.pdf). São mudanças favoráveis para o CADE e o SBDC e que impulsionaram a elaboração do Projeto de Lei para a reforma do Sistema, que foi enviado para a Câmara

em setembro de 2005, depois de quase dez anos de debate dentro da comunidade antitruste e órgãos de governo. Incontáveis horas de discussão entre os órgãos do SBDC, a Casa Civil e integrantes do MF e MJ foram despendidas nesse Projeto. No entanto, o segundo mandato do Presidente Lula viria alterar as lideranças nos ministérios, e o esforço para que o Projeto fosse à frente claramente minguou. Uma nova esperança surgiu com a inclusão do Projeto de Lei no Plano de Aceleração do Crescimento (PAC), no capítulo sobre melhoria do ambiente de negócios. Mas o máximo que se conseguiu foi a sua aprovação na Comissão Especial da Câmara.

As maiores resistências ao Projeto viriam do empresariado, que teme a implantação da análise prévia dos atos de concentração, alegando que esta poderia representar um ônus adicional ao “custo Brasil”, dificultando ainda mais a vida das empresas brasileiras. Uma segunda reação negativa do empresariado tinha como foco as condições impostas pelo Projeto para celebração de acordos em casos de cartel. O interessante é que, nesse caso, dois grupos se destacavam no debate: o primeiro pressionava pela manutenção da exigência de que o proponente do acordo reconhecesse sua participação na conduta ilícita para que a celebração do acordo ocorresse; o segundo pugnavia para que essa condição fosse eliminada.³ O empenho do empresariado nessa alteração é um reconhecimento implícito de que, finalmente, o SBDC passou a ser temido por sua política deliberada de combate aos cartéis.

Um segundo aspecto a ser anotado no ambiente institucional que condiciona a busca da eficácia das ações do CADE viria do Poder Judiciário. O Judiciário brasileiro trazia uma enorme desconfiança em relação à atuação de órgãos governamentais, cujas bases remontavam ao período da ditadura e aos vários planos de estabilização econômica implantados, sem sucesso, e que reiteradamente agrediam os direitos dos cidadãos e das empresas. Essa desconfiança muitas vezes influenciou na concessão de liminares que suspendiam decisões ou mesmo a tramitação dos processos no CADE. Certa vez, conversando informalmente com um Juiz, ele candidamente confirmou que havia concedido uma medida liminar suspendendo a tramitação de um processo no CADE porque “o que o governo quer é sempre controlar a infla-

³ Para ser aprovado na Comissão Especial, foi alterado o texto do Projeto que exigia reconhecimento da participação no cartel para que fosse celebrado um acordo, mantendo a redação da Lei 11.482. Hoje, uma resolução do CADE exige o reconhecimento para acordos em casos de cartel baseados em informações trazidas por acordos de leniência.

ção, mesmo quando diz que o objetivo é a defesa da concorrência, às custas de empresas líderes no Brasil”.

Portanto, se de um lado caminhava-se para um ambiente institucional que se coadunava com uma política vigorosa de defesa da concorrência, de outro seria necessário superar barreiras, também institucionais, para fazer valer as decisões do órgão e para modernizar o SBDC, visando a sua eficácia e eficiência.

Condicionantes internos do desempenho do CADE – a restrição orçamentária

Como qualquer outra organização, o CADE opera sob restrição de recursos financeiros, humanos e tecnológicos na busca de seus objetivos. No curto prazo os recursos estão limitados pelo montante do orçamento aprovado pelo Congresso, mesmo em relação à receita própria do órgão, proveniente, basicamente, da taxa para notificação de atos de concentração. Portanto, a eficiência no uso dos recursos disponíveis é essencial para alcançar os objetivos propostos.

Tabela 1
Orçamentos CADE 2004-2008

Ano	Proposto	Aprovado*	Executado
2004	18.840.503,00	11.047.182,00	7.749.187,00
2005	11.673.741,00	14.905.018,00***	9.418.942,00
2006	10.392.108,00	13.566.791,00***	9.085.110,00
2007	10.393.647,00	10.499.597,00	9.925.723,00
2008	12.848.502,00	12.619.641,00	7.052.253,97**

Fonte: Relatórios de Gestão (www.cade.gov.br)

* O orçamento aprovado ainda depende de liberação para ser executado. Muitas vezes essa liberação é feita em dezembro, quando já não há tempo hábil para fazer o empenho dos pagamentos, comprometendo a execução do orçamento.

** Até julho de 2008.

***Até julho de 2006 o CADE pagou os servidores concursados temporários na rubrica de custeio, embora o pagamento de servidores devesse ficar fora dessa rubrica. Com isso, todas as outras despesas de custeio, incluindo capacitação, tiveram que ser remanejadas.

Na qualidade de autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, a disponibilidade e uso dos recursos dependem do Orçamento do Governo Federal e do programa de uso dos recursos do Ministério da Justiça, responsável pela distribuição das verbas entre seus órgãos constituintes, incluindo Autarquias como o CADE.

Os recursos financeiros para pagamento dos servidores são provenientes do orçamento federal, e a lotação do corpo técnico na autarquia depende do Ministério do Planejamento. Nestas condições a real disponibilidade de recursos depende da interação e articulação com vários órgãos do Executivo. Esse desenho institucional não difere de muitos outros países, e a alocação de recursos para o órgão de defesa da concorrência pode ser utilizada como um indicador da importância atribuída pelo Governo à política antitruste.⁴⁻⁵

A – Os recursos humanos

Na história recente do CADE podem-se identificar três fases muito distintas no tocante ao seu corpo técnico. A primeira, que se estende até junho de 2004, é a mais precária. O CADE dependia basicamente de alguns poucos cargos para funcionários comissionados e de pessoal terceirizado que não poderia trabalhar na atividade-fim. Os Presidentes Gesner Oliveira e Grandino Rodas, e os Conselhos por eles presididos, enfrentaram, por vários anos, essa situação precária.

A segunda fase foi caracterizada pela presença de 28 servidores concursados temporários, o que melhorou substancialmente a capacidade de trabalho do órgão. No entanto, foram levantadas dúvidas sobre a constitucionalidade dessa contratação.

⁴ Sobre dotação e alocação de recursos de agências de defesa da concorrência v. ICN, *Agency Effectiveness Project Report*, apresentado em Kyoto, 2008. Alguns órgãos dependem exclusivamente do orçamento governamental, uma vez que não dispõem de qualquer receita própria, tais como Chile, DG COMP, Japão e Turquia. A maior parte tem que ter seu orçamento aprovado pelo Congresso (http://www.internationalcompetitionnetwork.org/media/library/CPI/CPI_WG_1.pdf).

⁵ É conhecido o fato de que no governo Reagan a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano viu seu corpo técnico ser reduzido em quase dois terços. Havia, na época, uma interpretação dentro do Governo Reagan de que a política antitruste deveria ser minimalista.

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, por seis votos a cinco, pela constitucionalidade da Lei 10.843/2004, que permitiu a contratação por tempo determinado de 30 técnicos para atuar no CADE. A decisão tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, de autoria do PFL, baseou-se na comprovada necessidade de contratação urgente dos técnicos de forma a atender a interesse público excepcional. A contratação não poderia, entretanto, ultrapassar a dois anos, ou seja, 31 de dezembro de 2005. Apesar dessa determinação, o prazo foi postergado para junho de 2006, quando estariam prontos para assumir os gestores concursados, que passariam por treinamento até o final de junho. A vinda de gestores para o SBDC resultou de um acordo do Sistema com o Ministério do Planejamento e Casa Civil, embora o SBDC pugnassem por uma carreira própria, prevista na Lei 8.884/94.

Destaca-se nesse episódio a necessária interação do Presidente do CADE com o Executivo, Legislativo e o Judiciário para obter os recursos imprescindíveis para cumprir sua competência legal.⁶ O apoio dos Conselheiros foi fundamental nesse período. Não havia voz dissonante no Plenário quanto às ações que deveriam ser seguidas. O SBDC contava, ainda, com as duas avaliações da OCDE sobre seu desempenho nos períodos 1995-2000 e 2000-2005. As recomendações tiveram a força de um avaliador externo, com larga experiência na matéria, sem qualquer comprometimento político no cenário brasileiro. A precariedade da estrutura de funcionários foi levantada nessa análise e ajudou a reforçar os argumentos do Sistema.

Somente na terceira fase, iniciada em agosto de 2006, é que o CADE passou a contar com técnicos servidores de carreira. Pela primeira vez na história do antitruste brasileiro abria-se a possibilidade de criar uma cultura organizacional que preservasse a memória do órgão e desse estabilidade à sua atuação.

⁶ Nessa oportunidade a Procuradora-Geral do CADE, Maria Paula Dallari, e a Presidente do CADE foram recebidas pelo Presidente do STF, Ministro Nelson Jobim, com o objetivo de apresentar as razões da urgência e relevância da preservação dos funcionários temporários. Foram-lhe apresentados números referentes à evolução da quantidade de processos distribuídos e julgados, a urgência de melhorar a celeridade das decisões, a precariedade dos recursos humanos disponíveis e os objetivos estabelecidos pela nova composição do Conselho. As mesmas razões e informações quantitativas foram utilizadas para embasar a sustentação oral do Ministro Álvaro Augusto Ribeiro Costa, Advogado Geral da União, que prontamente ouviu a Presidente do CADE e defendeu perante o STF a manutenção dos servidores concursados temporários.

A Federal Trade Commission norte-americana tem regras muito semelhantes às do Brasil para indicação e substituição dos Conselheiros. A grande diferença está na permanência de boa parte de seu pessoal técnico que transmite conhecimento, valores e práticas aos que chegam e trazem novas idéias e visões.⁷

Somente a partir desse momento seria possível utilizar recursos de custeio na capacitação desses servidores, o que foi feito, aumentando substancialmente a parte do orçamento destinada a tal finalidade. Em 2005 menos de 10% do orçamento executado destinou-se à capacitação do corpo técnico e administrativo. Em 2007 o orçamento executado foi de 20%, mais do que dobrando o investimento nessa rubrica. Em 2008 previsão semelhante foi mantida.

O programa de capacitação para o corpo técnico incluiu curso de pós-graduação *lato sensu* e treinamentos em fóruns internacionais, em especial nas oficinas da ICN de análises de atos de concentração e cartel, e nos programas do USFTC e USDOJ. Também o corpo administrativo passou por capacitação com vários cursos sobre orçamento e gestão.

Tais programas fizeram parte de um projeto de treinamento na área de concorrência, formação de redes e de retenção de recursos humanos, cujo objetivo mais amplo seria o da melhoria da qualidade dos recursos humanos disponíveis. Mais uma vez, o apoio dos Conselheiros seria fundamental para liberação dos gestores e incentivo à participação. Também a Procuradoria do CADE foi incorporada nesse programa de capacitação, com pleno apoio do Procurador-Geral, que colaborou diretamente com a coordenação do curso de treinamento *in house*.

Em julho de 2008 o CADE contava com 25 gestores e 13 servidores comissionados, na sua grande maioria com formação jurídica, mas também alguns poucos economistas, engenheiros, dentre outros.

⁷ V. Muris, J. Timothy, How history can inform practice in *Modern US competition policy*, FTC, 2004, SSRN ID545184. Muris sustenta nesse artigo que a atuação da USFTC não é modificada pelas alterações partidárias no governo norte-americano. O USFTC é formado por cinco conselheiros, sendo três indicados pelo partido majoritário e outros dois pelos outros partidos. No entanto, segundo Muris, uma análise da história das decisões do USFTC não mostra influência política nas decisões do órgão, dentre outras razões, pela estabilidade de seu corpo técnico. Posição contrária a essa é defendida por Crandall, R.W. & Winston, C., Does antitrust policy improve consumer welfare? *Assessing the evidence*, *JEP*, v. 17, n. 4, 2003: 3-26.

B – Os recursos materiais

No período sob análise (agosto de 2004 – agosto de 2008) duas fases encontram-se bem marcadas. A primeira, que vai até 2006, com forte contenção de gastos do Governo Federal, durante a qual boa parte dos recursos do CADE foi contingenciada, incluindo não somente sua receita própria proveniente das taxas para notificação de atos de concentração, como também os recursos de projeto financiado pelo Banco Mundial, além daqueles provenientes do orçamento da União.

A segunda fase inclui 2007 e 2008. Nesse período os recursos de um convênio com o Banco Mundial foram fundamentais para concretizar metas de informatização dos procedimentos do órgão e treinamento do corpo técnico. Esse projeto havia sido concebido e proposto pelo Conselho presidido pelo Professor Grandino Rodas, sob a liderança do Conselheiro Cleveland Prates Teixeira e pela então Procuradora-Geral do CADE Maria Paula Dallari.⁸

O projeto de informatização do CADE reduziu a utilização de materiais, melhorou a comunicação interna, o acesso a documentos e a transparência. Esse é um processo de longo prazo que deve ser permanentemente renovado. A maior dificuldade da informatização decorre da condição indispensável de padronização de procedimentos e rotinas. Dentre outros objetivos, a revisão do Regimento do CADE e a definição de procedimentos administrativos por meio de instrução normativa pretenderam viabilizar para tal processo.⁹

⁸ Programa de Apoio à Agenda de Crescimento Econômico Equitativo e Sustentável – PACE, cujo contrato de empréstimo no valor total de US\$ 12 milhões foi assinado em outubro de 2005, e no âmbito do CADE iniciou a sua execução no exercício de 2007. O objetivo geral do PACE é o de promover a produtividade total dos fatores na economia brasileira, com ações concentradas nas áreas de logística, melhoria do clima de negócios, de melhoria do sistema financeiro e de promoção da inovação e o fortalecimento da defesa da concorrência, com a modernização processual do CADE, órgão julgador do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (<https://www.fazenda.gov.br/spe/pace/site/pace>).

⁹ Instrução Normativa 01, de 24 de julho de 2008. Apesar de editada apenas em 2008, esse conjunto de procedimentos já vinha sendo progressivamente discutido e adotado no CADE. A Instrução Normativa seria necessária para preservar esse conhecimento codificado para que os novos integrantes do Conselho pudessem começar de um conjunto estabelecido de procedimentos, ainda que fossem alterados posteriormente.

O processo de informatização exigiu um importante investimento em capital fixo na área de equipamentos para informática, software e segurança, que foi financiado pelo aporte de recursos do convênio com o Banco Mundial.

C – Recursos intangíveis

A eficácia da autoridade antitruste, especialmente no tocante à dissuasão das condutas ilegais, depende da reputação do órgão em fazer cumprir a lei.

Reputação é um valiosíssimo recurso intangível que exige esforço, obstinação e uma boa dose de paciência para ser construído. No caso de uma autoridade de concorrência jovem, como a brasileira, cujo processo de construção e consolidação de reputação institucional ainda está em curso, é imprescindível investir no relacionamento com os demais atores que formam a comunidade antitruste para conseguir firmar a reputação de eficácia da política de defesa da concorrência, em especial o Judiciário e o Ministério Público.

No curto prazo, portanto, esse importante recurso intangível está em construção, absorvendo recursos humanos e materiais em vez de compor o espaço orçamentário do SBDC.

Estratégia 1: priorização e melhor uso dos recursos

Se compararmos o orçamento anual do CADE, no período analisado, com o orçamento do USFTC, fica evidente a severa restrição orçamentária sob a qual o CADE e o SBDC atuam. O USFTC contou com orçamento anual de cerca de US\$ 180 milhões entre 2003 e 2004, enquanto o SBDC operou com menos de US\$ 15 milhões! São 70 PhDs em Economia e mais de mil funcionários contra um staff que não passa de 180 técnicos incluindo servidores e comissionados, considerando SDE, SEAE e CADE conjuntamente.¹⁰

¹⁰ A Turquia conta com mais de US\$ 60 milhões de orçamento e mais de 300 técnicos, com um PIB bem menor do que o brasileiro. O Canadá, que tem PIB semelhante ao do Brasil, conta com um orçamento de cerca de US\$ 44 milhões e quase 400 técnicos (Mr. Phan Duc Que, Towards An Effective Competition Authority In Vietnam. www.jftc.go.jp/eacpf/05/APECTrainingProgramDecember2004/Que_EffectiveVietnam.pdf).

Não há a menor dúvida de que é necessário definir quais são as prioridades para aplicação desses recursos entre os três cursos clássicos de ação: a) análise de atos de concentração; b) repressão e dissuasão de condutas anticompetitivas; c) advocacia da concorrência.

a) análise de atos de concentração

O CADE analisa em média 500 atos de concentração por ano, 30% do número de atos notificados por ano ao US Federal Trade Commission, no período 2004-2006, em uma economia 15 vezes maior do que a brasileira. Certamente o CADE analisa um número excessivo de atos, drenando seus poucos recursos. O USFTC determina algum tipo de restrição em 15% dos casos notificados, enquanto o CADE impõe algum tipo de restrição a cerca de 8% dos casos, o que é mais um indicador de “excesso” de casos analisados (The FTC in 2007: a Champion for Consumers and Competition, FTC, April 2007).

A análise de atos de concentração é apenas uma das competências do SBDC e do CADE, em particular. É a atuação preventiva de que fala a Constituição. No entanto, ela absorve muitos recursos do Sistema para identificar apenas um pequeno número de casos complexos que apresentam probabilidade de gerar efeitos negativos sobre o mercado. Os casos complexos, por sua vez, são muito exigentes do ponto de vista da capacidade analítica e da produção e tratamento de dados sobre os mercados e estratégias de negócios das empresas.

Dado o critério de notificação obrigatória, o que comanda o número de casos submetidos será o comportamento de fusões e aquisições do período. Além disso, como não há previsão legal para encerrar processos simples, antes que percorra todas as etapas de análise de um ato de concentração, mesmo os atos mais simples devem ter a apreciação da SEAE, da SDE, do Conselheiro Relator e do Plenário do CADE. É, conseqüentemente, um processo muito mais longo do que se faz nos EUA para 75% dos casos (na média do período 2004-2007).

O fato de haver um prazo legal para que o CADE se pronuncie acerca de um ato ou contrato confere-lhe, na prática, prioridade sobre os processos de conduta. Mesmo que o Plenário do CADE, liderado por seu presidente, entenda que o cartel deva ser combatido com prioridade, já que é conduta claramente lesiva para os mercados, não pode deixar de analisar atos simples de concentração, que podem chegar a 400 ou 500 em um ano.

Como o CADE é um órgão julgante, ele não pode escolher em que casos vai atuar ou a quais casos vai dar prioridade. Portanto, a alocação dos recursos do CADE não pode seguir um plano estratégico, estrito senso, uma vez que ele não pode atribuir prioridades no tocante aos casos que deve apreciar. Se for considerado, ainda, que a investigação de casos de conduta depende da SDE, pode-se concluir que a priorização é um instrumento muito limitado para melhorar o uso dos recursos. Mesmo a SDE enfrenta restrições legais para adotar prioridades entre os casos investigados.

A estratégia, por conseguinte, deve incorporar ações que reduzam ao máximo o tempo de análise de atos simples, de forma a liberar recursos para os casos complexos e para os casos de conduta. Inclui-se nessa estratégia a parcela do tempo das sessões de julgamento do CADE, que é um momento rico e valioso de expor os fundamentos das decisões, de modo transparente e ordenado. As discussões entre os conselheiros podem produzir informações vitais para a atuação da comunidade antitruste e mesmo para as decisões do administrado.

Três ações decorrem desse diagnóstico: a criação do rito sumário, não somente na instrução da SEAE e SDE, mas também no CADE; uma interpretação o mais restrita possível do art. 54, que define quais atos e contratos são de submissão obrigatória; o julgamento em bloco dos ritos sumários ou casos simples de conduta;¹¹ a transmissão pela internet das sessões de julgamento.

Certamente a ação mais eficaz para reduzir o número de atos e contratos de submissão obrigatória seria a alteração do critério de notificação, elevando o valor do faturamento mínimo e retirando qualquer referência a mercado relevante. Para isso, contudo, há necessidade de alteração do texto da lei. Mais uma vez, a estratégia para obter o melhor uso dos recursos fica limitada por uma restrição de caráter institucional.

¹¹ Esse procedimento foi inspirado no funcionamento de algumas turmas do STJ. O elemento fundamental do julgamento em bloco é o envio dos votos do Conselheiro Relator para os demais conselheiros, de forma que, se houver discordância em relação à decisão, seja possível pedir destaque do caso. No CADE iniciou-se o “bloco” para os ritos sumários com aprovação sem restrições e depois foi estendido para casos de conduta, com decisão de arquivamento que fossem muito simples e que já tivessem convergido para uma decisão unânime do Conselho, como os casos de arquivamento por prescrição intercorrente. No julgamento em bloco são indicados por cada Conselheiro os itens da pauta previamente publicada e, em seguida, proclamado o resultado: o Plenário por unanimidade acompanha o voto do Relator. Esse procedimento singelo foi responsável por reduzir de duas horas para dez minutos o tempo de julgamento dos ritos sumários nas sessões do CADE.

b) repressão e dissuasão de condutas anticompetitivas

Como mencionado, dentre as competências do CADE e do SBDC, o combate aos cartéis deveria estar em primeiro lugar na definição das prioridades. Como sua potencialidade lesiva é indubitável, o uso dos recursos seria o mais eficaz possível.

Entretanto, a política anticartéis tem se tornado cada vez mais complexa, envolvendo técnicas de investigação sofisticadas, numa combinação de programas de leniência, busca e apreensão de documentos, interceptações telefônicas. Tem crescido, portanto, a demanda de recursos humanos e materiais para utilização desses instrumentos, além de uma ampla capacidade de coordenação, já que envolvem autorização judicial, a colaboração do Ministério Público e da Polícia Federal e de um grupo de pessoas muito bem treinadas para identificar rapidamente documentos relevantes a serem apreendidos. Além disso, trata-se de procedimento altamente exigente para assegurar o devido processo legal, de forma que a decisão baseada nessas provas seja confirmada pelo Judiciário.

Embora o investimento no combate aos cartéis valha a pena, ele é um processo longo. O Brasil levou sete anos para ter o primeiro caso de condenação de cartel, cuja investigação baseou-se em um acordo de leniência. O primeiro caso de condenação de cartel baseado em provas materiais obtidas por meio de busca e apreensão só ocorreu em 2006, e o primeiro baseado em escutas telefônicas encerrou-se em 2005.

Se a instrução de casos de cartéis clássicos é longa e complexa, abreviar esse processo por meio de acordos pode ser uma estratégia eficiente no sentido de obter a eficácia do combate a cartéis. Essa possibilidade foi aberta com a promulgação da Lei 11.482/2007, e a Resolução 46/2007 do CADE definiu as condições para negociar e celebrar acordos em casos de cartel. Se o objetivo é ganhar eficiência e eficácia, o acordo só atende ao interesse público se de fato economizar recursos humanos e materiais, o que só será verificado se houver reconhecimento pelo proponente do acordo de que participou da conduta e se houver colaboração para obtenção de provas (v. Voto Vogal no Requerimento 08700.005281/2007-96 no Processo Administrativo 08012.004674/2006-50).¹²

¹² O Brasil ainda tem poucos acordos em cartel. Recentemente foi firmado o primeiro acordo em um cartel, no qual houve acordo de leniência, havendo, portanto, reconhecimento da culpa.

Monitoramento e controle da gestão

É fundamental no processo de gestão contar com indicadores de desempenho que sejam avaliados regularmente. Os indicadores mais simples são a evolução do estoque de processos e o tempo de decisão. Esses indicadores passaram a ser produzidos mensalmente pelo CADE e, mais recentemente, pela SDE. Um levantamento sistemático das estatísticas da Procuradoria do CADE é também desejável, embora ainda não esteja disponível regularmente. Essa estatística é fundamental para que se acompanhe a implementação das decisões do CADE, e portanto da eficácia das decisões.

Os indicadores mais difíceis e de mais alto custo são os que dizem respeito aos efeitos produzidos no mercado. Somente um monitoramento dos mercados objeto de decisões do CADE poderia gerar essa informação. Algumas jurisdições, como UK, contratam pesquisas para avaliar esses efeitos sobre o mercado. Mas elas são caras e nem sempre muito efetivas.

3. Os resultados alcançados e os desafios à frente

Os indicadores coletados mensalmente pelo CADE e publicados no sítio da internet mostram que o estoque de processos no CADE reduziu-se substancialmente entre 2004 e 2008. Mostra, ainda, que o tempo médio de análise dos atos de concentração foi reduzido em cerca de 45% (de 85 para 47 dias). Mesmo para casos complexos o mesmo se verifica, o que pode ser constatado pela redução do desvio padrão.

Para o administrado, entretanto, o que importa é o tempo global no SBDC e não somente no CADE. Também nesse caso houve ganhos expressivos – 40% no tempo global, com menor dispersão em torno da média.

A eficácia depende de decisões tomadas tempestivamente. O tempo de decisão, por sua vez, depende do tempo e qualidade da investigação e instrução, sobre os quais se forma a convicção do julgador.

Certamente existe uma relação positiva entre tempo e qualidade da investigação e instrução. No entanto, nas infrações contra a ordem econômica essa relação decresce com o tempo e a partir de certo ponto pode se tornar negativa. A demora na fase instrutória pode tornar a decisão inócua, sem que esteja garantido um aumento da qualidade e das condições da decisão.

Apesar dos avanços inquestionáveis, alguns processos mais complexos ficaram mais de um ano em instrução. Especialmente nos casos em

que é assinado um APRO, há que ganhar celeridade na análise, sob pena de se ver comprometida a eficácia da intervenção, quando necessária.

Há necessidade de melhorias na capacidade de identificação rápida dos potenciais problemas antitruste, sem o que a celeridade pode ser obtida por meio da perda de qualidade da instrução. Programas de capacitação em outras jurisdições ou por meio de consultores experientes podem ajudar muito nessa melhoria da relação celeridade/qualidade/tempestividade.

No caso das condutas o mesmo não se verifica. Se no âmbito do CADE houve ganhos de celeridade, reduzindo o tempo médio de decisão em cerca de 45%, na fase de investigação não houve melhoras. Pelo contrário, houve um aumento significativo no tempo de instrução. Uma das razões que podem explicar esse resultado negativo é o foco na investigação de cartéis clássicos, com base em provas materiais. Com poucos funcionários, a instrução torna-se lenta. Segundo a Secretaria de Direito Econômico, hoje 75% dos seus recursos estão alocados no combate aos cartéis.

Com todas as limitações impostas a qualquer tentativa de priorização das ações do CADE, houve um aumento das condenações em casos de cartel, e as multas se tornaram mais altas. Se nos cartéis de 1999 (açúcar, jornais, transporte aéreo etc.) as multas eram de 1% sobre o faturamento, entre 2004 e 2008 essas multas passaram a ser de 20%!

Apesar de todo esforço empreendido, e de algum sucesso obtido, o recebimento de multas ainda é baixo: pouco mais de 20% do número de multas foram pagas por via administrativa.

Mesmo que o valor das multas recolhido ao Fundo de Direitos Difusos tenha crescido substancialmente, esse valor se deve a alguns poucos casos específicos, como o do cartel das vitaminas, pago por via administrativa, ou o da Microsoft/TBA, pago como resultado de uma transação judicial. Ainda há um longo caminho a percorrer no sentido de implementar as decisões do CADE, mesmo com a mudança de atitude da Procuradoria-Geral, que passou a atuar de forma mais concentrada e ativa no contencioso. Esse avanço depende de outros atores, em especial do Judiciário.

4. Conclusão

O leitor familiarizado com o tema do planejamento e gestão estratégicos pode perceber vários elementos desse tipo de processo na gestão do CADE no período recente. No entanto, há dificuldades óbvias na aplicação desses métodos em um órgão colegiado, demandando um esforço muito

maior de persuasão e colaboração. Além disso, deve-se reconhecer que se a eficácia é o objetivo a ser buscado pela política antitruste, ela depende não só do CADE, mas também de outros órgãos que compõem o SBDC, os quais apresentam uma dinâmica própria.¹³

Uma segunda dificuldade diz respeito à natureza do “produto” gerado pelo CADE. É muito difícil estabelecer metas a serem atingidas. Isto é, quantificar a redução pretendida no tempo de análise e decisão, ou na proporção de multas pagas administrativa ou judicialmente. Isso não impede, contudo, que o desempenho seja monitorado e o curso de ação ajustado quando os resultados ficam aquém do que se esperava.

A busca da eficácia do sistema terá que enfrentar alguns desafios no futuro muito próximo:

- a) Aprovação do PL no Congresso de forma a avançar na eficácia e eficiência propiciadas pelo redesenho do Sistema, análise prévia, alteração dos critérios de notificação obrigatória, dentre outros.
- b) Desenho de incentivos mais adequados à manutenção de gestores e procuradores federais na Autarquia, de forma que o órgão consiga se apropriar dos investimentos em capacitação e preservação da cultura da organização.
- c) Aprofundamento no treinamento para a Análise Prévia que pode ter efeitos positivos imediatos, no contexto dos procedimentos em rito sumário.
- d) Consolidação das normas e procedimentos para TCCs em casos de cartel.
- e) Implementação do novo Formulário de Notificação de AC e Apresentação Eletrônica de modo a avançar no processo de informatização do Sistema.
- f) Investimentos permanentes em infra-estrutura de rede e melhoria do *site* do CADE, preparando a integração das etapas de investigação, instrução, decisão e implementação.
- g) Desenvolver mecanismos de acompanhamento dos efeitos das decisões do CADE nos mercados.

¹³ A Secretaria de Direito Econômico é um cargo de confiança do Ministro da Justiça e, por sua vez, tem sua própria burocracia. A Secretaria de Acompanhamento Econômico é um cargo de confiança do Ministro da Fazenda e também tem uma burocracia própria, com interesses específicos, parte sediada em Brasília, parte no Rio de Janeiro.

CONCORRÊNCIA COMO TEMA CONSTITUCIONAL: POLÍTICA DE ESTADO E DE GOVERNO E O ESTADO COMO AGENTE NORMATIVO E REGULADOR

*Tercio Sampaio Ferraz Junior**

1. Regulamentação constitucional da ordem econômica: a concorrência em perspectiva histórica

A Constituição do Império e a Constituição republicana de 1891 não trataram do tema do mercado concorrencial. Pode-se dizer que a concorrência, por ser um fato econômico de regras próprias, era, naquele tempo, um jogo que dispensava a disciplina jurídica, a qual só podia exercer-se externamente, jamais quanto à estrutura do jogo. Isto caracterizou seguramente as primeiras expressões do Estado de Direito, que sucumbia às forças de mercado como naturais e incoercíveis.

O mercado concorrencial oitocentista supunha-se ordenado por uma estrutura atomística e fluida, isto é, pela pluralidade de agentes e pela influência isolada e dominadora de uns sobre outros. Admitia-se que, mantendo-se alto o número de sujeitos econômicos, nenhum dos quais é maior do que o outro, a massa daí formada seria homogênea, sendo suportável a ação de cada um em face dos outros. A fluidez, por sua vez, exigia liberdade ou, mais propriamente, disponibilidade, isto é, possibilidade de os sujeitos determinarem, sem ser obstados, as quantidades e qualidades de bens desejados, bem como entrar e sair a seu talante do sistema. Obviamente não se ignorava que, nesse contexto, as forças entravam em choque, donde a luta ser um elemento importante da estrutura. Mas, tratando-se de relações privadas, individuais, o Direito Comercial era suficiente para um mínimo de disciplina, que a regulava, mas jamais a encarava como perniciosa enquanto processo natural.

No princípio, assim, o tema era visto, por Adam Smith, por exemplo, como o objeto de uma ciência moral (e, assim, jurídica). Só posteriormente apareceram os economistas (Ricardo, entre outros), que vieram a submetê-

* Professor titular da Faculdade de Direito da USP.

la a um tratamento próprio, não mais de índole moral, mas de *teoria econômica*, o que, progressivamente, veio a criar uma distância entre Direito e Economia.

É no final do século XIX que o tema da *concorrência* aflora como um problema peculiar, capaz de exigir uma convergência entre as disciplinas, sob o prisma de um *direito da concorrência*.

A Constituição de 1934 previa que a ordem econômica dovesse ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilitasse a todos uma existência digna. Dentro desses limites, prescrevia, era garantida a liberdade econômica (CF/34: art. 115). Esta forma aberta de referir-se à liberdade no mundo de mercados fazia pensar numa concorrência em que os poucos negócios mantinham um razoável equilíbrio, de tal modo que o Poder Público se restringisse a reprimir formas desleais de concorrência, assim mesmo de modo vago e atendendo antes a princípios éticos.

Desde a segunda metade da década de 30, porém, a concepção ideológica do mercado sofria o influxo da Europa fascista e já era possível ler-se na Carta de 37 o seguinte dispositivo: “Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, fundam-se a riqueza e a prosperidade nacional”.

A intervenção no domínio econômico – previa a Carta de 37 – poderá ser mediata ou imediata, revestindo a forma de controle, do estímulo ou da gestão direta (art. 135).

Neste quadro de confluência de Estado e Nação, a defesa da sociedade concorrencial atrelava-se à inspiração do fascismo italiano, de modo que a preocupação política vinha carregada também de uma preocupação repressiva. Assim, os primeiros diplomas legais, no âmbito econômico, tinham por escopo uma classificação de ilicitudes penais, sendo as formas de concentração, o monopólio primordialmente, qualificadas como crime.

O Decreto-lei n. 869 de 18 de novembro de 1938, inspirado no projeto do Código Penal argentino bem assim na primeira legislação e jurisprudência americanas e nas propostas da Comissão de Reforma do Código Penal alemão, se inscrevia ainda num cenário cujo pano de fundo temia as formas concentracionais como distúrbios na estrutura do mercado. Esta visão penal das distorções mercadológicas colocava, assim, a economia do País a meio passo entre o franco intervencionismo, nos sobretons político, e uma concepção estrutural conservadora, na tintura legal. De qualquer

modo, o Decreto-lei n. 869/38 era mais um diploma que, visando à defesa da economia popular, antes e nessa medida, procurava coibir os distúrbios no mercado.

O Decreto-lei n. 869/38 era mais um diploma que, visando à defesa da economia popular, antes e nessa medida, procurava coibir os distúrbios no mercado.

O Decreto-lei n. 7.666 de 22 de junho de 1945, de Agamêmnon Magalhães, destinado a coibir “os atos contrários à ordem moral econômico”, criando, pela primeira vez, uma “Comissão Administrativa de Defesa Econômica”.

Com a promulgação da Constituição de 1946, fala-se, pela primeira vez em nossa Lei Maior, em “abuso do poder econômico”. O seu art. 148 assim preceituava: “A lei reprimirá toda e qualquer forma 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”.

Agamêmnon Magalhães, cuja colaboração para a redação deste texto fora decisiva, voltaria à carga em 1948, apresentando projeto de lei (Projeto de lei n. 122/48), voltado para a repressão do abuso do poder econômico e adotando “as diretrizes da legislação dos EUA com as modificações impostas pelas nossas condições econômicas e políticas” (Agamemnon Magalhães, *Abuso do poder econômico*, ed. Folha da Manhã, Recife, 1942, p. 18, apud Franceschini, José Inácio e José Luiz, *Poder econômico: exercício e abuso – direito antitruste brasileiro*, RT, São Paulo, 1985, p. 10).

As primeiras manifestações de uma economia de escala e de uma sociedade de consumo, no Brasil, vão ter os seus esboços já perceptíveis na segunda metade da década de 60. De certo modo, pode-se, pois, dizer, que a Lei n. 4137 de 1962 antecipa parcialmente este novo cenário. Antecipa, dizemos nós, porque nem a economia nacional, àquela época, já se alterava naquela extensão, nem a concepção jurídica do abuso de poder econômico se liberta plenamente de seus antecedentes penalistas. (“A lei, que se refere o art. 148, é penal” dizia Pontes de Miranda em seus Comentários à Constituição de 1946).

A Lei n. 4137 de 1962: o legislador, como o constituinte, passou a exprimir-se no que Benjamin M. Shieber (*Abusos do Poder Econômico*, RT, São Paulo 1966, p. 28 ss.) chamou de “linguagem de finalidade” ao falar

das diferentes formas de abuso de poder econômico, e apenas as considera abusivas se para dominar mercados, eliminar concorrentes, explorar consumidores etc.

Com a Constituição de 1967, art. 157, muda o teor exemplificativo e difuso da de 1946.

A disciplina do abuso de poder econômico adquire uma conotação mais nitidamente tipificante, abandonando a fórmula mais aberta da Constituição “a lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico” e adota a seguinte formulação:

“Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: (...) VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizada pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros” . Como a expressão: “caracterizada” não traduzisse necessariamente uma “linguagem de finalidade”, foi reforçada ainda mais a concepção penalista do abuso.

O fato é que o projeto desenvolvimentista formulado nos anos 50 e que, após o período Kubitschek, entrara em crise, conheceu com a Revolução de 64 uma reformulação em termos de industrialização forçada. Uma reforma no sistema financeiro, aliada a um abundante crédito externo, permitiu um aprofundamento da política da substituição de importação. Esta industrialização forçada foi em parte liderada pelos investimentos diretos do Estado, em parte por este induzida por meio de estímulos que culminaram numa franca política de agregação empresarial, como se pode ver, do ângulo jurídico pelos dispositivos concentracionistas das Leis ns. 5.727/71 (I PND) e 6.151 (II PND). E, neste último, com a criação do COFIE – estímulos fiscais – e do FMRJ e PMRC, no âmbito do BNDE, todos, destinados a incentivar a política de fusão e incorporação nos setores em que “a excessiva disseminação de empresas nacionais lhes retire o poder de competição e as coloque em posição frágil, perante o concorrente estrangeiro” (II PND, item 1.3).

Isso provocou certa desorientação na aplicação da Lei n. 4.137/62, mormente quando o CIP, ostensivamente passava a estabelecer preços máximos, criando condições para que a prática de ajuste entre fabricantes em vista da fixação uniforme de tabelas acabasse por ser reconhecida.

“Lícito é o ajuste entre fabricantes para a fixação uniforme de tabelas de preços através das quais são os revendedores divididos em categorias objetivas e não discriminatórias e concedidos descontos quantitativos e variáveis conforme as categorias ali previstas. Impõe-se a solução, máxime quan-

do, estando os preços praticados pelos fabricantes sob o controle do CIP, não houver ofensa aos preços máximos permitidos pelo órgão” – Sentença de 1.ª instância de 08.08.77, 6.ª Vara da Justiça Federal de São Paulo).

2. A Constituição de 1988: livre-iniciativa e o princípio da livre concorrência

Neste quadro desagregador, a Constituição de 1988, ao disciplinar a matéria, trouxe elementos novos, e, com isso, a ressurreição da lei antitruste numa nova perspectiva como uma peça fundamental no perfil econômico constitucional.

Nem a Constituição nem a legislação vigente definem a concorrência. Os economistas neo-clássicos haviam desenvolvido um célebre modelo de concorrência pura e perfeita que estabelece poderem os consumidores obter duravelmente quantidades desejáveis de um produto procurado, a preços mais baixos quanto possível (portanto a nível de custos mínimos de produção) se a) o mercado é composto de um grande número de ofertantes e demandantes independentes, b) o produto é totalmente homogêneo, c) a entrada num e a saída de um ramo de negócio são totalmente livres, d) ofertantes e demandantes têm conhecimento exato e total das condições que governam o mercado, com a tendência de buscar seu máximo interesse e e) a obtenção do produto não provoca nenhum problema de custos de transporte.

Na prática, este modelo se revelou de uma utilidade muito limitada. Sua superação conduziu a doutrina à chamada “concorrência praticável” (workable competition). Praticável seria a concorrência se a) um número considerável de empresas vende seus produtos perfeitamente substituíveis em uma área importante do mercado, b) há ausência de colusões entre os participantes do mercado, c) o acesso a um ramo de negócio é garantido por uma larga difusão do progresso técnico junto aos produtores potenciais.

Isso levou a doutrina a afirmar que a legislação pressupõe a concorrência como um fenômeno real, mas sua determinação conceitual não contém nenhum elemento normativo. Ao contrário, qualquer tentativa de lhe definir condições, modos de atuação e efeitos corre o risco de estreitar sua aplicabilidade jurídica. Por isso, ao invés de se definir juridicamente o princípio da concorrência por uma conceituação de concorrência, a literatura tem-se encaminhado para uma compreensão do princípio como uma decor-

rência da liberdade de iniciativa enquanto um aspecto e uma das extensões das liberdades individuais.

Nesse sentido convém distinguir entre concorrência como regra do jogo de mercado, nas suas múltiplas possibilidades reais, e concorrencialidade, isto é, grau de competitividade existente num dado mercado. A concorrência é um pressuposto fenomênico, que admite vários graus de competitividade, mas que não se elimina como estrutura mesmo quando é baixa a concorrencialidade (cf. G. Sartori, *Democrazia cosa è*, Milano, 1994, p. 221).

Daí o princípio da livre concorrência, que passa a ser entendido normativamente em função da competitividade inerente à livre-iniciativa enquanto um direito fundamental de concorrer, isto é, de atuar criativamente no jogo do mercado livre. Isto exige, de um ponto de vista jurídico, que o chamado livre mercado seja pressuposto como uma estrutura de alternativas dinâmicas, da qual não deriva que todos os seus agentes sejam igualmente e efetivamente livres. Ou seja, uma determinada estrutura pode encorajar ou desestimular a potencialidade de livre-iniciativa individual. Donde se conclui que a liberdade econômica pode estar sujeita a importantes restrições que podem tornar-se verdadeiros impedimentos.

Assim, o princípio da concorrência significa, *prima facie*, que a potencialidade deve ser aberta, em sentido normativo, a todos. Em si, o mercado é cego em face dos indivíduos, sendo, ao revés, um instrumento a serviço da coletividade. Por meio do mercado a sociedade impõe uma ordem à livre-iniciativa. O princípio da concorrência, por seu lado, garante, em nome da coletividade, o exercício da livre-iniciativa a qual exige, como qualquer direito fundamental, o estabelecimento de seus limites. Estes não só devem ser buscados na livre-iniciativa dos outros agentes, mas também no exercício de outras liberdades, como a de consumir, a de ter acesso aos benefícios da propriedade e da produção, inclusive de respeitar o princípio constitucional da soberania (cf. Raffaella Niro, *Profili costituzionali della disciplina antitrust*, Pádua, 1994, p. 122).

3. Livre concorrência e livre-iniciativa

É importante assinalar que livre-iniciativa (CF, art. 170, *caput*) e livre concorrência (CF, art. 170, IV), esta como base do chamado livre mercado, não coincidem necessariamente. Ou seja, livre concorrência nem

sempre conduz à livre-iniciativa e vice-versa (cf. Farina, Azevedo, Saes: *Competitividade: mercado, Estado e organizações*, São Paulo, 1997, cap. IV). Daí a necessária presença do Estado regulador e fiscalizador, capaz de disciplinar a competitividade enquanto fator relevante na formação de preços, do dinamismo tecnológico, do uso adequado de economia de escala etc., impedindo, porém, que essa se torne instrumento de restrição estratégica à capacidade de iniciativa dos concorrentes. É, pois, neste hiato entre a livre concorrência e a livre-iniciativa que entra a função da lei para reprimir o abuso do poder econômico, prevenir distorções funcionais, estabelecer medidas regulatórias, no caso de agências reguladoras. Daí o disposto no art. 173, § 4.º, que manda que a lei reprima “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros”.

No art. 173, par. 4.º, fala-se de *mercado*.

Note-se, inicialmente, que o § 4.º do art. 173 está inserido num dispositivo cujo caput cuida da “exploração direta de atividade econômica pelo Estado”. Os parágrafos 1.º, 2.º e 3.º tratam de delimitar particularmente a atividade da empresa pública e o § 5.º determina que a lei, “sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-se às prescrições compatíveis com sua natureza nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular” (grifei). Em suma, o art. 173, como um todo, que cuida da articulação do Estado na economia, estabelece normativamente uma concepção global do mercado, no qual concorrem empresas públicas e privadas (§ 3.º “A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade”), num contexto abrangente (“ordem econômica e financeira” e “economia popular” – § 5.º).

Nesse contexto, a Constituição, que declara o mercado interno como patrimônio nacional (art. 219), exige do Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174), o exercício da função de fiscalização. Dentro dessa concepção global, a repressão aos abusos do poder econômico está referida a atos da vida econômica usual (submetendo-se todos os agentes ao regime próprio das empresas privadas, diz o § 1.º do art. 173) – atos que não são diferentes a ponto de serem classificados em virtude de uma natureza distinta (cf. José Frederico Marques, op. cit., p. 477). Portanto, os conflitos por eles eventualmente provocados podem e devem ser tratados por distintas legislações, não tendo cabimento distribuí-los de modo estanque pelos diversos ramos jurídicos. O mesmo ato e mesmo con-

flito pode ser enquadrado como concorrencial nos termos da legislação penal, como ilícito civil sujeito às indenizações respectivas, ou como infração administrativa a ser apreciada pelo CADE. É o ponto de vista da concepção global do mercado como patrimônio nacional (não patrimônio do Estado) que qualifica a competência da SDE ou do CADE.

Ora, desse ponto de vista da concepção global do mercado, própria da Constituição de 1988, a linguagem de finalidade não tem a mesma natureza que teve no passado. O dispositivo constitucional não exclui a possibilidade, em legislação própria, de punição de atos praticados contra a ordem econômica em termos penais e, portanto, submetidos à tipicidade que lhe seja própria. Mas, em termos de uma legislação de defesa da concorrência, o que está em questão não é uma estrita responsabilidade subjetiva. A Constituição brasileira atual, ao contrário, não está antes preocupada e exclusivamente com um ato individual, consciente e intencionalmente predisposto a ferir a ordem econômica e a livre concorrência, como se o agente deliberadamente atuasse naquela direção, mas com a repercussão desses atos no mercado-patrimônio nacional. Esse novo sentido da linguagem de finalidade em seu contexto contemporâneo suscita, por fim, um tema delicado no que se refere à atuação do CADE.

4. Atuação do CADE e diretriz constitucional: política de Estado e política de governo

Quando tratamos dos aspectos polêmicos da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE somos obrigados a pensar em questões que atingem de perto a Constituição Brasileira. Na aplicação da lei de defesa da concorrência devemos separar dois aspectos: a) a lei antitruste autoriza a disciplina da concorrência em termos de repressão do abuso do poder econômico, portanto, caracteriza infrações contra a ordem econômica e especificamente contra a concorrência e b) no seu artigo 54 pode ser encontrado textualmente outro aspecto que envolve o “controle prévio de atos e contratos”.

Esse controle prévio tem como objetivo primeiro antecipar-se a possíveis anomalias que possam ocorrer, por meio de atos ou de contratos, na concorrência. Assim, direciona-se, na forma de uma aprovação ou de uma reprovação, a atividade privada. Abordaremos este aspecto da lei, qual seja, o que disciplina o controle prévio de atos e contratos e que possui, de certo modo, um sentido de intervenção do Estado no domínio econômico, isto

é, trata-se de uma forma autorizada de intervenção no domínio econômico. Daí afirmar-se que este fato suscita um problema delicado de caráter constitucional.

No exercício desse controle por parte da administração, o CADE é uma autarquia especial, cujo papel é apreciar as questões ligadas à perspectiva econômica lançada por esses atos e contratos, tendo em vista o interesse coletivo. Um exemplo prático e bastante sugestivo deste controle foi a proibição pelo CADE, num primeiro momento, de um ato de concentração entre uma grande cervejaria estrangeira e uma cervejaria brasileira. Nessa proibição, alegou-se que a vinda da maior cervejaria mundial americana para o Brasil, por meio de uma *joint venture*, com a segunda grande cervejaria brasileira, a Antártica, constituiria uma barreira para o desenvolvimento do mercado cervejeiro nacional e fortaleceria exageradamente o participante nacional sem que o participante estrangeiro viesse aqui para concorrer. Na verdade, ele viria para aliar-se a um possível concorrente. Este fato gerou uma enorme discussão havendo, inclusive, um pedido de reconsideração dessa proibição e a final o CADE aprovou a *joint venture*, porém, exigiu que fosse feita uma modificação no contrato entre as duas empresas. Modificação esta que possibilita à empresa americana fazer, até determinado prazo, um grande investimento de US\$ 450.000.000. Mas o que ocorreu, na verdade, foi uma transformação desta possibilidade de investir em obrigação de investir. Portanto, temos aqui um exemplo de intervenção direta do CADE em uma relação contratual e é este tipo de intervenção direta na relação contratual que se coloca em questão.

Quando pensamos em limites constitucionais, questiona-se uma intervenção do Estado no domínio econômico. No exemplo aventado, as empresas foram obrigadas a alterar o seu contrato, caso contrário este estaria reprovado e os americanos voltariam para o seu país; os brasileiros, por sua vez, ficariam sem qualquer investimento. Desta forma pergunta-se: qual é o limite desta intervenção? Na apreciação deste limite encontramos considerações que podem ser colocadas sob os temas “políticas de Estado” e “políticas de governo”. É dizer, na apreciação dos limites desta intervenção nós costumamos invocar, de um lado, aquilo que denominamos política de Estado e, de outro, aquilo que chamamos de política de Governo.

A primeira denominação, qual seja, política de Estado, constituiu um elemento fundamental para este tipo de intervenção. Refere-se, aqui, àquelas políticas as quais a autoridade administrativa deve levar em consideração e que estão delineadas como políticas permanentes na própria Constituição

Federal. Temos como exemplo dessa política o artigo 218 ou 219 da CF/88. Desta forma, no caso das cervejas, levou-se em consideração a contribuição ao desenvolvimento tecnológico na produção da cerveja brasileira que seria trazida pela maior produtora mundial de cervejas. Este elemento é típico da política de Estado porque inscrita na Constituição sendo, então, no exemplo estudado, elemento favorável à aprovação daquela *joint venture*.

Nesses termos, constituem políticas de Estado o desenvolvimento tecnológico (CF, arts. 218 e 219), a defesa do meio ambiente (CF, art. 170, VI), a função social da propriedade (CF, art. 170, III), a defesa do consumidor (CF, art. 170, V), a redução das desigualdades regionais e sociais (CF, art. 170, VII), a busca do pleno emprego (CF, art. 170, VIII), o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte (CF, art. 170, IX).

Por outro lado, ao aplicar a lei, o CADE leva em consideração as políticas de governo. Estas dizem respeito ao programa de governo, portanto, caracterizam-se por certa provisoriedade que fica, um pouco, ao sabor da conjuntura, modificação da própria situação em que o País vive. As políticas de governo não estão necessariamente ou, pelo menos, ostensivamente inscritas no perfil constitucional. A sua utilização como argumento para impedir ou para evitar, por exemplo, que se consuma ou que se leve a cabo um determinado contrato pode causar problemas. Assim, em princípio poderíamos dizer que, se estamos falando em intervenção do Estado no domínio econômico e no setor privado, certamente causaria preocupação imaginar que a política de governo, dotada dessa provisoriedade, pudesse ser, por exemplo, argumento para a intervenção. A intervenção não é excluída, mas a exigência de fundamentação reporta-se a situações de fato e sua demonstração como indícios fortes de perturbação do equilíbrio concorrencial.

As políticas de Estado que possuem perfil constitucional são, nesse sentido, de maior consistência: sua relevância não precisa ser comprovada, pois constituem premissas pré-estabelecidas, dispensando-se de ser justificadas. Os problemas de interpretação que elas podem suscitar aparecem na sua incidência, não na presunção de sua necessária consideração como suporte da análise, justamente pelo fato de se poder encontrá-las ostensivamente na Constituição.

Entretanto, como resolver as questões oriundas das políticas de governo? A lei concorrencial estabelece que, quando houver interesse para a economia nacional, determinado ato ou contrato poderá ser aprovado pelo CADE, ainda que desta aprovação advenham problemas para a concorrência. Neste sentido, por exemplo, quando invocamos necessidades prioritárias

rias do mercado interno brasileiro para enfrentar os mercados externos, encaminhando argumentos voltados para a questão da globalização que é, por sua vez, um fenômeno conjuntural. É o que sucede quando dizemos que a invocação, por exemplo, de relatórios do BNDES aponta que determinado setor empresarial que está fortemente afetado pela concorrência internacional sendo atingido de frente pela globalização: pergunta-se em que medida faz mister trabalhar com juízos fundados em políticas de governo que venham, assim, a provocar uma alteração positiva ou negativa num contrato preestabelecido entre empresas? Exemplificando: no caso da aquisição de uma grande siderurgia por outra grande siderurgia, como aplicar a política de governo? É dizer, nesse caso, que estarão em jogo interesses comerciais e de produção entre países que influenciarão ou não sua aprovação ou desaprovação. A invocação, nesse caso, do princípio da soberania é insuficiente, pois, na verdade, está-se usando, eventualmente, políticas de governo (por exemplo: o desenvolvimento setorial) em vista da conjuntura, com o objetivo de propiciar uma intervenção de controle de atos e contratos por meio da autoridade administrativa.

As políticas de governo aparecem basicamente naquilo que se poderia chamar de “colisão de interesses”. Assim, o Governo se volta para certo desenvolvimento tecnológico, tentando estimulá-lo, mas não enquadra neste estímulo certo aspecto do desenvolvimento tecnológico do País por achá-lo prejudicial ao fortalecimento da empresas nacional. Isso sucedeu, por exemplo, com o setor de informática. Poderíamos desestimular a empresa estrangeira, ainda que em prejuízo da concorrência? Isso fere o tema do fomento da política de governo, ou seja, algo conjuntural. Tais questões são cruciais para a compreensão da lei antitruste.

Assim, como deverá o órgão de defesa da concorrência, no controle de atos e contratos, enfrentar essas questões, estabelecendo-lhes regras compulsórias? Adota-se, em parte, uma política de Estado ao lado de outras que se referem às colisões de interesses? Ou essas em detrimento daquela?

Nesse sentido, a lei alemã, por exemplo, prevê que, em alguns casos, o Ministro de Estado da Economia pode intervir em uma decisão da autoridade concorrencial alemã, tendo em vista o interesse de uma política de governo contra, até mesmo, certos fundamentos de uma decisão da autoridade alemã em termos de política de Estado. Mas parece que, nesse caso, se tem mais um problema do que uma solução.

5. A ordem financeira: um exemplo de confluência de política de Estado e de Governo

A atual Lei n. 8.884/94 estabelece as regras gerais de concorrência e repressão ao abuso de poder econômico no mercado. Em seu art. 15 define o alcance da aplicação de suas normas:

“Art. 15. Esta lei aplica-se a pessoas físicas e 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.”

Assim, as regras *materiais* da legislação de defesa da concorrência aplicam-se *prima facie* aos agentes de todo e qualquer mercado no território nacional. Todavia, determinados setores da economia são imunes à aplicação das normas antitruste pela agência de defesa de concorrência (CADE) (1) seja por razões de ordem lógica, i.e., quando inexitem condições lógicas de aplicação das normas concorrenciais; (2) seja por força da atuação governamental que substitui as forças de mercado; ou ainda, (3) seja por força de outros interesses públicos que, considerando-se a especificidade do setor, sobrelevam-se aos objetivos concorrenciais.

O primeiro caso (1) é evidente. A aplicação das normas que vedam práticas ou contratos que impliquem prejuízo à concorrência no mercado pressupõe a existência de um mercado onde os agentes concorram. Se não há concorrência, logicamente não se aplicam as normas antitruste. Por exemplo, não cabe ao CADE analisar a união de entidades de classe ou sindicatos, ou mesmo acordo uniformizando condutas na reivindicação de determinados direitos trabalhistas, dado que estes não concorrem entre si por associados (seria absurdo falar, aqui, em concentração de mercado ou cartel).

No segundo caso (2) estão os setores nos quais as normas de direito público e a atuação do Estado claramente substituem o sistema ou definem o funcionamento do “mercado”, determinando, por meio de regulação, e fiscalizando, por meio de órgão público, as variáveis econômicas fundamentais, tais como preço e quantidade produzida. Trata-se da doutrina da ação do Estado (*State Action Doctrine*), desenvolvida pelos tribunais norte-americanos e se assemelha ao caso (1) no sentido de que a aplicação de normas antitruste pressupõe a existência de concorrência. A diferença é que neste

caso a ação do estado suprime a concorrência ao regular as variáveis que a constituem e fomentam. A doutrina foi consolidada em recente decisão da Suprema Corte¹ norte-americana que definiu os seguintes parâmetros:

- a regulamentação da atividade decorre de política que substitui a concorrência no setor, definindo como funcionará o mercado (por exemplo, determinando número de agentes, definindo preços e condições de entrada no mercado);
- há supervisão ativa e constante, por órgão público, das obrigações definidas na regulamentação.

No terceiro caso (3) estão os setores disciplinados por normas específicas e fiscalizados por agências ou comissões reguladoras independentes. O fundamento da criação dessas comissões está em colocar o setor, em função da importância econômica ou social de que se reveste, sob policiamento de um corpo altamente especializado. As comissões especializadas estabelecem ou implementam políticas de cunho econômico ou social, ou ainda, autorizam práticas dos agentes no setor que muitas vezes conflitam com determinados ditames da política de concorrência disciplinada em lei. Por exemplo, quando implementam políticas de desenvolvimento industrial. Na hipótese de conflito, obviamente prevalecem as normas materiais específicas do setor, falando-se em imunidade às normas de direito antitruste.

Na Comunidade Econômica Européia – CEE, o art. 90, n. 2, do *Tratado de Roma* reconhece expressamente a imunidade das atividades reguladas à aplicação das normas concorrenciais, sempre que tal aplicação possa prejudicar, jurídica ou faticamente, o exercício das atribuições e a implementação da política definida para o setor.

Nos E.U.A., a jurisprudência desenvolveu, com conteúdo similar à norma européia, a doutrina da amplitude do poder da agência reguladora (*pervasive power*). Assim, nos setores regulados (*regulated industries*) a aplicação da lei antitruste pode ser obstada se a agência reguladora ou supervisora persegue finalidades, cujos meios técnicos se sobrepõem ou se opõem às normas concorrenciais. Como exemplo, os setores financeiro, de valores mobiliários, de *commodities* e mercados futuros, são áreas, em princípio, isentas das normas de concorrência, somente aplicáveis se não conflitantes com as normas e políticas definidas para a atividade.

¹ *California Retail Liquor Dealers Association vs. Midcal Aluminium Inc.* [447 U.S. 97 (1980)].

A larga experiência norte-americana é interessante na medida em que seu modelo de agências reguladoras independentes (*agencies*) tem servido como inspiração na remodelação dos institutos tradicionais do direito administrativo brasileiro, principalmente no que se refere à prestação de serviços de interesse público no período pós-privatizações. Sempre foram reconhecidos, na jurisprudência norte-americana, limites ao alcance da aplicação das normas antitruste nos setores regulados, subordinadas ao reconhecimento da adequação da política concorrencial aos objetivos definidos para o setor pelo órgão competente. Uma decisão no setor de óleo e gás é característica:

“We believe that the joint venture substantially lessened competition among suppliers... Unless the Commission finds that other important considerations militate in favour of the joint venture and that these considerations are more beneficial to the public than additional competition, the antitrust policies should be respected and the joint ventures set aside. (...) Although the commission is not bound by the dictates of antitrust laws, it is clear that antitrust concepts are intimately involved in a determination of what action is in the public interest, and therefore the commission is obliged to weight antitrust policy” (Northern Natural Gas Co. v FPC, 399 F.2d 953 (D.C. 1968)).

A jurisprudência caminhou para a consolidação da competência das agências setoriais para aplicação, quando cabível, das normas concorrenciais, culminando com a edição de leis especiais, incorporando diversos conceitos e condutas típicas do direito antitruste. O setor financeiro constitui exemplo deste processo.

O setor financeiro nos E.U.A. é regido, fundamentalmente, pelos *Bank Merger Acts* de 1960 e 1966 e pelo *Bank Holding Company Act*, sendo acompanhado pelas agências *Office of the Comptroller of the Currency (OCC)*, *Federal Deposit Insurance Corporation (FDIC)* e *Board of Governors of the Federal Reserve Board*. As atividades sujeitas ao *Bank Merger Act* são isentas da necessidade de notificação da operação às agências antitruste, sendo examinadas pelo *Federal Reserve Board*, usualmente após parecer técnico (não obrigatório nem vinculante) do Departamento de Justiça (cf. *ABA Section of Antitrust Law, Antitrust Law Developments (4th ed. 1997)*). Quanto à regulação de condutas, a emenda de 1970 ao *Bank Holding Company Act* incorporou explicitamente ao texto a proibição de venda casada (*tie-ins*), estabelecendo a ilicitude da submissão da prestação serviço financeiro à obtenção ou fornecimento de crédito. Em conformida-

de com suas políticas para o setor e com as práticas da atividade financeira o *Federal Reserve Board*, afirmando sua autoridade de órgão especial, estabeleceu uma série de isenções às provisões anti-venda-casada do *Bank Holding Company Act* e cortes já decidiram no sentido de não interferir em “práticas tradicionais do mercado bancário”² e “condições normalmente relacionadas a um empréstimo”.³

Portanto, a aplicação das normas gerais de concorrência subordina-se ao reconhecimento de sua compatibilidade ou sua compatibilização, pela agência especial, com os objetivos definidos para o setor e com os interesses públicos protegidos pela agência.

No Brasil, o cumprimento, pelo legislador, dos mandamentos constitucionais de proteção à concorrência, não se limitou à legislação de caráter geral. Com efeito, sempre existiram, para determinados setores da economia, regras outras, *especiais*, que, em atenção à relevância e às peculiaridades e complexidades desses segmentos, atribuíram a outros órgãos ou entidades, responsáveis por sua supervisão e fiscalização, a incumbência de zelar pela defesa da concorrência (caso 3 *supra* discutido).

É o caso do sistema financeiro nacional, que tem na Lei n. 4.595, de 31.12.64, seu aparato básico de regência, e cuja relevância tornou-o merecedor, na última Constituição, de um capítulo especial, materializado nos dispositivos contidos em seu art. 192, por força da qual, aliás, a referida lei ostenta, hoje, *status* de lei complementar.

Independentemente da pendência judicial sobre a extensão do caráter de lei complementar a todas as suas normas, a referida lei complementar contém um amplo leque de atribuições de caráter normativo ao *Conselho Monetário Nacional – CMN* e de caráter executivo ao *Banco Central do Brasil – BCB*. A política do CMN tem por objetivo básico assegurar as condições necessárias à estabilidade da economia do país. Daí ter estabelecido o legislador – atento para o fato de que, diferentemente dos demais agentes econômicos, instituições financeiras trabalham preponderantemente com recursos do público – que a política do Conselho Monetário Nacional também terá por objetivo “zelar pela liquidez e solvência” das referidas instituições (art. 3.º, VI).

² *B.C. Recreational Indus. v. First Nat'l Bank*, 639 F.2d 828 (1st Cir. 1981).

³ *McCoy v. Franklin Sav. Ass'n*, 636 F.2d 172 (7th Cir. 1980).

Já na órbita de atuação do BCB – que tem, por atribuição básica, dar execução à política do CMN – insere-se a responsabilidade pelo funcionamento regular e estável dos mercados financeiro e de capitais; da qual não pode estar dissociada, por razões técnicas, a supervisão das relações entre os agentes econômicos que possam caracterizar atos de concentração (fusões, incorporações, aquisições de controle acionário) ou comportamentos anti-competitivos de uma forma geral.

Daí ter a mesma Lei n. 4.595/64 contemplado, entre as competências privativas do BCB (art. 10, VIII e IX, “c”), a de conceder autorização às instituições financeiras para que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas (atos típicos de concentração), e a de exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades cabíveis, preocupando-se o legislador (art. 18, § 2.º) em deixar expresso que nessa atividade de fiscalização do BCB “regulará as condições de concorrência entre as instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena, nos termos desta lei”.

A exemplo do direito norte-americano, aparentemente e à primeira vista, estaríamos diante de uma lei especial, que incorpora e adapta conceitos antritruste, ao reconhecer a peculiaridade da política de concorrência para as instituições financeiras (política de Estado), cujas condições devem ser balanceadas com outros objetivos de interesse público. Seguiria daí, portanto, que as práticas comerciais, o funcionamento e a estrutura do mercado deveriam ficar sob a competência de agência especial, seja sob o aspecto regulatório (CMN), seja sob o aspecto fiscalizador (BCB), dado que o setor financeiro exigiria conhecimento técnico diferenciado, pois reveste-se de interesse público relevante na consolidação da poupança interna, estabilidade da economia, fomento do investimento, liquidez e solvência dos bancos (política de Estado).

Há, porém, uma série de situações que, embora inseridas na ordem de preocupações dos órgãos de controle financeiro, têm uma dimensão não financeira reconhecida, como é o caso dos cartões de crédito. Nesses casos, o interesse público da concorrência aponta para *conflitos de interesse* que exigem outro tipo de consideração, conforme as regras gerais que presidem a competitividade nos respectivos mercados. Donde a competência dos órgãos de defesa da concorrência. Donde as dificuldades de sua discriminação.

No âmago dessa discussão está, afinal, o sentido e a extensão atribuídos ao Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica.

A questão refere-se ao art. 174 da CF, consoante o qual o Estado é “agente normativo e regulador da atividade econômica” e exercerá, “na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

Com efeito, a CF, no art. 174, vê no Estado um “agente normativo e regulador da atividade econômica”. Trata-se, neste âmbito, do exercício das funções de “fiscalização, incentivo e planejamento”, esta última apenas indicativa para o setor privado. A noção de agente normativo e regulador é que dá supedâneo tanto à competência para baixar normas quanto para intervenções reguladoras no sentido de evitar distorções no comportamento do mercado por meio de imposições de ordem técnica (sobre a controvérsia a respeito da noção de regulação ver Vital Moreira, *Auto-regulação profissional e administração pública*, Coimbra, 1997, p. 34 e s.).

Essa competência normativa e reguladora vem informada pelo dever de racionalidade, que, imposto ao Legislador (na forma da lei), combina a atividade (do agente) normativa com a reguladora. Pela primeira, cabe ao Estado, mediante lei, fixar diretrizes para a economia. Pela segunda, realizar o que os economistas chamam de intervenção conforme, isto é, orientar e influenciar os agentes econômicos por meio de políticas globais que equilibrem níveis de demanda, condições de repartição, eficiência na alocação e distribuição de recursos, sem lhes eliminar a livre determinação.

O problema está, assim, na delimitação do setor financeiro, destacado pela CF como “sistema” sujeito a regras específicas – “regulado por leis complementares” – e a uma específica condição estrutural: “estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, *em todas as partes que o compõem*, abrangendo as cooperativas de crédito” (política de Estado), tudo em face da menção ao “mercado”, no art. 173 – par. 4.º, e dos “atos praticados contra a ordem econômica e *financeira*”, no par. 5.º (grifei).

Em suma, discute-se, frente a condições especiais de concorrência, pautadas pelos demais interesses coletivos perseguidos pelo CMN e BCB, se a aplicação das normas de concorrência somente pode ser levada a cabo por estes órgãos, que detêm a expertise necessária e a competência legal para a delimitação das regras de funcionamento do mercado financeiro, ou se competem ao SBDC.

Não se pode dizer que o tema esteja, no âmbito legislativo, pacificamente regulamentado. Nem decidido, em definitivo, no âmbito judicial.

Assim, regras sobre a cooperação técnica entre o Banco Central e o CADE ainda não foram estabelecidas, havendo tão-somente uma portaria prevendo reuniões para a definição de um futuro projeto de cooperação (Portaria Conjunta BCB-CADE n. 1 de 09.02.00; *DOU* 11.02.00, Seção 2) e um projeto de lei ainda em discussão no Congresso.

TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR
Professor titular da Faculdade de Direito da USP

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA NO ÂMBITO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

*Ada Pellegrini Grinover**

1. Defesa da concorrência e interesses difusos

A Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, proclama, no parágrafo único do art. 1.º, que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

Estamos inquestionavelmente no campo dos direitos e interesses transindividuais, que transcendem os direitos meramente individuais, e de que são titulares pessoas não identificadas e freqüentemente não identificáveis, que integram grupos, categorias ou classes cujos membros são ligados por um vínculo social e de solidariedade, não estando unidas por nenhuma relação-jurídica base, mas sim por circunstâncias de fato.

Trata-se dos denominados direitos difusos ou coletivos *lato sensu*.

Como já tive oportunidade de escrever em âmbito doutrinário,¹ entre os países de tradição romano-germânica o estudo dos novos direitos, de natureza transindividual, surgiu e floresceu na Itália nos anos 70. Denti, Cappelletti, Proto Pisani, Vigoriti, Trocker anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilida-

* Professora Titular de Direito Processual da Faculdade de Direito da USP.

¹ Ada Pellegrini Grinover, Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *A marcha do processo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 17 e ss.

de do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo.

Em pouco tempo tornou-se clara a dimensão social desses interesses. Surgia uma nova categoria política e jurídica, estranha ao interesse público e ao privado. Interesse público, entendido como aquele que se faz valer em relação ao Estado, de que todos os cidadãos são partícipes (interesse à ordem pública, à segurança pública, à educação) e que suscita conflitos entre o indivíduo e o Estado. Interesses privados, de que é titular cada pessoa individualmente considerada, na dimensão clássica dos direitos subjetivos, pelo estabelecimento de uma relação jurídica entre credor e devedor, claramente identificados.²

Ao contrário, os interesses transindividuais, de natureza social, são comuns a um conjunto de pessoas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando suas necessidades e seus anseios.³

O reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram de relevo sua configuração política. Deles emergiram novas formas de gestão da coisa pública, em que se afirmaram os grupos intermediários. Uma gestão participativa, como instrumento de racionalização do poder, que inaugura um novo tipo de descentralização, não mais limitada ao plano estatal (como descentralização político-administrativa), mas estendida ao plano social, com tarefas atribuídas aos corpos intermediários e às formações sociais, dotados de autonomia e de funções específicas. Trata-se de uma nova forma de limitação ao poder do Estado, em que o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, é limitado pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõem a nação.⁴

² Idem, *ibidem*.

³ Idem, *ibidem*.

⁴ Idem, *ibidem*.

Em via de consequência, a teoria das liberdades públicas forjou uma nova “geração” de direitos fundamentais. Aos direitos clássicos de primeira geração, representados pelas tradicionais liberdades negativas, próprias do Estado liberal, com o correspondente dever de abstenção por parte do poder público, e aos direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, compostos por liberdades positivas, com o correlato dever do Estado a uma obrigação de “dare”, “facere” ou “praestare”, acrescentou-se o reconhecimento dos direitos de terceira geração, representados pelos direitos de solidariedade, decorrentes dos interesses sociais. E assim foi que o que aparecia inicialmente como mero interesse elevou-se à dimensão de verdadeiro direito, conduzindo à reestruturação de conceitos jurídicos, que se amoldassem à nova realidade.⁵

Voltando à Lei 8.884/94, verifica-se então que o legislador, com grande lucidez, vislumbrou como titular dos bens jurídicos protegidos pela lei – ou seja, a defesa da concorrência – não pessoas individualizadas, mas sim a coletividade, titular dos interesses ou direitos difusos ou coletivos.

E a inquestionável concepção da tutela dos interesses difusos ou coletivos, por intermédio da Lei n. 8.884/94, veio também especificada em seu art. 88, que determinou que o art. 1.º da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, passasse a vigorar com a redação seguinte, incluindo um inciso, e que o inciso II do art. 5.º da mesma lei passasse, por sua vez, a vigorar com a redação seguinte:

Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, art. 1.º:

“Art. 1.º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos patrimoniais e morais causados:

(...)

VI – por infração da ordem econômica e da economia popular”.

E no inc. II do art. 5.º da mesma lei, a Lei n. 8.884/94 acrescentou, entre os fins institucionais das associações requeridos para lhes conferir legitimação para agir, a defesa da ordem econômica e da livre concorrência.

⁵ Idem, ibidem.

2. A Lei 7.347/85 e sua interação com o Código de Defesa do Consumidor

O direito processual brasileiro partiu dos exercícios teóricos da doutrina italiana dos anos 70, para construir um sistema de tutela jurisdicional dos interesses difusos que fosse imediatamente operativo.

Em 1981 a Lei Ambiental 6.938 estabeleceu a legitimação do Ministério Público às ações de responsabilidade penal e civil (sendo esta reconhecida como de natureza objetiva) pelos danos provocados ao meio ambiente. E desde 1977 uma reforma à lei da ação popular constitucional, de 1965, passou a considerar “patrimônio público” os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico.

Diversas ações populares em defesa de interesses difusos ligados ao meio ambiente foram ajuizadas, enquanto o dispositivo legal da lei ambiental permanecia no papel, dada a falta de resposta processual a questões relevantes, como o regime da coisa julgada ou os controles sobre o exercício da ação. Mas a ação popular não tinha condições de cobrir o amplo espectro da tutela dos interesses difusos, nem mesmo pelo que respeitava ao meio ambiente, uma vez que seu exercício permanecia – e ainda permanece – subordinado a uma ilegalidade proveniente da conduta comissiva ou omissiva do poder público, enquanto a ameaça ou violação dos interesses difusos freqüentemente provém de atuações privadas. Por outro lado, a legitimação, atribuída exclusivamente ao cidadão, excluía os órgãos públicos e os corpos intermediários, mais fortes e preparados do que o indivíduo, da luta contra ameaças ou lesões ambientais.

Veio assim à luz, em 1985, a Lei n. 7.347 sobre a denominada Ação Civil Pública, destinada inicialmente à tutela do meio ambiente e do consumidor, na dimensão dos bens indivisivelmente considerados e conseqüentemente dos interesses difusos propriamente ditos. A Constituição de 1988 sublinhou em diversos dispositivos a importância dos interesses: em primeiro lugar, elevando em nível constitucional a defesa de todos os interesses difusos e coletivos, sem limitações quanto à matéria, como função institucional do Ministério Público, mas permitindo à lei a ampliação da legitimação ativa (art. 129, III, e parágrafo 1.º); referindo-se, depois, à representação judicial e extrajudicial das entidades associativas para a defesa de seus próprios membros (art. 5.º, XXI); criando o mandado de segurança coletivo, com a legitimação dos

partidos políticos, dos sindicatos e das associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 5.º, LXX); e ainda destacando a função dos sindicatos para a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria (art. 8.º, III) e salientando a legitimação ativa dos índios e de suas comunidades e organizações para a defesa de seus interesses ou direitos (art. 232).

E finalmente o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) veio coroar o trabalho legislativo, ampliando o âmbito de incidência da Lei da Ação Civil Pública, ao determinar sua aplicação a todos os interesses difusos e coletivos, e criando uma nova categoria de direitos ou interesses, individuais por natureza e tradicionalmente tratados apenas a título pessoal, mas conduzíveis coletivamente perante a justiça civil, em função da origem comum, que denominou direitos individuais homogêneos.

Releva notar que as disposições processuais do CDC têm plena aplicação a todos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, incluindo os atinentes à ordem econômica, à economia popular e à livre concorrência (art. 88 da Lei. 8.884/94) e que as disposições da Lei. 7.347/85 se aplicam à defesa do consumidor: há, assim, uma integração e interação perfeitas entre as normas processuais do Código de Defesa do Consumidor e as regras da Lei 7.347/85. É o que resulta do art. 90 do CDC e do art. 21 da LACP.

Art. 90 do CDC: “Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

Art. 21 da Lei 7.347/85: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor”.

Por outras palavras, isso quer dizer que todas as disposições processuais, que constituem o conteúdo do Título III do CDC, se aplicam à defesa de todos os direitos e interesses mencionados na Lei 7.347/85 e que, inversa e reciprocamente, todas as disposições desta se aplicam à tutela coletiva do consumidor.

3. A aplicação da Lei 7.347/85 e do CDC à defesa da concorrência

Surge disso tudo uma conclusão inarredável: no âmbito do direito concorrencial, por força do disposto no art. 88 da Lei 8.884/94, aplicam-se as disposições da Lei 7.347/85 e, pela correlação que existe entre esta e o CDC, as disposições contidas no Título III deste último.

Desse modo, para efeito da defesa da concorrência, haverão de se buscar, por exemplo, a conceituação dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos no art. 81, parágrafo único, do CDC ou, para a legitimação, as regras traçadas pelo art. 82 do mesmo Código. E no que toca diretamente à consulta formulada, em relação ao Termo de Ajustamento de Conduta, o previsto pelo parágrafo 6.º do art. 5.º da Lei 7.347/85:

“Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

4. O termo de ajustamento de conduta – TAC no âmbito da defesa da concorrência

Aplicando-se, como demonstrado antes, a Lei 7.347/85 ao direito concorrencial, e estando nela contida a previsão do TAC, não tenho dúvidas em afirmar que o CADE ou a Secretaria de Direito Econômico podem firmar, com os interessados, não apenas o Termo de Cessação de Prática – TCP, previsto pelo art. 53 da Lei 8.884/94, mas também o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, contemplado pelo art. 5.º, parágrafo 6.º, da Lei 7.347/85.

Não se desconhece que o TAC tem sido celebrado pela Secretaria de Direito Econômico, corriqueiramente, no campo do direito do consumidor. No entanto, é perfeitamente possível aplicá-lo também no âmbito da Lei 8.884/94, no plano da defesa da concorrência.

Naturalmente, seguirá o TAC firmado na área concorrencial as disposições do art. 5.º, parágrafo 6.º, da Lei 7.347/85, bem como as do Código de Defesa do Consumidor, que, como visto, interage com aquela lei. Ou seja:

- a) deverá ser tomado pelos órgãos públicos legitimados (parágrafo 6.º do art. 5.º da Lei 7.347/85);

- b) os órgãos públicos legitimados poderão ser o CADE ou a SDE, pois o art. 82, III, do CDC considera legitimados “as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses ou direitos protegidos por esse Código” (e, por extensão, conforme demonstrado, dos interesses ou direitos protegidos pela Lei 7.347/85);
- c) da mesma forma, o TAC poderá ser tomado pelo Ministério Público;
- d) o conteúdo do TAC será o previsto pelo parágrafo 6.º do art. 5.º da Lei 7.347/85;
- e) nada impede que o TAC seja tomado, conjuntamente, pelo Ministério Público e pelo CADE ou SDE.

5. Da natureza jurídica do TAC: transação

Já sustentei que o TAC – assim como o TCP – tem natureza jurídica de *transação*.

Daniel Roberto Fink asseverou, quanto ao termo de ajustamento de conduta, que ele “se constitui em verdadeira transação, aplicando-se-lhe as normas referentes a esta. Ainda, pela sua bilateralidade, se constitui em contrato, aplicando-se-lhe, também, todas as normas aplicáveis aos contratos”. Dessa forma, prosseguiu referido autor, “avençadas as cláusulas e condições, ficam verdadeiramente superadas quaisquer possibilidades de discussão de seus termos”, mesmo porque “a transação produz entre as partes o efeito de coisa julgada”⁶ (grifei).

Segundo Octavio Augusto da Silva Orzari, “o compromisso de ajustamento de conduta tem o escopo de obrigar o compromissado a voltar a cumprir a lei e, assim, *resolver o litígio sem se valer do instrumento processual de conhecimento ou da homologação do órgão jurisdicional*”. Segundo o

⁶ Cf. Daniel Roberto Fink, Alternativas à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In: Édis Milaré (coord.), *Ação civil pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos, 2. ed.*, São Paulo: RT, 2002, p. 119-120.

Autor, é na perspectiva extrajudicial e preventiva que se pode enquadrar o compromisso de ajustamento de conduta⁷ (grifei).

Natureza análoga à do TAC tem o TCP, que, aliás, se inspirou naquele. Como bem ressaltou Geisa de Assis Rodrigues, “a década de 1990 nos legou alguns institutos que tratam justamente da tutela extrajudicial de direitos transindividuais, como o compromisso de ajustamento de conduta, previsto no § 6.º do art. 5.º da Lei n. 7.347/85, no art. 216 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e no artigo 76-A da Lei da Natureza (Lei n. 9.605/98), e, na seara da defesa da ordem econômica, o compromisso de desempenho e o compromisso de cessação de prática. Este último está regulado no artigo 53 da Lei n. 8.884/94”.⁸

Nas palavras da referida autora, “o compromisso de cessação de prática é um meio alternativo de solução de conflitos envolvendo direitos transindividuais em risco diante de determinadas práticas econômicas. Exatamente porque o compromisso de cessação é um instrumento de tutela de direitos transindividuais, não deve ser celebrado sob a perspectiva do compromissário ou segundo o seu exclusivo interesse. Conforme tivemos a oportunidade de abordar, as novas formas de solução extrajudicial de conflito devem ser regidas pelos princípios do acesso à justiça, da tutela preventiva, da tutela específica, da aplicação negociada da norma jurídica e do princípio democrático”.⁹

O caráter contratual e bilateral do referido compromisso – inspirado no “consent decree” do direito norte-americano – foi também destacado por César Mattos, ao assinalar que “o CCP deve ser *amplamente negociado entre o CADE, a(s) parte(s) acusada(s) e a(s) parte(s) que alega(m) estar sendo prejudicada(s)*”. Fazendo alusão à manifestação da Conselheira Neide Mallard, “em seu voto no processo de fertilizantes (1994), o procedimento ‘tem por objetivo a imediata restauração da concorrência, sem as delongas do processo administrativo, poupadas as *démarches* das ações judiciais, evitando ainda os altos custos financeiros normalmente infligidos

⁷ Cf. Octavio Augusto da Silva Orzani, *Compromisso de ajustamento de conduta: eficácia na proteção de interesses transindividuais*, tese de láurea defendida em 2004 perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 40.

⁸ Cf. Geisa de Assis Rodrigues, Breves considerações sobre o compromisso de cessação de prática. In: João Carlos de Carvalho Rocha (coord.), *Lei antitruste – 10 anos de combate ao abuso de poder econômico*, Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 121-122.

⁹ Idem, *ibidem*, p. 122-123.

a todas as partes envolvidas. É inequívoca a desejável redução da incerteza no processo”¹⁰ (grifei).

Invocando o magistério do professor e ex-Conselheiro do CADE João Bosco Leopoldino da Fonseca, Carla Lobão lembrou que “o *CPP se insere no instituto jurídico da transação*, previsto nos artigos 1.025 a 1.036 do Código Civil, cujas características se evidenciam como *um acordo, que se manifesta com o propósito de extinguir um litígio, em que existe uma reciprocidade de concessões e em que permanece inequívoca a incerteza quanto ao direito das partes*. Com esse acordo”, prossegue a autora, “a autoridade *não investiga mais* e o representado paralisa a prática de atos que geraram suspeitas de infração contra a ordem econômica”¹¹ (grifei).

Ainda nas palavras de Carla Lobão, o Compromisso de Cessação de Prática – CCP é um instrumento de composição de conflitos da concorrência “cujo objetivo é o restabelecimento imediato do funcionamento regular do mercado, por meio da cessação espontânea, pelo representado, da condição investigada”. A lei assegura “a suspensão do processo enquanto estiver sendo cumprido o compromisso, e o *arquivamento do processo ao término do prazo fixado, sem julgamento do mérito e sem a aplicação de qualquer penalidade, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo respectivo*”¹² (grifei).

Tanto o CCP como o TAC – que agora nos interessa – são, portanto, modalidades de *transação, sujeita a condição resolutiva*: ou seja, se houver descumprimento do compromisso assumido pelo transator, a transação perderá eficácia, tendo como consequência a retomada do curso do processo administrativo.

6. A transação sem admissão de culpa: o *nolo contendere*

A transação pode dar-se com ou sem admissão de culpa pelo transator. No campo penal, são exemplos de transação *com assunção de culpa* o *guilty*

¹⁰ Cf. César Mattos, O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos, *Revista do IBRAC*, v. IV, n. IV, abril de 1997, p. 44-45.

¹¹ Cf. Carla Lobão, Compromisso de cessação de prática – uma abordagem crítica sobre o instituto, *Revista do IBRAC*, v. VIII, n. VIII, 2001, p. 87-88.

¹² Idem, *ibidem*, p. 89.

plea e o *plea bargaining* do direito norte-americano e o *patteggiamento* do direito italiano.

Mas há uma transação sem admissão de culpa, inspirada no instituto do *nolo contendere*, também do direito norte-americano: ou seja, uma forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência.¹³ Simplesmente o interessado exprime sua intenção de não litigar, preferindo aceitar concessões recíprocas, mediante a celebração de uma transação que põe fim ao processo.

É neste instituto, e com esta visão, que o processo penal brasileiro alicerça a transação penal, prevista na Lei 9.099, de 28 de setembro de 1995: não há admissão de culpa na transação dos arts. 76 e 89 da lei.¹⁴

No campo da defesa da concorrência, é expresso o art. 53, com relação ao TCP, que jamais implica admissão de culpa:

Art. 53: “Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE, ou pela SDE, ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, *que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento da ilicitude da conduta analisada*” (grifei).

Quid inde do Termo de Ajustamento de Conduta da Lei 7.347/85? É certo que o parágrafo 6.º do art. 5.º da lei silencia sobre o assunto. Mas, pela analogia existente entre o TAC e o TCP, tudo indica que o mesmo tratamento deve ser dado aos dois institutos, ao menos no âmbito da defesa da concorrência.

Aliás, a própria SDE, nos casos em que celebra TACs no campo da defesa do consumidor, costuma inserir no termo a cláusula de não assunção de responsabilidade pela Representada.

Confira-se, só para exemplificar, o TAC 02/2004/SDE/GAB, firmado com a empresa Reckitt Benkiser Brasil Ltda. em 18/10/2004, no processo administrativo DPDC 0812.005383/2001-74, cuja alínea (v) dos considerandos determina:

¹³ V. *Dictionary of Criminal Justice Terms*, da Gould Publications, p. 155.

¹⁴ Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, *Juizados Especiais Criminais*, 5. ed., São Paulo: RT, 2005, p. 163-165 e 255-257.

(v) “que a Requerente, *muito embora não admita haver praticado qualquer ato ilícito ou agido com a intenção de fraudar ou lesar os consumidores de seus produtos*, tem interesse em prevenir e terminar litígios em relação aos fatos objeto do Processo Administrativo supra-mencionado, bem como seus desdobramentos judiciais” (grifei).

7. Conclusões

De tudo que se disse, extraem-se as seguintes conclusões:

1. No campo da defesa da concorrência, é perfeitamente possível a celebração do termo de ajustamento de conduta – TAC, previsto pela Lei 7.347, de 24 de julho de 1985.
2. A tutela dos interesses difusos e coletivos, no campo da defesa da concorrência, é prevista expressamente pela Lei 8.884/94 e se perfaz por todos os instrumentos contemplados pela Lei 7.347/85 (para tanto, modificada pela própria Lei 8.884).
3. Podem celebrar o TAC os órgãos públicos legitimados, mesmo sem personalidade jurídica, nos termos da Lei 7.347/85 e do Código de Defesa do Consumidor, que interage com a referida lei. Sendo assim, o CADE e a SDE, bem como o Ministério Público, isolada ou conjuntamente, podem celebrar o TAC com o interessado.
4. A natureza jurídica do TAC é de transação, conforme apontado pela melhor doutrina.
5. A celebração do TAC, no âmbito da defesa da concorrência, não importa em admissão de culpa por parte do interessado.
6. Muito embora existam mecanismos que levam à transação em que se prevê a admissão de culpa, no âmbito da concorrência isso não ocorre, em virtude da analogia do TAC com o CCP – que não importa em assunção de culpa, nos expressos termos da Lei 8.884 –, devendo ser dado o mesmo tratamento jurídico aos dois instrumentos.



TABELA DE HONORÁRIOS OU JUSTA REMUNERAÇÃO?

*João Bosco Leopoldino da Fonseca**

POSICIONAMENTO DO CADE

Vem sendo periodicamente submetida à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE a tormentosa questão das “*tabelas de honorários*”, que já foi objeto de decisões, mas que merece uma nova análise à luz de novas possibilidades de visualização do problema.

O problema do alinhamento de preços, por meio de tabelas ou outros instrumentos de comunicação e de informação, já foi objeto dos seguintes processos:

- I. *Sindicância 100/89* – Utilização de tabela de preços mínimos – Associação Nacional de Armazéns Gerais – ANAG.¹
- II. *Processo Administrativo 53/92* – Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe – AHES.²
- III. *Processo Administrativo 54/92* – Sindicato dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde e Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas do Estado de Pernambuco.
- IV. *Processo Administrativo 61/92* – FENASEG v. AMB, decidido em 14 de fevereiro de 1996.
- V. *Processo Administrativo 62/92* – Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo – AHESP.³

* Professor Titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Juiz Federal aposentado. Advogado militante.

¹ Franceschini, J. I. G., *Introdução ao direito da concorrência*, São Paulo: Malheiros, 1996, p. 433.

² *Revista do IBRAC*, v. 2, n. 2, p. 27.

³ CADE, Relatório de atividades do período compreendido entre 09/03/94 e 08/03/96, s.d., mimeo. p. 13.

- VI. *Processo Administrativo 145/93* – Sindicato Brasiliense de Hospitais.
- VII. *Processo Administrativo 011518/94-06* por provocação do CIEFAS – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde contra Comissão Estadual de Honorários Médicos do Estado de Sergipe; Sociedade Médica do Estado de Sergipe – SOMESE; Conselho Regional de Medicina do Estado de Sergipe – CREMESE; e Sindicato dos Médicos do Estado de Sergipe, julgado em 28 de julho de 1999.
- VIII. *Processo Administrativo 08000.011520/94-40* – CIEFAS contra Sociedade de Medicina de Alagoas, Conselho Regional de Medicina do Estado de Alagoas, Sociedade Alagoana de Radiologia, Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado de Alagoas – SINDHOSPITAL.
- IX. *Processo Administrativo 08000.020238/94-52* – Associações de Armazéns Gerais de Mato Grosso, Goiás, Minas Gerais e Tocantins.
- X. *Processo Administrativo 08000.000125/95-02* – Sindicato dos Despachantes Aduaneiros de Santos.
- XI. *Processo Administrativo 08000.018302/96-99* – Associação Brasileira da Indústria de Armazenagem Frigorificada.
- XII. *Processo Administrativo 08012.007460/97-74* – COOPANEST-SE – Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas de Sergipe.
- XIII. *Processo Administrativo 0801* – COOPANEST-BA – Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia, julgado em 27 de setembro de 2000.

No PA 61/92, no qual a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização apresentou representação contra a Associação Médica Brasileira – AMB, acusando-a de impor uniformização de conduta entre concorrentes, por meio da elaboração, divulgação e recomendação de tabelas de honorários médicos, a Conselheira Neide Malard emitiu o seguinte entendimento:

“Os argumentos da AMB não são de natureza concorrencial, e sim corporativistas. Insiste a Associação em sua prerrogativa de proteger a classe médica, afirmando que sua atuação não está sujeita à legislação de defesa da concorrência. Não tem, porém, autorização

legal para disciplinar a formação de preços no mercado de prestação de serviços médicos”.

No PA 62/92, em que a Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo foi acusada de influenciar a adoção de conduta uniforme entre seus associados ao editar tabela de preços, o Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho assim se expressou sobre a questão:

“Ao admitir, entretanto, que a adoção de tabelas de preços é, em princípio, prejudicial à concorrência, por certo não estarei acolhendo o entendimento de que a adoção de tabelas se constitua em uma ilegalidade per se, mesmo porque, como assinala a ilustre Conselheira-Relatora,⁴ o nosso ordenamento jurídico, após a edição da Lei 8.884/94, consagrou o sistema do abuso, em que se requer que a determinação da ilicitude de determinada conduta se faça no contexto do mercado, na análise das circunstâncias que cercam cada caso (...)”

Adiante, acrescenta o mesmo Conselheiro:

“De fato, é mesmo de se inferir que tais tabelas não terão trazido qualquer benefício aos usuários dos serviços, inibidos que são de exercer livremente sua escolha, em um mercado não competitivo, em que os preços são artificialmente idênticos; também, preços tabelados tampouco beneficiam as entidades contratantes dos serviços, que não conseguem negociar, individualmente, preços, prazos e condições de pagamento.”

No PA 08000.011520/94-40 o Conselheiro Ruy Santacruz deixou elucidada a divergência entre a consideração de classe de preço justo para o preço justo de mercado:

“(...) o preço justo é, por definição, aquele que surge como resultante das forças de mercado, isto é, das condições da oferta e da demanda. Não existe preço justo se fixado por uma das partes. Tabelas de preços elaboradas por concorrentes, ou por entidades que congre-

⁴ A Conselheira-Relatora Neide Terezinha Malard havia proposto o arquivamento do processo, vez que a representada teria reconhecido “que sua conduta pode infringir a ordem econômica e declara sua total submissão à lei, determinando às suas regionais a imediata cessação da prática, em clara demonstração de que o objeto de sua conduta não era causar prejuízo à concorrência”.

gam concorrentes, visam, de uma maneira geral, a obtenção de preços que não seriam alcançados na sua ausência.

“Sendo assim, é preciso admitir que o artigo 20 é bastante restritivo. A letra da lei não fixa como critério para a determinação do ilícito à concorrência, por exemplo, o fato da tabela gerar ou não efeitos sobre o mercado, uma vez que considera infração da ordem econômica atos que tenham por objeto ou possam produzir efeitos nocivos sobre o mercado, ainda que tais efeitos não sejam alcançados. Por outro lado, não é necessário nem mesmo que o ato vise tais efeitos, desde que eles possam ser alcançados como resultado. Tampouco exige a lei que a elaboração da tabela de preços venha acompanhada de mecanismos de imposição aos demais concorrentes – mesmo porque maiores lucros constituem-se no melhor incentivo –, uma vez que, nesse caso, seu objetivo explícito é o de coordenar mercado (...)”.

No voto que proferi no PA 011518/94-06, manifestei-me sobre o conteúdo do processo, do seu encaminhamento e da defesa elaborada pelas entidades, nos seguintes termos:

“Os autos comprovam a existência de conduta concertada de agentes, manifestada pela imposição de tabela aos prestadores de serviço médico, mediante ameaças de punição ao movimento classista de boicote à prestação de serviços aos beneficiários do Grupo CIEFAS.

A defesa das representadas, baseada na legitimidade de representatividade da classe médica e de defesa por remuneração condigna, não justificou a conduta ilícita de imposição de uniformidade de preços. Em nenhum momento as Representadas deixaram de admitir a fixação de preços e a imposição aos seus associados. Esse ato ilícito pode ser confirmado às fls. 18-19, nas quais consta comunicado ao CIEFAS, nos seguintes termos:

‘Somente atenderemos aos beneficiários desse órgão de Assistência Médica, mediante a utilização plena da Tabela de Honorários Médicos da AMB, em vigência’”.

Os elementos existentes no processo levaram-me a proferir o voto, cujo cerne está nos seguintes termos:

“Concluindo, não se questiona que as entidades representativas da classe médica detenham o direito de lutar pela valorização do trabalho de seus associados, que se interponham na relação médico-

Planos de Assistência, quando se acharem lesados de alguma forma por esses, ou mesmo nas negociações pacíficas para a formação de convênios, visto que, como assinala Lúcia Helena Salgado, ‘os custos de transação envolvidos na renegociação de contratos são sem dúvida elevados, e associações e sindicatos apresentam-se como intermediários naturais nesse processo’. Com certeza também não lhes é proibido elaborarem uma planilha de custos, dando origem a uma tabela ou lista de procedimentos, que seja. Não obstante, não há nenhuma justificativa legal e econômica para que ditem aos médicos associados o preço que devem atribuir a seus serviços.

“A liberdade de mercado é princípio vital protegido pela legislação antitruste tanto do consumidor, quanto do ofertante, em arbitrar seu próprio preço, disputando as preferências do consumidor. O equilíbrio entre essas duas forças se dá de forma natural e qualquer tentativa de imposição artificial de preços é causa de mal-estar econômico.

“Os sindicatos, associações e conselhos não têm a sua atividade caracterizada como intuito de cartelização, pois são entidades sem fim lucrativo legitimamente dotadas de representatividade para deliberar sobre as condições de trabalho de seus associados. Todavia, são agentes cartelizadores na medida que obrigam aos prestadores de serviço que são agentes de mercado, sujeitos pois às leis concorrenciais, a estabelecerem preços uniformes de seus serviços. Esse fato, prejudica os dois lados do mercado. Em relação aos médicos, colocam-se em igualdade de valor serviços que são desiguais, posicionando num mesmo patamar médicos mais preparados e melhores prestadores de serviço que outros, da mesma forma, igualando atendimentos de melhor qualidade com outros inferiores. Da parte do consumidor, é ele desfavorecido ao ser destituído de sua liberdade de escolha, pois não pode utilizar-se do critério de qualidade e de valor-utilidade para definir suas preferências em relação ao serviço oferecido.

“Assim sendo, considero ilícita a conduta das Representadas (...)”

No Processo Administrativo 08000.011517/94-35, em que foi relator o Conselheiro Mércio Felsky, em voto que delineou todo o contexto da matéria discutida, foi mais uma vez condenada a adoção de tabela para

orientação de preços de serviços médicos. Em decorrência daquela decisão, levantou-se uma onda de protestos.

No Processo Administrativo 08000.012252/94-38, em que figuraram como representados o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro – CRM-RJ, Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro e Sociedade Médica do Rio de Janeiro, decidiu-se mais uma vez contrariamente à adoção da “tabela de honorários médicos”.

JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

Uma análise do tratamento conferido por tribunais dos Estados Unidos e da União Européia revela que a questão da proibição de adoção de tabelas deixa evidente a rejeição comum da adoção de tabelas num relacionamento de mercado, porque teria como efeito eliminar a concorrência.

Um primeiro caso, referente à tabela de serviços advocatícios, foi objeto de decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Goldfarb v. Virginia State Bar*. Ante a tabela de honorários advocatícios elaborada pela Associação de Advogados no Estado da Virgínia, o Juiz BURGER observa que as tabelas de honorários, mesmo que indicativas ou aconselhadoras (*advisory*), constituem combinação de preço (*price fixing*), condenáveis por isso mesmo.⁵ Não se admite exceção para qualquer atividade, mesmo que exercida por profissionais liberais.⁶

⁵ “Moreover, in terms of restraining competition and harming consumers like petitioners the price-fixing activities found here are unusually damaging. A title examination is indispensable in the process of financing a real estate purchase, and since only an attorney licensed to practice in Virginia may legally examine a title, consumers could not turn to alternative sources for the necessary service. All attorneys, of course, were practicing under the constraint of the fee schedule. (...) These factors coalesced to create a pricing system that consumers could not realistically escape. On this record respondents’ activities constitute a classic illustration of price fixing” (421 U.S. 773).

⁶ “In arguing that learned professions are not ‘trade or commerce’ the County Bar seeks a total exclusion from antitrust regulation. Whether state regulation is active or dormant, real or theoretical, lawyers would be able to adopt anticompetitive practices with impunity. We cannot find support for the proposition that Congress intended any such sweeping exclusion. The nature of an occupation, standing alone, does not provide sanctuary from the Sherman Act” (421 U.S. 773).

Igual posicionamento foi adotado pela Suprema Corte no caso *National Society of Professional Engineers v. United States*, decidido em 1978,⁷ em que, à defesa da Sociedade de Engenheiros da tabela de honorários como uma forma de garantia da segurança para o público e da ética entre os profissionais, o Juiz STEVENS salienta que a concorrência é a melhor forma para a boa alocação de recursos num mercado, em que intervêm todos os elementos de um contrato, a qualidade, o serviço, a segurança e a durabilidade, e não somente o custo imediato.⁸

Poder-se-iam invocar também as decisões proferidas nos casos *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, decidido pela Suprema Corte em 1979,⁹ e também no caso *Arizona v. Maricopa County Medical Society*.¹⁰

A jurisprudência européia também vem trilhando o mesmo entendimento. O Conselho da Concorrência francês, ao apreciar a elaboração de tabela de honorários advocatícios (“*mercuriale*”) pela seção de advogados da região de Rennes, mesmo admitindo que não tivesse força constringente, ainda que fosse meramente informativa para os advogados e para a clientela, entendeu que aquela tabela se constituía numa ação concertada para fixação uniforme de honorários e condenou a seção de Rennes a não mais publicar a tabela e ao pagamento de multa correspondente a 40.000F.¹¹

⁷ 435 U.S. 679.

⁸ “The Sherman Act reflects a legislative judgment that ultimately competition will produce not only lower prices, but also better goods and services. (...) The assumption that competition is the best method of allocating resources in a free market recognizes that all elements of a bargain – quality, service, safety, and durability – and not just the immediate cost, are favorably affected by the free opportunity to select among alternative offers. (...) In sum, the Rule of Reason does not support a defense based on the assumption that competition itself is unreasonable.”

⁹ 441 U.S. 1, Justice White delivered the opinion of the Court.

¹⁰ 457 U.S. 332. Justice Stevens delivered the opinion of the Court.

¹¹ Décision n. 96-D-79, de 3 de dezembro de 1996. Dentre os “*consideranda*”, destaque-se o seguinte: “Mais considérant que, par la diffusion du document en cause, le barreau des avocats de Rennes a pu conduire ses membres à fixer leurs honoraires, non selon les propres conditions d’exploitation de leurs cabinets, mais à partir des indications reproduites dans la ‘mercuriale’; que, d’ailleurs, par déclaration du 12 avril 1994, le bâtonnier a indiqué que la ‘mercuriale’ constituait ‘pour la clientèle (...) une première approche des honoraires proposés et pour les confrères une incitation à respecter une certaine mesure (...) Étant rappelé que les avocats peuvent être

Decisão análoga foi proferida em caso de uma difusão da “recomendação tarifária”, substituída pelo “documento de análise dos orçamentos” e de um coeficiente de margem aconselhada, promovida pelo sindicato dos produtores de filmes publicitários. O documento estabelecia, a título indicativo, a fixação de valor de cada rubrica orçamentária, incluindo os salários, o valor de pagamentos por prestações, encargos sociais, acrescentando-se uma margem aconselhada à razão de 33,33%. O Conselho da Concorrência francês, mais uma vez, entendeu que estaria havendo uma incitação manifesta para alinhamento de preços das prestações, entravando o livre jogo da concorrência.¹²

Também o Conselho Superior da Ordem dos Peritos Geômetras foi condenado a cessar a prática do alinhamento de preços de serviços, com a condenação das tabelas (“*barèmes d’honoraires*”), com multas que chegaram a 5.000.000F.¹³

salariés depuis le 1er janvier 1992, la mercuriale était susceptible de s’appliquer aux honoraires perçus par les avocats stagiaires ou collaborateurs pour leur clientèle propre; qu’ainsi, la ‘mercuriale’ a pu avoir un effet anticoncurrentiel”.

¹² Décision n. 92-D-32, de maio de 1992. Afirma o Conselho: “Considérant que l’élaboration et la diffusion par le S.P.F.P. d’un pourcentage uniforme de marge plus frais généraux destiné à être appliqué sur la base d’un document également établi par lui et faisant ressortir, d’une part, des taux de salaires déterminés par application de majorations aux salaires mentionnés dans des conventions collectives, d’autre part, les prix que pratiqueraient les principaux prestataires constituant, pour les producteurs de films publicitaires, une incitation manifeste à aligner les prix de leurs prestations; que le dit syndicat ne peut utilement prétendre que ces initiatives avaient pour seul objet une meilleure information de ses membres, alors qu’elles excèdent manifestement les limites de l’objet social d’un syndicat et qu’elles avaient pour objet et en tout cas pourraient avoir pour effet d’entraver le libre jeu de la concurrence; que la circonstance que le système de détermination des prix ainsi recommandé n’a pas été appliqué par la totalité des producteurs ou qu’il a fait l’objet d’une application discontinue ne suffit pas à retirer à cette pratique son caractère anticoncurrentiel”.

¹³ Décision n. 91-D-55, de 3 de dezembro de 1991, do Conselho da Concorrência, de que se extrai o seguinte texto: “Mais considérant, sur le premier point, qu’il suffit que l’information diffusée ait pu entraîner des effets anticoncurrentiels pour qu’elle entre dans le champ de l’article 7 de l’ordonnance du 1er décembre 1986; que la recommandation d’utiliser l’indice I.G.E., fût-ce uniquement pour actualiser ou réviser les contrats en cours, revêtait en elle-même un caractère anticoncurrentiel; que cette recommandation n’était pas nécessaire à la mise en oeuvre de la décision du Conseil Supérieur de ne plus fixer la valeur de l’unité de compte; (...) qu’en fixant ainsi, de manière normative et détaillée, le contenu des prestations facturées

Observe-se que em todos esses casos existe um órgão de classe que determina a profissionais liberais a adoção de uma tabela para prestarem serviços diretamente aos clientes. Diante disso, os clientes não terão escolha de “preço”, pois que todos os profissionais liberais cobrarão dos clientes o mesmo “preço”. Saliente-se que os clientes/consumidores é que vão pagar o “preço” = “honorários”.

FIXAÇÃO DE CONCEITOS

Há que se indagar se o posicionamento acima assumido reflete uma colocação abrangente e definitiva do problema ou se ela admite uma nova abordagem em que se destaque uma diferença de foco. Ou seja, pergunta-se se o conceito de “tabela” inclui todas as formas de pagamento de um bem que se ofereça a qualquer tipo de demanda. Pergunta-se, destarte, se “tabela” inclui a fixação de preços, de honorários, de salários, de remuneração.

Quando se inicia uma discussão que envolve o sentido das palavras empregadas, é conveniente, para poder assumir uma posição, deixar patente qual o sentido de cada palavra. E o sentido das palavras não é algo que se defina isoladamente. Uma palavra não significa por si só. Ela significa dentro de um contexto, e esse contexto, em se tratando de Direito, depende intrinsecamente da situação fática e do sistema do ordenamento jurídico. É bom lembrar a lição de FERDINAND DE SAUSSURE, que ensina que o signo é arbitrário. Cada signo tem o significado que lhe é dado pelo contexto. Quando digo, por exemplo, “sua manga está suja”, posso estar dizendo que “a fruta (manga) que está na sua mão está suja”, ou posso estar dizendo que “a manga de sua camisa está suja”. O sentido da palavra “manga” vai depender do contexto: no primeiro caso, estou diante de uma pessoa com uma “manga” (fruta) na mão; no segundo caso, estou analisando a roupa de uma pessoa que está diante de mim, e vejo que a “manga” de sua camisa está suja.

É óbvio que será necessário, primeiramente, definir cada situação jurídica, cada grupo de relações jurídicas em que se coloca cada um desses conceitos. É certo que o padeiro que oferta pães em sua padaria não recebe nem honorários pelo pão que vende, nem salário, nem remuneração *stricto*

par les géomètres experts, sans relation avec les éléments de coûts réels constatés dans chaque cabinet, lesquels peuvent varier en fonction de leur productivité, la nomenclature confère aux prix un caractère artificiel”.

sensu. Da mesma forma, o profissional liberal que estabelece o valor do seu serviço também não recebe preço, nem salário, nem remuneração. Cada um desses termos expressa um conceito que decorre naturalmente da relação jurídica em que se insere.

Não resta dúvida de que o termo “preço” reflete a contrapartida que se dá em resposta ao recebimento de um bem, quer seja ele material, quer seja imaterial. Mas, num sentido estrito, preço significa a contrapartida pela oferta de um bem material. Desta forma, o preço é a contrapartida de uma oferta de pães, de um livro, de um saco de cimento etc. Mas “preço”, em sentido estrito, não é a contrapartida pela realização de uma palestra.

Donde se deduz que o tipo de relação jurídica é que vai determinar o conceito dessa contrapartida por um bem que se ofereça a um demandante.

Quando se trata de uma relação jurídica de prestação de serviço liberal, em que cabe falar de “honorários”, não tem cabimento falar em “tabela de honorários”, porque isso significaria ou a imposição ou o acordo para fixação do valor a ser pago. O profissional liberal fixa o “preço” que entende dever ser pago pelo seu trabalho, levando em conta a sua competência profissional, a dificuldade da questão com que se defronte, os riscos eventualmente decorrentes de sua atuação, a capacidade financeira de quem requisita seus serviços, o local em que seus serviços devam ser prestados, o tempo que vai despender para executar o serviço, o proveito que poderá ser obtido por aquele que é alvo dos serviços etc.

Não tem qualquer sentido, tratando-se dessa situação, fixar qualquer “tabela”. É por isso que, nos casos acima, referentes a “honorários advocatícios” ou “honorários de engenheiros ou de geômetras”, os tribunais se posicionaram contra o “efeito tabela”. E foi esse também o enfoque utilizado pelo CADE quando decidiu as questões anteriormente mencionadas.

Trata-se, nessas situações, de um órgão de classe que “tabela” o valor dos trabalhos a serem prestados, por profissionais que se encontram numa relação de horizontalidade, quando, aí sim, se poderia falar de um efeito de cartelização e, conseqüentemente, da eliminação do direito de escolha do consumidor.

O mesmo enfrentamento conceitual se apresenta quando se trata de uma relação de verticalidade, entre o fabricante de um produto e os distribuidores. Nesses casos se põe a discussão da fixação de preço mínimo, ou de fixação de preço máximo, ou de preços de venda aconselhados. Será interessante, a esse respeito, uma leitura do Regulamento 2.790, de 12 de

dezembro de 1999, e da Comunicação 2.000/C 291/01, de 13 de outubro de 2000, da Comunidade Européia, que regem com amplitude esses aspectos.

Pergunta-se então qual será o termo que definirá corretamente a contrapartida da prestação de serviços médicos. Dois aspectos se abrem, aqui, à indagação. Em um grupo de casos o médico, profissional liberal, fixa por ele mesmo o valor que pretende cobrar pelos seus serviços. Aqui se fala estritamente em honorários médicos. Noutro grupo, o médico tem o valor da contraprestação de seus serviços fixada em decorrência do confronto entre dois grupos de negociadores. No primeiro caso se fala de um valor fixado livremente pelo prestador – honorários –, no segundo trata-se de um valor fixado por dois grupos de negociadores, e o médico recebe o que foi por eles fixado – “remuneração”.

Este campo de relações jurídicas – de caráter trabalhista – é paralelo àquele que no Direito da Concorrência se esclarece com recurso ao conceito de mercado relevante.¹⁴

NOVO CASO – NECESSIDADE DE REFLEXÃO

Em julho de 2004 ajuizou-se uma representação contra as Entidades representativas dos médicos de Minas Gerais, tendo como motivação, apresentada de forma errônea e enganosa, a questão das “tabelas de honorários” (Processo 08012.005101/2004-81).

É necessário, para o reexame que ora se propõe, apreender o contexto da questão, e para isso será útil extrair do relatório elaborado pela Secretaria de Direito Econômico os itens que revelam o cerne da questão, e nos quais se afirma:

- Que a conduta denunciada pelo representante “é a prática concertada para imposição da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (‘CBHPM’) a seus associados”.
- Que para isso o Conselho Regional de Medicina editou a Resolução 253/2004.
- Que o mercado relevante identificado pela SDE é o da “prestação de serviços médico-hospitalares”.

¹⁴ Cf. Comunicação 97/C 372/03, da Comissão, de 9 de dezembro de 1997. Este mesmo conceito é trabalhado no Regulamento 2.790/99 e na Comunicação 2.000/C 291/01, de 13 de outubro de 2000 – Linhas Diretrizes sobre as Restrições Verticais.

- Que os representados, CRM/MG, AMMG, SINDMED/MG e FEMCOM, são entidades representativas da categoria médica no Estado de Minas Gerais e, “por serem os Representados entidades de destaque que representam a categoria médica no Estado de Minas Gerais, deflagra-se que têm inequívoca capacidade de influenciar seus filiados/associados na medida em que, presumidamente, detêm, conjuntamente, considerável poder de mercado”.
- Que os termos da Resolução 253/2004 não deixam dúvidas quanto ao poder de influência que detêm no tocante à adoção da tabela CBHPM, que afirma ser violação a postulados éticos da medicina a cobrança de honorários em desconformidade com a CBHPM.

Para servir de sustentáculo para a decisão, o Relatório menciona a decisão do CADE no voto proferido no PA 08000.000125/95, de 6 de maio de 1998, verbis: “O sindicato de categoria econômica ou associação de empresas pode ser um instrumento capaz de influenciar conduta comercial uniforme. Para caracterizar essa prática anticoncorrencial é preciso que haja restrição concreta da liberdade individual do agente de decidir por si só” (Sindicato dos Despachantes Aduaneiros de Santos).

Ao analisar a “conduta” que teria sido a motivadora da representação, a Secretaria de Direito Econômico afirma:

- Que transparecem nos autos indícios de que os Representados, conjuntamente, estão atuando ativa e organizadamente para direcionar os médicos do Estado de Minas Gerais a uma conduta concertada;
- Que os representados estariam conduzindo os médicos ao movimento de suspensão do atendimento médico;
- Que esta suspensão seria uma forma de impor “tabela uniforme de preços”;
- Que estariam assim os representados interferindo no mecanismo natural de formação dos preços dos honorários médicos.
- Que estariam eles tentando implantar a “tabela” denominada Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (“CBHPM”).
- Que estas medidas teriam como “efeito” a uniformização dos preços dos honorários cobrados pelos procedimentos médico-hospitalares no Estado de Minas Gerais;

- Que tais medidas teriam como efeito, ainda, a “criação de um verdadeiro bloco econômico em atuação no Estado de Minas Gerais”.
- Que a “suposta influência para a adoção de tabela uniforme de honorários médicos por parte dos Representados poderá dificultar o funcionamento e o desenvolvimento não só das operadoras atingidas pelo movimento, mas também, em médio a longo prazo, de grande parte ou de todas as operadoras em atuação no mercado”.

Invoca-se ainda o pensamento da Conselheira Neide Teresinha Mallard, no processo PA 53/92, *verbis*: “Não há dúvida de que a elaboração de tabela de preços só pode ter o objetivo de obstar a atuação dos mecanismos de mercado para a formação do preço, ou seja, prejudicar a concorrência. Principalmente quando se trata de uma associação. (...) O fato inegável é que a adoção de tabela de preços por concorrentes faz com que estes escapem das leis de oferta e procura, restringindo a concorrência” (Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe – AHES).

RELACIONAMENTOS JURÍDICOS DISTINTOS

O simples ingresso de uma “representação” junto aos órgãos competentes para adotar medidas de proteção à concorrência no mercado deixa claro que o representante, ou a autoridade que inicia o processo de ofício, entende que se trata de uma relação jurídica de direito da concorrência. É óbvio que a fundamentação adotada deverá centrar-se em argumentos concorrenciais e apoiar-se na legislação de concorrência.

O relatório da SDE partiu de pronto para a conclusão antecipada de que se trata de uma relação de concorrência no mercado.

Não se pode olvidar, entretanto, a existência de diferentes tipos de relações jurídicas dentro do mercado. Podem manifestar-se relações jurídicas entre empresas que produzem, vendem, distribuem, concorrentemente umas com as outras.

Verificam-se no mercado relações horizontais entre elementos que se situam no mesmo nível da cadeia de produção. Existem relações verticais, que se estabelecem entre elementos que se situam em diferentes níveis da cadeia, apresentando-se a relação entre produtor e distribuidor.

Existem também no mercado as relações entre fornecedores e consumidores, quer sejam estes consumidores finais, numa visão minimalista

(protegidos pela Lei 8.078/90), quer sejam consumidores numa visão maximalista, aí compreendidas empresas que fornecem matéria-prima e os consumidores desses insumos.

Situam-se no contexto de mercado as relações de proteção e de garantia do ambiente, protegidas por legislação específica e centradas em *conceitos* específicos para esse campo de relações jurídicas.

Existem também no mercado as relações de trabalho, quer sejam as relações entre empregadores e empregados, quer sejam as amplas relações de trabalho.

As relações horizontais e as verticais estão indubitavelmente disciplinadas pela Lei de Concorrência, a Lei 8.884/94.

Mas as relações de trabalho não se incluem entre as relações disciplinadas pela Lei de Concorrência. Seu contexto é absolutamente outro.

Atentos a essa diversidade de contextos jurídicos, em que o contexto dá sentido ao texto, é importante indagar se a representação consubstanciada no PA 08012.005101/2004-81, em que se ataca a CBHPM – Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos, teria visualizado corretamente o problema, ou se teria cometido um erro de focalização.

Não é próprio nem adequado incluir dentro de um contexto de relações de trabalho conceitos que são próprios de outro contexto jurídico, o contexto de relações de concorrência.

Tratando-se de formas e valores adequados para remuneração do trabalho dos médicos, elemento fundamental decorrente de um contexto de relações de trabalho, pode-se afirmar que são incompatíveis com esse contexto os conceitos de “tabelas” ou “honorários”, e conseqüentemente não cabe falar de “tabelas de honorários”. Em todo contexto deve haver sempre uma coerência de linguagem.

Posso, pois, afirmar que num contexto de relações jurídicas de trabalho:

- Não existem “tabelas”;
- Não há que se falar em “honorários”;
- Não há imposição de qualquer “tabela”;
- Não existem “condutas concertadas”;
- Não há qualquer violação da Lei de Concorrência.

Pode-se, a toda evidência, afirmar, como será demonstrado pelas razões a seguir expostas, que:

- As associações e sindicatos são “categorias profissionais”;
- Essas categorias se relacionam dentro de um contexto de relações de trabalho;
- Essas categorias discutem os níveis de “remuneração” do trabalho dos médicos;
- A CBHPM é uma verdadeira “planilha de custos do trabalho médico”;
- O que tem havido é um clima de “negociação” entre atores da relação de trabalho;
- Dentro de um contexto de conflito a forma de pressão é a greve (ou algo semelhante).

CONTEXTO DE RELAÇÕES DE TRABALHO

Para um encaminhamento lógico do raciocínio, é importante salientar que no PA 08012.005101/2004-81, que agora tomo como elemento de provocação, o representante *reconhece* essa diferença de *contextos*, pois, ao expor suas razões, afirma peremptoriamente:

“Sem embargo, a discussão sobre reajustes na remuneração de todo e qualquer profissional e/ou serviço, aí incluídos, evidentemente, os profissionais da saúde, está suficientemente regulada, quer pela Consolidação das Leis do Trabalho, que, em seus artigos 611 a 624, estabelece as regras para a negociação dos salários de médicos celetistas, quer por normas de Direito Civil e Econômico, que disciplinam os contratos em geral, a exemplo das Leis ns. 8.880/94, 8.884/94 e 9.069/95”.

Esta afirmativa é profundamente provocadora de uma análise mais detalhada do problema. Fica a indagação criativa: a questão que se apresenta para discussão e para decisão dos órgãos governamentais de proteção da concorrência seria realmente uma questão de concorrência ou será essencialmente uma questão de relação jurídica de trabalho?

Para o correto enquadramento da questão, devem-se expor os fundamentos constitucional e legal que regem a espécie.

Depois dessa exposição do ordenamento jurídico brasileiro relativo à matéria que se discute, será oportuno apresentar o pensamento consubstanciado na jurisprudência do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, em que se expõem todos os fundamentos jurídicos pertinentes à questão.

EMBASAMENTO CONSTITUCIONAL

O art. 8.º da Constituição Federal, no inciso III, determina que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. É óbvio, portanto, que os sindicatos e as associações não podem furtar-se ao dever constitucional de discutir com os empregadores ou fornecedores de trabalho as relações de trabalho, especialmente as referentes à remuneração.

Vai mais adiante o texto constitucional, ao determinar, no mesmo art. 8.º, no inciso VI, que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”. Ora, as entidades representativas da categoria profissional dos médicos, no caso do processo que agora serve de provocação, são exatamente os ali mencionados – CRM/MG, AMMG, SINDMED/MG e FEMCOM. Se intervieram em defesa dos interesses de seus representados, nada mais fizeram do que cumprir o mandamento constitucional, ao participar da luta dos médicos por melhores salários, por uma remuneração mais digna.

A Constituição Federal, no art. 7.º, inciso V, estabelece que é direito dos trabalhadores “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”. Donde se vê que é um direito de todos os trabalhadores, independentemente de serem empregados, o estabelecimento de um piso salarial, que leve em conta a complexidade do trabalho.

O texto constitucional, no art. 7.º, inciso VI, ainda impõe o princípio da “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”. Donde se infere que o salário estabelecido como piso não pode ser alvo de redução, nem mesmo por renúncia do trabalhador.

E o texto constitucional, no art. 7.º, inciso XXVI, impõe o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” de todos os trabalhadores, quer urbanos, quer rurais.

O texto constitucional ainda impõe: “É assegurado o direito de GREVE, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”. Com isso quer o

Constituinte munir o trabalhador com a força necessária para pressionar o empregador ou o fornecedor de trabalho a participar das negociações.

Não se pode olvidar que o texto constitucional se refere genericamente a direitos dos trabalhadores, urbanos e rurais, que visem à melhoria de sua condição social.

EMBASAMENTO LEGAL

É importante salientar, mais uma vez, que o próprio sindicato representante reconhece, como transcrito acima, que se devem aplicar ao presente caso as disposições constantes dos arts. 611 a 624 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Ora, a Consolidação das Leis do Trabalho não trata de “tabelas”, menos ainda de “tabelas de honorários”. Transparece, assim, que a disputa entre associações representativas de médicos e as associações que representam as empresas “financiadoras dos serviços médicos” se situa no campo da “remuneração” ou dos “salários”. Não há qualquer tipo de “tabela”, muito menos “tabela de honorários”.

Fica claro que os conceitos jurídicos de “remuneração”, de “salário” estão situados em campos de relações jurídicas diferentes daqueles de “honorários”.

Honorários são aqueles cobrados por profissionais liberais, que fixam, de acordo com sua competência, sua celebridade, seus honorários. É neste caso que se proíbem as “tabelas”. Basta ver a jurisprudência internacional, quer norte-americana, quer européia, em que se condena a elaboração de “tabela” por um órgão de classe para direcionar os honorários mínimos a serem cobrados por profissionais liberais.

NORMAS DA CLT

No processo que analiso, o representante invoca expressamente a aplicabilidade das normas da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, e especificamente os arts. 611 a 624.

Pois vamos a elas.

O art. 611 define a Convenção Coletiva de Trabalho como “o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de

categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”.

Aí estão os elementos fundamentais estabelecidos com caráter vinculativo:

- A convenção tem caráter normativo;
- Aplica-se à categoria econômica e profissional: no caso presente, aos médicos;
- Estabelece condições de trabalho: remuneração.

Prosseguindo na trilha admitida e invocada pelo representante, deve-se ver que o art. 613 determina que as convenções e os acordos deverão conter obrigatoriamente, dentre outros itens, “condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência”.

O art. 616 determina que “os sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva”.

E o art. 619 impõe que “nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito”.

E o art. 622 dispõe que “os empregados que celebrarem contratos individuais de trabalho, estabelecendo condições contrárias ao que tiver sido ajustado em Convenção ou Acordo que lhes for aplicável, serão passíveis da multa neles fixada”.

Desse contexto legal, que o representante expressamente invoca, reconhecendo sua aplicabilidade ao caso agora analisado, decorre a legitimidade da fixação de condições de trabalho vinculativas. Do que se deduz com estrita lógica:

- Tem apoio constitucional e legal a fixação de uma remuneração básica;
- Tem apoio constitucional e legal a fixação de uma remuneração básica obrigatória e vinculante para todos;
- Tem apoio constitucional e legal a imposição da obrigação de obediência às condições estabelecidas;

- Tem apoio constitucional e legal a imposição de penalidades àqueles que celebrarem contratos individuais infringentes das normas coletivas.

NATUREZA JURÍDICA DA CBHPM

Traçado esse contexto jurídico de confronto disciplinado pela Constituição e pela lei entre duas categorias, a dos médicos, representada por suas associações, e a das empresas financiadoras de serviço médico, representadas também por suas associações, é óbvio que nenhuma delas se aparelha para o confronto sem ter em mãos instrumentos de luta e de convencimento.

Tratando-se de serviços médicos, a serem prestados por profissionais daquela categoria, e de financiamento dos serviços médicos, a ser efetuado por empresas que detenham poder de cobrir as despesas com pagamento daqueles profissionais e dos serviços, terão ambas as partes que colocar na mesa de debate e de discussão uma planilha de custos, que deverá ser avaliada.

Os médicos e suas associações deverão demonstrar por que querem receber uma remuneração mais elevada. Para isso têm que discriminar os custos que incidem sobre seu trabalho.

As empresas financiadoras de serviço médico, ao se opor à pretensão dos médicos e de suas associações, deverão também demonstrar de maneira calculada por que querem pagar menos do que o pretendido pelos médicos.

Trata-se de uma disputa entre pessoas de elevado nível de conhecimento, de elevado nível ético. Não se compadece com esse elevado nível de profissionalismo a colocação em mesa de pretensões levianas, sem qualquer suporte técnico, tecnológico, científico, ético.

Não se trata de dizer somente “nós queremos x por cento de aumento”, ou “nós somente concordamos com menos x de aumento”. É preciso demonstrar as razões, os fundamentos fáticos, científicos e éticos da pretensão ou da negativa de pretensão.

A “Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos” dá resposta adequada a essa exigência de fundamentação fática, científica e ética da pretensão. É a partir dessa “CBHPM” que terá sentido e seriedade uma discussão.

Dentro do contexto das relações jurídicas de trabalho, este é o caminho a ser percorrido. Chegando-se ao termo das negociações, o resultado adquire vinculatividade. A própria Consolidação das Leis do Trabalho, nos dispositivos acima mencionados, fulmina de nulidade de pleno direito qualquer contratação particular que desobedeça ao resultado final da negociação coletiva.

Não se pode, pois, falar em “tabela”, menos ainda de “tabela de honorários”, menos ainda de “cartelização de preços médicos”.

PREÇOS?

Não há dúvida de que os bens adquiridos num supermercado têm um preço. Trata-se de mercadoria que adquirimos para a subsistência, para o bem-estar, ou mesmo para o deleite e diversão. Mas são mercadorias. E elas têm um preço.

Tratando-se de prestação de serviços médicos, não estamos diante de mercadorias. Aqui o trabalho do profissional médico tem, sim, um custo operacional, mas tem, sobretudo, um conteúdo ético.

A esse bem de suma complexidade não se paga com preço. Remunera-se. E aqui as duas vertentes já assinaladas: ao profissional liberal pagam-se honorários médicos, fixados livremente por ele, de acordo com a sua competência, com a dificuldade dos procedimentos a serem adotados, e também (por que não?) de acordo com o ambiente social em que vive; já o profissional médico que se vincula a um Plano de Saúde ou a uma Seguradora recebe dessas empresas uma remuneração, cujo valor é fixado numa negociação coletiva entre as respectivas associações.

CONFLITOS DE NORMAS?

Por um lado, vê-se, pois, que a Constituição e as normas da Consolidação das Leis do Trabalho estabelecem um contexto normativo específico para as relações de trabalho. Por outro lado, a mesma Constituição e as normas contidas na Lei 8.884/94 criam outro contexto normativo. Entendido o ordenamento jurídico como um sistema, em que as normas disciplinam campos fáticos diferentes, deve-se deduzir a compatibilidade desses diversos subcontextos e a sua compossibilidade.

Do que se deduz que as normas que regem o contexto das relações de trabalho não devem ser aplicadas ao contexto criado pela aplicação da Lei 8.884/94. E a situação inversa também é verdadeira: as normas que regem a concorrência empresarial não podem ser utilizadas para reger o campo normativo das relações de trabalho.

Aquelas normas trabalhistas, que protegem toda e qualquer relação de trabalho, não conflitam com as normas contidas na Lei 8.884/94. São dois campos de aplicação distintos.

A relação entre as operadoras de Planos de Saúde e de Seguros de Saúde e os médicos que prestam serviços médicos aos clientes é uma relação de trabalho. E a contraprestação pelo trabalho desenvolvido pelos médicos se chama remuneração.

Os Planos de Saúde e as Seguradoras estabelecem os valores das mensalidades, independentemente de os segurados se valerem, ou não, dos serviços dos médicos.

Os médicos não se colocam numa situação de concorrência, nem com os Planos de Saúde, nem com os consumidores de serviços médicos. Não existe relação concorrencial no presente caso.

Donde se depreende que houve grave equívoco tanto na representação quanto no r. despacho do Sr. Secretário de Direito Econômico, que enquadrou como concorrencial uma situação jurídica completamente alheia ao contexto do Direito da Concorrência.

A JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA ATUAL

Esta questão de uma relação jurídica de trabalho e de sua diferença da relação jurídica de concorrência foi analisada por vez primeira pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, no caso Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensionenfonds Textielindustrie,¹⁵ decidido em 1999. Saliente-se que foi a primeira vez em que o Tribunal de Justiça se pronunciou sobre o aparente conflito e a compatibilidade e compossibilidade entre relações de trabalho e relações de concorrência.

¹⁵ Caso C-67/96, de 21 de setembro de 1999.

Naquele caso será importante apreender a suma do pensamento do Tribunal, mas a lição mais contundente se recebe nas palavras do Advogado-geral.

A ementa do acórdão do Tribunal traz o seguinte pensamento:

“2 Resulta de uma interpretação útil e coerente dos artigos 3, alíneas g) e i), do Tratado [que passou, após alteração, a artigo 3, n. 1, alíneas g) e j), CE], 85, n. 1, do Tratado (atual artigo 81, n. 1, CE), 118 e 118-B do Tratado (os artigos 117 a 120 do Tratado foram substituídos pelos artigos 136 CE a 143 CE) que acordos concluídos no âmbito de negociações coletivas entre parceiros sociais com vista a atingir objetivos de política social, tais como o melhoramento das condições de emprego e de trabalho, devem ser considerados, em razão da sua natureza e do seu objeto, como não abrangidos pelo artigo 85, n. 1, do Tratado.”

O conteúdo da decisão assim ementada é que as relações decorrentes de negociações coletivas escapam ao âmbito de aplicação das normas de concorrência contidas no art. 85, n. 1, do Tratado de Roma, cuja numeração foi alterada para art. 81, n. 1. Logicamente, a fixação de remuneração e de outras condições de trabalho estão ao largo da incidência do art. 81, n. 1, do Tratado.

O Advogado-geral JACOBS salienta que é a primeira vez, em 1999, que o Tribunal é chamado a analisar a questão da relação entre as regras da concorrência e os acordos realizados por negociação coletiva entre parceiros sociais.

Procura demonstrar que essa posição não é absolutamente original, pois que posicionamentos idênticos já eram praxe em outros ordenamentos jurídicos. Parte, então, JACOBS do estudo comparativo das legislações e dos posicionamentos jurisprudenciais.

- Na FRANÇA o Conselho da Concorrência, depois de ter examinado os efeitos restritivos das convenções coletivas concluídas entre parceiros sociais, ou depois de ter feito uma apreciação global dos fatores anticoncorrenciais que elas comportam e de suas vantagens no plano social, considerou que a maioria das cláusulas

submetidas a seu exame eram compatíveis com as regras francesas da concorrência.¹⁶

- Na FINLÂNDIA a lei de concorrência exclui de seu campo de aplicação os acordos relativos ao mercado de trabalho.
- Na DINAMARCA o art. 3.º da lei de concorrência prevê sua não-aplicação às condições de remuneração e de trabalho.
- Na ALEMANHA a lei de concorrência exclui certos domínios da economia e certos acordos de seu campo de aplicação material. A Corte Federal do Trabalho afirmou que “as convenções coletivas concluídas entre parceiros sociais escapavam em princípio ao campo de aplicação material das regras de concorrência. O Bundesarbeitsgericht fundamentou seu posicionamento em diversos pontos. O Bundesarbeitsgericht constatou, a título preliminar, que as negociações coletivas constituem uma das atividades protegidas em virtude dos direitos fundamentais conferidos pelo art. 9, parágrafo 3, da Grundgesetz (Lei Fundamental alemã). Afirma ainda que o mercado do trabalho beneficia-se, politicamente, de um estatuto especial.
- No REINO UNIDO é tradição que o direito da concorrência não seja invocado para tratar das questões de direito do trabalho.¹⁷
- Nos ESTADOS UNIDOS as atividades dos sindicatos escapam em princípio à interdição dos acordos enunciada no art. 1.º da

¹⁶ Decisão 92-A-01, de 21 de janeiro de 1992, Syndicat français des assureurs-conseils. Deliberou o Conselho que “a designação de um organismo de previdência, que é a expressão da escolha exercida pelos parceiros sociais, não é, enquanto tal, contrária ao direito da concorrência, por outro lado, a cláusula de designação de um organismo de previdência e a escolha do regime correspondente são elementos constitutivos da economia da convenção. O Conselho sustenta ademais que a extensão das cláusulas relativas à previdência é um elemento de igualização das condições de exploração das empresas que se encontram no campo de aplicação da convenção ao mesmo tempo em que é um fator de progresso econômico e social”.

¹⁷ O Advogado-geral invoca o ensinamento do Professor Richard Whish, na terceira edição de seu livro (1993), para quem, em conformidade com o Restrictive Trade Practices Act 1976, *os acordos relativos aos salários, às condições de trabalho, aos horários de trabalho, não deviam ser notificados*. Já na quinta edição (2003), o mesmo professor, invocando a decisão *Albany International (1999)*, afirma que o Tratado de Roma inclui não somente a adoção de uma política de concorrência, mas também uma política na esfera social.

Lei Sherman, como consequência de uma isenção das relações de trabalho da aplicação das regras de concorrência (‘labor exemption’), resultante quer da lei (‘statutory exemption’), quer da jurisprudência da Suprema Corte (‘non statutory exemption’).

- O CLAYTON ACT exclui do Direito da Concorrência os atos unilaterais realizados pelos sindicatos no quadro de conflitos do trabalho. O Clayton Act afirma que “o trabalho assalariado não pode ser tratado como um objeto de comércio”.
- O Congresso promulgou em 1932 o Norris-La-Guardia Act, destinado a estender o campo de aplicação da isenção.
- No caso *United States v. Hutcheson*, a Suprema Corte aponta três condições de aplicação da isenção:
 - 1) Que haja um conflito de trabalho;
 - 2) Que o sindicato aja no quadro de perseguição de suas próprias finalidades;
 - 3) Que o sindicato não aja em concerto com grupos não sindicais.
- No caso *Connell Construction v. Plumbers and Steamfitters Local Union*¹⁸ a Suprema Corte afirmou:

“A isenção extralegal tem origem numa política laboral forte, que promove a associação dos trabalhadores com vista a eliminar a concorrência no domínio dos salários e das condições de trabalho. O êxito obtido pelos sindicatos na organização dos trabalhadores e na uniformização dos salários acabará por afetar a concorrência de preços entre os empregadores, mas os fins que a legislação laboral se propõe jamais seriam atingidos se esses efeitos no jogo da concorrência entre as empresas fossem considerados como uma violação da legislação antimonopólio. Por essa razão, o Tribunal reconheceu que a política laboral requer uma atitude tolerante no que respeita à diminuição da concorrência empresarial baseada nas diferenças de salários e de condições de trabalho... Contudo, os imperativos da política laboral não conferem aos sindicatos liberdade para imporem diretamente restrições à concorrência entre as empresas que empregam os seus membros. Portanto, se a isenção legal autoriza os sindicatos

¹⁸ Decisão de 2 de junho de 1975, 421 US 616.

a implementar certas restrições ao agirem de forma unilateral..., já a isenção sem caráter legal não oferece semelhante proteção quando um sindicato e uma parte não ligada ao interesse dos trabalhadores concordam em restringir a concorrência num mercado de bens ou serviços”.

Para bem apreender a análise do confronto entre relações jurídicas trabalhistas e relações jurídicas concorrenciais, é importante recorrer a três outras decisões da Suprema Corte norte-americana.

Na primeira dessas decisões, *United Mine Workers of America v. Pennington*,¹⁹ a maioria dos juízes (6 contra 3) entendeu que “uma convenção coletiva relativa aos preços de venda do carvão constituiria, manifestamente, uma violação das regras de concorrência”. Pelo contrário, os salários encontravam-se no âmago das negociações coletivas entre os sindicatos e as entidades patronais. Por isso, o efeito no mercado de produtos decorrente da eliminação da concorrência baseada nos salários entre os empregadores reunidos para negociar convenções coletivas sobre essa matéria não constituía, em princípio, o tipo de restrições que o Congresso pretendia interditar ao adotar o Sherman Act: “[not] the kind of restraint Congress intended the Sherman Act to proscribe”. Portanto, os sindicatos tinham o direito de celebrar acordos salariais com um grupo de entidades patronais negociando em conjunto e procurar obter, no seu próprio interesse e não por acordo com todos ou parte das entidades patronais desse agrupamento, os mesmos níveis de salários junto de outros empregadores.

Num segundo caso, *Meat Cutters v. Jewel Tea Co.*,²⁰ os juízes entenderam que negociações coletivas relativas a assuntos que podem legalmente constituir conteúdo de negociações em virtude do Direito do Trabalho escapavam ao Direito da Concorrência. Afirmaram ainda que a *contratação coletiva* referente a matérias que obrigatoriamente são objeto de negociação ao abrigo das leis do trabalho não estava, pela sua própria natureza, subordinada à legislação antimonopólio.

Num terceiro caso, *Brown v. Pro Football*,²¹ a maioria dos juízes (8 contra 1) considerou que a isenção por via não legislativa escudava os acordos celebrados após o fracasso das negociações entre várias entidades pa-

¹⁹ Decisão de 7 de junho de 1965, 381 US 657.

²⁰ Decisão de 7 de junho de 1965, 381 US 676.

²¹ Decisão 116 S. Ct. 2116 (1996).

tronais com o objetivo de fazer vigorar as condições constantes da última proposta em matéria de salários por eles formulada de boa-fé, no pressuposto de que tal conduta pertencia indubitavelmente ao domínio do direito do trabalho e da política laboral. Essa maioria sustentou, em primeiro lugar, que a negociação envolvendo uma multiplicidade de entidades patronais constituía um método bem assente, importante e generalizado de contratação coletiva, apresentando vantagens tanto para o patronato como para os trabalhadores.

Procurando fazer uma síntese da visualização do direito comparado, o Advogado-geral expõe o seguinte quadro:

- Podemos resumir as conclusões desta síntese comparativa como segue:
- Em todos os sistemas examinados as convenções coletivas entre parceiros sociais estão, em certa medida, excluídas da interdição de formação de cartéis anticoncorrenciais. No entanto, essa exclusão não é ilimitada.
- Os fundamentos legais dessa isenção e os mecanismos jurídicos do seu reconhecimento diferem largamente. Assim, deparamos com:
- o primado do direito fundamental de contratação coletiva (Alemanha);
- uma disposição expressa de isenção contida na legislação antimonopólio ou noutras leis (Dinamarca, Finlândia, isenção legal nos Estados Unidos);
- elaboração jurisprudencial (isenção por via jurisprudencial nos Estados Unidos);
- a exigência de determinado requisito para que se verifique a violação da proibição da formação de cartéis, que normalmente não está presente nos acordos em questão (Alemanha);
- a aplicação das condições gerais de violação da proibição de formação de cartéis de forma que conduzam ao resultado pretendido (França);
- a prática tradicional de não aplicar as regras de concorrência às relações laborais (Reino Unido).

CONFLITOS E CONVERGÊNCIAS

O ordenamento jurídico é uma organização normativa de todos os aspectos da vida social. Tais aspectos refletem tendências de diversos setores da coletividade, e a diversidade leva a conflitos que se resolvem sempre na unidade por força dos princípios estabelecidos na Constituição. Essa permanente tensão entre as diversas categorias que integram o sistema jurídico, longe de ser negativa, é altamente criadora e incentivadora da vitalidade do ordenamento.

Assim é que um contrato estritamente obediente aos cânones do Direito Comercial tem que ser submetido ao órgão de concorrência para que este, à luz dos princípios do Direito da Concorrência, se pronuncie sobre a aceitabilidade daquele contrato num contexto de mercado.

O Direito reflete normativamente a diversidade fática da atuação do homem na sociedade. A uma diversidade fática corresponde uma diversidade jurídica. Na vida real existem diferentes contextos em que o homem se integra, sem viver em perpétuo conflito. Desde o nascimento ele faz parte do contexto fático familiar (em que existem regras específicas), com o seu crescimento e desenvolvimento passa a fazer parte do contexto fático educacional (também com seu conjunto de regras específicas), mais adiante se defronta com um contexto em que lhe é necessário trabalhar (aí também surge um conjunto de normas peculiares) e pode então optar por trabalhar por conta própria constituindo uma empresa (surge novo contexto de normas). Mas verifica, logo, que há outros trabalhadores e outras empresas (com normas específicas de convivência, conflitos e soluções específicas). Na medida em que se concretiza esse desenvolvimento, a vida real e a normatividade se complicam e se interimplicam, sem se excluírem.

Em estudo em que analisa a articulação entre o Direito Civil, o Direito Comercial e o Direito da Concorrência, LOUIS VOGEL²² salienta que ao Direito Civil compete a proteção subjetiva dos operadores, enquanto ao Direito da Concorrência, a proteção objetiva do mercado. O Direito da Concorrência tem por vocação assegurar o bom funcionamento do mercado, estabelecendo regras para impedir o poder de monopólio.

Diferentemente desse objetivo econômico do Direito da Concorrência, o Direito Comercial e o Direito Civil têm em sua própria origem a vocação

²² VOGEL, Louis. L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence, *Revue de la Concurrence et de la Consommation* n. 115, mai-juin 2000, p. 6-11.

para reger as relações privadas, garantindo o respeito à liberdade contratual e reparando os danos provenientes do desrespeito a essa mesma liberdade.

Como já dissemos, no mercado encontramos relações de trabalho que são objeto de normas específicas, mas que devem ser vistas como integrantes do mesmo sistema normativo a que pertencem as normas que regulam a concorrência. Essa análise revelará a compatibilidade ou a incompatibilidade de cada conjunto normativo.

As convenções coletivas de trabalho são acordos e, como todo acordo, restringem. Resta saber se essa restrição é razoável, aceitável e mesmo criadora dentro do sistema. Não se pode deixar de lembrar, a este propósito, a lição de Louis Brandeis no julgamento do caso Board of Trade of City of Chicago, em 1918. Disse ele, e a Suprema Corte vem repetindo esse ensinamento reiteradamente em inúmeros julgamentos, que “a legalidade de um acordo não pode ser determinada por um teste tão simples quanto afirmar que ele restringe a concorrência. Todo acordo relativo ao comércio, toda regulação do comércio, restringe. Vincular, restringir, é de sua própria essência. O verdadeiro teste da legalidade é se a restrição imposta é de tal sorte que meramente regula e talvez por isso mesmo promova a concorrência ou se é de tal sorte que possa suprimir ou mesmo destruir a concorrência. Para aferir esta questão o tribunal deve ordinariamente considerar *os fatos* peculiares ao negócio a que a restrição é aposta, sua condição antes e depois que a restrição foi imposta, a natureza da restrição e seu efeito, concreto ou provável. A história da restrição, o perigo que se supõe existir, a razão para adotar o remédio em questão, o propósito ou a finalidade que se procura alcançar, são todos fatos relevantes”.²³

²³ “But the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts” (Board of Trade of City of Chicago v. United States [1918] 246 U.S. 231).

Donde se vê que um acordo que aparentemente ou verdadeiramente restringe, como é da própria essência de qualquer acordo restringir, não cai, somente por isso, no campo de aplicação do Direito da Concorrência, por estar submetido a regras de outro campo de organização jurídica.

Como se evidenciou acima, um ordenamento jurídico alberga vários campos de organização fática e normativa. Assim, as normas que estabelecem regras para a convivência no âmbito do trabalho não conflitam com as que regulam a atividade concorrencial dos agentes do mercado. No mundo real os participantes de cada um desses âmbitos interagem, inter-relacionam-se, dão origem a conflitos. O que verdadeiramente compõe estes focos de tensão e de convergência é o ordenamento jurídico. Observa a este respeito o Advogado-geral JACOBS:

“Todos os sistemas jurídicos encerram, potencialmente, tensões entre estas duas categorias de disposições. É admitido que as convenções coletivas normais sobre matérias que constituem a essência das negociações coletivas, tais como os salários ou outras condições de trabalho, restringem a concorrência entre os trabalhadores: estes não se podem oferecer para trabalhar por um salário de nível inferior ao mínimo acordado. No entanto, o objetivo principal dos sindicatos e do processo de negociação coletiva é precisamente evitar uma «corrida ao mais baixo» dos empregados no tocante aos salários e às condições de trabalho. Essa é a razão pela qual as negociações coletivas são encorajadas por todas as ordens jurídicas nacionais, por instrumentos jurídicos internacionais e, especificamente, pelo próprio Tratado; além disso, a legislação comunitária no domínio do emprego contém disposições detalhadas sobre as medidas a pôr em prática, tanto por meio de negociações coletivas como por via legislativa. Se tais acordos estivessem sujeitos à proibição do artigo 85, n. 1, seria necessário solicitar à Comissão um certificado negativo ou uma isenção. Porém, e devido à sua própria natureza, tais acordos não se inserem facilmente no quadro das regras de concorrência.

“Os autores do Tratado ou não estavam conscientes do problema ou não conseguiram chegar a acordo sobre uma solução para o mesmo. Por esse motivo, o Tratado não fornece indicações claras nesta matéria. Nestas circunstâncias, há que seguir uma orientação de acordo com princípios de interpretação bem estabelecidos. Uma vez que ambas as categorias de disposições constituem normas do Tratado, situadas ao mesmo nível da hierarquia das fontes de direito,

nenhuma delas deveria ter primazia absoluta sobre a outra, e nenhuma delas deveria ser completamente esvaziada de conteúdo. Uma vez que as disposições do Tratado que promovem as negociações coletivas pressupõem que as convenções coletivas são, em princípio, legítimas, o artigo 85, n. 1, não pode ter sido concebido com vista à sua aplicação às negociações coletivas entre parceiros sociais sobre temas essenciais das mesmas, tais como os salários e outras condições de trabalho. Logo, as convenções coletivas entre parceiros sociais em matéria de salários e de condições de trabalho deveriam ficar automaticamente fora do âmbito de aplicação da legislação da concorrência.

OS PLANOS DE CARGOS E SALÁRIOS

Faz parte das disputas em negociações coletivas de trabalho a pretensão de implantar-se um Plano de Cargos e Salários.

Ao levar adiante esta pretensão, os sindicatos e associações representativos de empregados elaboram eles próprios o Plano de Cargos e Salários que entendem aceitável. Como o próprio nome está a dizer, o Plano hierarquiza os cargos e fixa os salários de acordo com essa hierarquia.

Ninguém, ao que se saiba, alguma vez insurgiu-se contra tais Planos de Cargos e Salários, ninguém impugnou a hierarquização dos cargos e dos salários. Sempre se entendeu que essa “tabela” de cargos e salários é uma necessidade no mundo das relações de trabalho.

Ora, este também foi o pensamento do Advogado-geral JACOBS, acolhido pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia:

“Existem ainda considerações de ordem prática que reforçam esta conclusão de princípio.

“Admite-se geralmente que a negociação coletiva entre parceiros sociais permite evitar conflitos laborais onerosos, reduz os custos inerentes aos compromissos graças a um processo de negociação coletiva regido por determinadas regras e aumenta a previsibilidade e transparência. Um certo equilíbrio no poder de negociação de ambos os lados favorece a adoção de soluções equilibradas para cada um dos parceiros e para a sociedade em geral.

“Além disso, se bem que suscetíveis de restringir a concorrência entre trabalhadores assalariados, as convenções coletivas em matéria

de salários, duração ou outras condições de trabalho provavelmente não terão um efeito restritivo significativo na concorrência entre empregadores. Quanto à concorrência no lado da procura no mercado de trabalho, normalmente cada empregador continua a ser livre de oferecer condições mais vantajosas aos seus trabalhadores. Quanto à concorrência nos mercados de produtos ou serviços em que os empregadores operam, faço notar, em primeiro lugar, que as convenções em matéria de salários ou de condições de trabalho só harmonizam um de entre os vários fatores de produção. Logo, somente um aspecto da concorrência é afetado. Em segundo lugar, e como demonstra a prática da Comissão, a proximidade do mercado do fator em causa constitui um importante critério de avaliação do caráter sensível das restrições. No caso das convenções coletivas em matéria de salários e condições de trabalho, o preço final dos produtos ou serviços em causa será influenciado por muitos outros fatores antes de estes chegarem ao mercado. Em terceiro lugar, e este constitui, talvez, o elemento mais importante, os custos dos fatores de produção só aparentemente são harmonizados, uma vez que, em termos econômicos, e ao contrário do que acontece com as matérias-primas, o trabalho não é um bem homogêneo. O fato de os trabalhadores auferirem a mesma remuneração nominal não significa que os seus custos reais para os respectivos empregadores sejam idênticos. Os custos reais só se podem determinar tendo em conta a produtividade dos trabalhadores. A própria produtividade é determinada por muitos fatores como, por exemplo, a qualificação profissional, a motivação, o ambiente tecnológico e a organização do trabalho. Todos estes fatores podem ser influenciados pelos empregadores e, na realidade, são-no. É precisamente isso que constitui o objetivo de uma gestão eficiente dos recursos humanos. Logo, existe realmente uma forte concorrência no capítulo do trabalho enquanto fator de custo. Finalmente, poderemos considerar que dois fatos apóiam empiricamente a tese da inexistência de efeitos significativos na concorrência: por um lado, foi preciso esperar 40 anos para que fosse submetido ao Tribunal de Justiça o primeiro caso de compatibilidade entre uma convenção coletiva e o artigo 85 do Tratado e, por outro, na resenha da questão nos direitos nacionais que acima apresentei, não existe um único caso que se refira a convenções normais versando sobre salários e condições de trabalho.”

ACORDO ENTRE SINDICATOS

A Lei Sherman e o Tratado de Roma, ao instaurarem uma política antitruste ou uma política de defesa da concorrência, referem-se a “acordos” que sejam suscetíveis de afetar o comércio. O Tratado explicita melhor o alcance desses “acordos”, mostrando que se trata daqueles que tenham por objetivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência.

A Lei 8.884/94, tanto no art. 20 quanto no art. 54, refere-se mais genericamente a “atos” que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência.

Os sindicatos e associações não se caracterizam como empresas, embora o legislador, no art. 15 da Lei 8.884/94, estenda a aplicação da lei a quaisquer associações de entidades ou pessoas. Não exercem eles nenhuma atividade econômica nem têm qualquer finalidade de lucro. Sua finalidade é a de proteger os interesses de seus associados. E uma das formas de concretizar essa proteção é entabular negociações coletivas, com vista à formalização de um “acordo”, principalmente para fixação de condições de trabalho, dentre elas a fixação de remuneração adequada e condizente.

Indaga-se, pois, se este “acordo” estaria incluído no conceito abrangido pelo art. 1.º da Lei Sherman, pelo art. 81, n. 1, do Tratado de Roma, ou ainda pelos arts. 20 e 54 da Lei 8.884/94.

Lembre-se mais uma vez a lição de BRANDEIS, de que todo contrato restringe, pois que é da natureza do contrato restringir. Deve-se aplicar a esse contrato, a esse “acordo”, um teste de conformidade com a Constituição e com a Lei. Existindo essa conformidade, ver-se-á que aquele “acordo” é uma forma de regular as relações num determinado grupo de relações jurídicas. E será, pois, uma forma prevista pelo ordenamento jurídico para promover a concorrência. E, para isso, o Tribunal tem que conferir os fatos, numa apreciação caso a caso.

Pode-se comparar essa posição de BRANDEIS com aquela assumida pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, ao adotar o pensamento do Advogado-geral JACOBS, já citado:

“Se bem que suscetíveis de restringirem a concorrência entre trabalhadores assalariados, as convenções coletivas em matéria de salários, duração ou outras condições de trabalho provavelmente não terão um efeito restritivo significativo na concorrência entre empregadores. Quanto à concorrência no lado da procura no mercado de tra-

balho, normalmente cada empregador continua a ser livre de oferecer condições mais vantajosas aos seus trabalhadores. Quanto à concorrência nos mercados de produtos ou serviços em que os empregadores operam, faço notar, em primeiro lugar, que as convenções em matéria de salários ou de condições de trabalho só harmonizam um de entre os vários fatores de produção.”

ACORDO OU FORMA DE CONCERTAÇÃO

É indiscutível que o próprio conceito de negociação coletiva implica que cada uma das partes defenda os seus próprios interesses.

É certo que nem os trabalhadores nem seus órgãos representativos são empresas. Sendo assim, pergunta-se se uma convenção coletiva celebrada entre eles poderia ser equiparada a um acordo celebrado entre empresas concorrentes.

Além das motivações de ordem social, em que se procura o benefício maior de cada categoria profissional, existem motivações econômicas. O debate que se trava entre as associações representativas tem por finalidade evitar maiores conflitos, com custos mais elevados, quer para as categorias envolvidas, quer também, indiretamente, para a sociedade como um todo, conseguindo-se ao final maior previsibilidade e transparência relativamente aos custos de produção.

O acordo que tem como conteúdo e finalidade estabelecer a remuneração justa e adequada é a própria essência das negociações coletivas realizadas entre entidades representativas de categorias profissionais que se deparam no mercado, e não afeta outras entidades. Daí por que as regras de concorrência não se aplicam a essas situações. É com esse direcionamento que o Advogado-geral JACOBS se dirige ao Tribunal de Justiça:

“Concluo que o artigo 85, n. 1, não é aplicável *ratione materiae* às convenções coletivas celebradas entre as duas partes de um setor de atividade pelas quais as entidades patronais acordam pagar determinada contribuição de pensão por cada trabalhador pertencente a esse setor, uma vez que tais acordos são acordos coletivos celebrados de boa-fé entre parceiros sociais sobre matéria que constitui a própria essência das negociações coletivas, tais como salários e condições de trabalho, que não afetam diretamente mercados terceiros nem outras entidades. Nem nos casos vertentes o artigo 85, n. 1, se aplica *ratione*

personae aos trabalhadores assalariados ou aos sindicatos porque, no contexto das negociações coletivas, nenhum deles está a agir como uma empresa, na aceção das regras de concorrência. Quanto aos dois acordos tácitos entre as entidades patronais, visando um deles o estabelecimento de um regime de pensões setorial único gerido em conjunto pelos parceiros sociais e o outro a apresentação, juntamente com os sindicatos, de um pedido ao ministro competente solicitando a declaração da obrigatoriedade de participação, o artigo 85, n. 1, embora aplicável em princípio, não é infringido, uma vez que nenhum dos acordos restringe a concorrência.”

POSIÇÃO DOMINANTE

Não tem qualquer sentido afirmar que os sindicatos ou associações representativas de médicos sejam detentores de posição dominante no mercado. Aliás, no confronto entre sindicatos ou associações de trabalhadores que lutam por melhores condições de trabalho, por melhor remuneração, e os sindicatos de entidades que representam empresas que se valem da mão-de-obra desses trabalhadores, o que se pode afirmar com toda segurança é que estes últimos é que detêm poder de mercado.

Os sindicatos que reúnem Planos de Saúde e Seguradoras que oferecem serviços de saúde são detentores de enorme poder de mercado, competindo entre eles para dominar os mercados. Basta ver decisões do CADE referentes a Planos de Saúde que dominam o mercado, opondo barreiras à entrada de outros planos em determinada localidade.

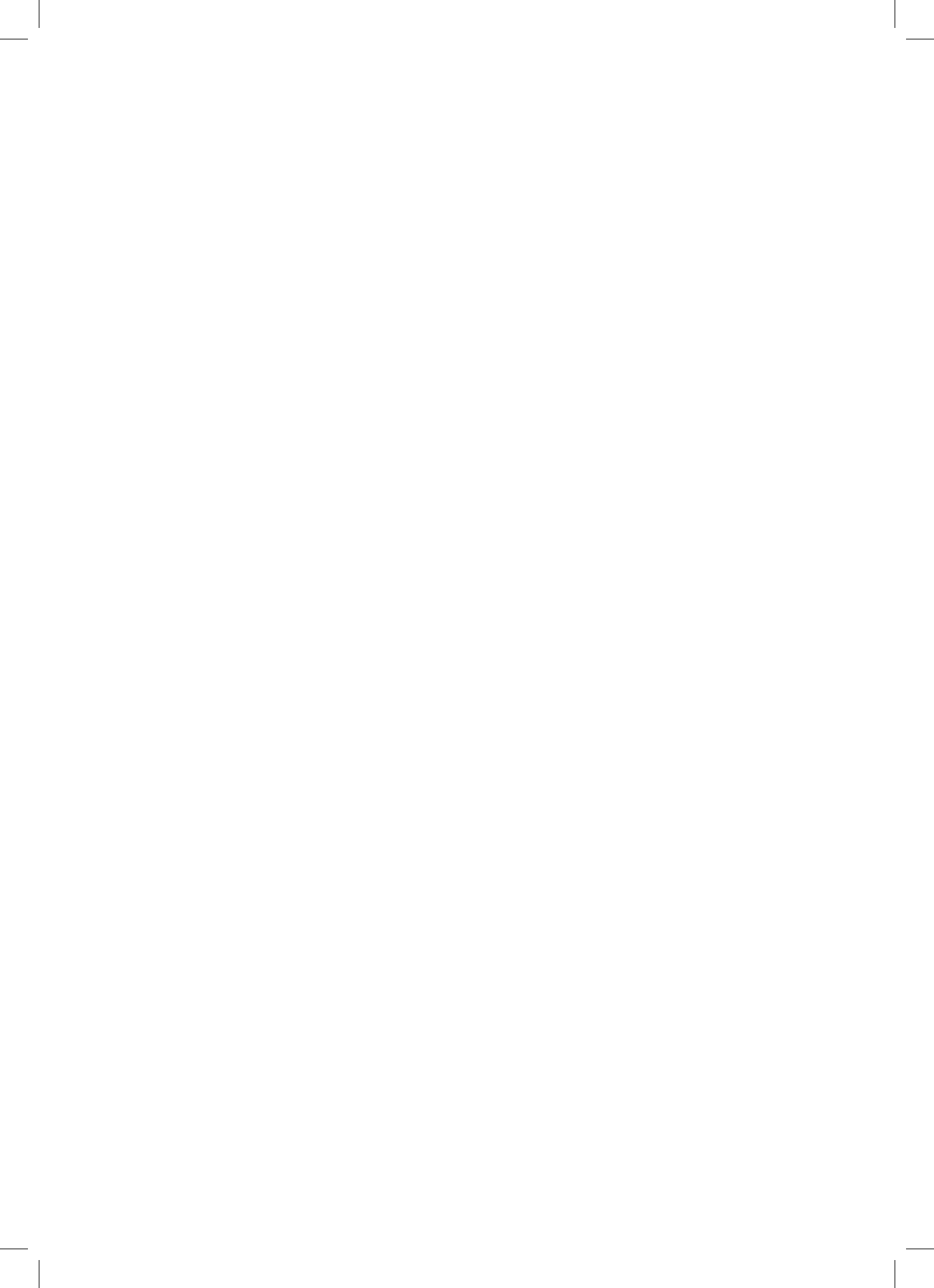
Às associações e sindicatos de trabalhadores assiste o direito, e até mesmo a obrigação decorrente de mandamento constitucional (art. 8.º, inciso VI, da Constituição Federal), de promover negociações coletivas de trabalho.

E quando tais associações, em nome de seus médicos associados, se propõem recusar-se a trabalhar para determinados planos, estão eles valendo-se de direito constitucionalmente assegurado (art. 9.º, da Constituição Federal). Sendo assim, o recusar-se a trabalhar para quem não quer participar de negociações coletivas, descumprindo o mandamento constitucional que diz ser “obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”, é um direito constitucionalmente garantido.

CONCLUSÃO

As considerações desenvolvidas nos permitem chegar a algumas conclusões, que podem ser sucintamente expostas:

1. O ordenamento jurídico brasileiro, como um sistema complexo de todas as relações jurídicas, estabelece as normas que regem o bloco de relações de trabalho e o de relações de concorrência.
2. As normas pertencentes a esses dois blocos estão numa relação de compatibilidade e de possibilidade.
3. As normas que regem as relações de trabalho convivem harmoniosamente com as que disciplinam as relações de concorrência.
4. A Constituição brasileira e a legislação infraconstitucional disciplinam as relações de trabalho, em que se inserem as normas que regem convenções coletivas destinadas a estabelecer de forma vinculante as condições de trabalho, dentre elas a remuneração.
5. No embate entre entidades representativas de trabalhadores e as que representam as empresas criam-se condições de trabalho que obrigam as partes negociadoras e seus associados.
6. A remuneração estabelecida por meio desses acordos se traduz em parâmetros remuneratórios iguais para todos os pertencentes a essas categorias.
7. A esses acordos e parâmetros salariais não se aplicam as regras próprias do contexto normativo da concorrência.
8. Daí por que se conclui que não tem qualquer sentido falar em “tabelas de honorários médicos” como tentativa de incluí-las no contexto do Direito da Concorrência, porque a ele efetivamente não pertencem, até mesmo porque não é adequado falar de “tabelas”, menos ainda de “tabelas de honorários”, e menos ainda de “tabelas de honorários médicos”, em se tratando de relações de trabalho.
9. Onde poder-se dizer que os órgãos de concorrência são absolutamente incompetentes, *ratione materiae* e *ratione personae*, para analisar a questão, obviamente, porque não se trata de questão de concorrência, nem entre concorrentes.



LIMITES NORMATIVOS DA ANÁLISE ECONÔMICA ANTITRUSTE

*Mario Luiz Possas**

1. Introdução

A Economia, como qualquer ciência, comporta divergências teóricas que abrangem tanto pressupostos básicos quanto estratégias explicativas – talvez caiba aqui a algo desgastada palavra “paradigmas” – distintas. Em comparação com as ciências “*hard*” já consolidadas, no entanto, ela apresenta pelo menos duas limitações intrínsecas: a dificuldade de encontrar protocolos consensuais de seleção e superação de teorias – *e.g.*, os testes empíricos nas ciências naturais – e a sua fraca capacidade preditiva. Não cabe aqui tentar esmiuçar as razões para tanto; é suficiente para os objetivos aqui propostos reconhecer o quanto pesam na dificuldade de utilizar a Economia em suas inúmeras e relevantes aplicações, da política econômica à análise antitruste.

Outras importantes limitações, no entanto, não remetem diretamente às insuficiências ou ambigüidades intrínsecas à ciência econômica, e sim às mediações necessárias para que esta possa ser aplicada em âmbito normativo. Essas compõem, junto com as primeiras, o objeto do presente ensaio, com foco no campo antitruste, no qual a interdisciplinaridade entre Economia e Direito é particularmente marcante e incontornável. Trata-se de identificar e discutir alguns problemas de indeterminação que afetam, com maior ou menor gravidade, a aplicação da análise econômica num contexto que, por envolver avaliações e decisões de caráter normativo sobre o mundo real, pressupõe o mínimo de ambigüidade com o máximo de previsibilidade, sujeitos à máxima transparência dos meios de avaliação e decisão (julgamento).

A próxima seção faz uma introdução às ambigüidades desses dois tipos – tanto as intrínsecas à ciência econômica como as relativas à sua aplicação normativa – que se apresentam sobre o objeto mais importante da

* Professor titular do Instituto de Economia da UFRJ e consultor na área antitruste.

análise econômica antitruste, que é a própria concorrência. A seção 3 trata de forma análoga o principal conceito normativo que a ciência econômica oferece ao campo antitruste – o de eficiência econômica –, explorando brevemente tanto alguns problemas conceituais como as indeterminações normativas que ele enseja. A seção 4 discute, de forma compacta, as limitações dos dois tipos que dificultam seriamente o uso consistente de modelos econômicos de simulação da rivalidade oligopolística, principalmente em atos de concentração. A seção 5, numa tentativa de conclusão provisória, considera alguns remédios gerais para “disciplinar” parte dessas fontes de indeterminação, sem pretensão a soluções definitivas, mas reconhecendo a grande complexidade do problema e ao mesmo tempo a inevitabilidade do uso disseminado de conceitos econômicos e de resultados de sua aplicação analítica no campo antitruste.

2. Concorrência: da ambigüidade teórica à norma possível – a “concorrência oligopolística”

Dada a inexorável dependência do campo antitruste à análise econômica, é irônico que seu principal objeto – a concorrência – seja justamente um dos mais passíveis de controvérsia na ciência econômica, e há muito tempo. O fato é que concorrência nunca foi um objeto teórico distinto da ciência econômica até, pelo menos, a intervenção do economista J. A. Schumpeter em seu clássico de 1943.¹ Neste, apresentou uma visão nada ortodoxa e mais realista da concorrência como um *processo*, em contraste com a descrição convencional – que nunca chegou a ser uma teoria² – até hoje associando concorrência com uma configuração estática de mercado

¹ SCHUMPETER, J. (1943). *Capitalism, socialism and democracy*. Londres: Allen & Unwin, especialmente caps. 7 e 8.

² Isto porque concorrência sempre foi vista no campo dominante (neoclássico) da ciência econômica como apenas uma forma estrutural de mercado, ao lado de monopólio e oligopólio, que somente diferem quanto a preços e quantidades de equilíbrio que estabelecem. A teoria propriamente dita consiste na explicação causal da oferta (teoria da produção), da demanda (teoria do consumidor) e do equilíbrio de mercado resultante, para *qualquer* dessas configurações específicas de mercado. Por outro lado, o paradigma que engloba esses elementos para a economia como um todo, hoje predominante, é o modelo de equilíbrio geral competitivo – este, sim, baseado estritamente na concorrência perfeita.

em equilíbrio, caracterizada por grande número de ofertantes e demandantes de um produto homogêneo que não têm influência no preço, por sua vez igualado ao custo marginal por produtores maximizadores de lucro a curto prazo: em suma, a concorrência “perfeita”.

Na acepção schumpeteriana de concorrência, pelo contrário, “imperfeições” são não apenas inevitáveis, mas até certo ponto *desejáveis*. Um dos resultados mais ricos da contribuição schumpeteriana é a percepção de que o *dinamismo* – tão presente e portanto tão relevante para uma teoria centrada no realismo – da economia capitalista depende em larga medida dos incentivos, na forma de lucros de monopólio (ainda que temporário), que motivam a busca pelos agentes de oportunidades de *criar* tais “imperfeições” por meio de *inovações* introduzidas com o intuito de usufruir daqueles ganhos. Os incentivos individuais, pois, estão justamente nas situações de *desequilíbrio dinâmico*, e longe das de equilíbrio estático. Logo, acompanhando Schumpeter, em um regime de liberdade de comércio e de iniciativa, como no capitalismo plenamente desenvolvido, deve ser no mínimo improvável que uma situação de equilíbrio estável – e, mais que isso, duradouro – seja uma posição teoricamente representativa de um mercado qualquer, que dirá o equilíbrio competitivo de todos os mercados – ainda que concebível analiticamente. Daí o foco da *concorrência schumpeteriana* sobre o *processo* de concorrência, e dessa forma sobre a dinâmica em detrimento da estática: não há, em princípio e até evidência em contrário (mesmo assim, somente em situações específicas), *nenhum* estado representativo desse processo, seja este de equilíbrio ou qualquer outro; e tampouco se pode sustentar em geral uma tendência predeterminada para tal processo, que por sua natureza complexa e evolucionária deve em princípio permanecer “em aberto”, mantendo-se essencialmente imprevisível e dependente das condições iniciais e da trajetória progressa.³

O contraste dessa concepção com a noção de senso comum, difundida pelo *mainstream* da ciência econômica e compartilhada pela grande maioria dos economistas, não poderia ser mais marcante. Trata-se de reconhecer que a visão tradicional, estática e equilibrada, de concorrência como ajustamento de posições descreve apenas uma parte, e a menos importante, do que ocorre nos mercados – digamos, a dimensão adaptativa ou *passiva* da

³ Para uma discussão geral do tema veja-se POSSAS, M. (2002). Concorrência schumpeteriana. In: KUPFER, D., HASENCLEVER, L. (org.) (2002). *Economia industrial. Fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, cap. 17.

concorrência. Para completar o quadro, falta o *essencial* – aquilo que gerou a posterior tentativa de adaptação por parte dos agentes individuais: sua dimensão *ativa*, caracterizada pela criação de novos produtos, processos e espaços econômicos – a inovação *lato sensu*, na acepção de Schumpeter. A inovação torna-se então a principal arma da concorrência,⁴ podendo modificar de forma substancial e irreversível o ambiente econômico de cada mercado, como resultado da busca por diferenciação e lucros monopolísticos. Os conceitos ganham assim radicalmente novos significados, tais como:

- (i) a estrutura do mercado, considerada tradicionalmente como um dado (devido ao habitual foco estático da análise), passa a ser uma *variável endógena* ao processo competitivo;
- (ii) em vista da importância atribuída à sua dimensão ativa, centrada na busca por inovação e diferenciação dos agentes, a concorrência deixa de ser caracterizada estática e morfológicamente, com base no maior ou menor número de ofertantes de um mercado em dado momento, e passa a ser definida pelo efetivo ou potencial *dinamismo* (e, como pressuposto, a rivalidade) dos participantes;
- (iii) o oligopólio, portanto, não é incompatível com a concorrência, ainda que possa criar condições mais favoráveis à colusão entre concorrentes. Na verdade, dada a necessidade de recursos para investir no esforço competitivo de diferenciação e inovação, essenciais à dimensão ativa da concorrência, pode-se afirmar em geral (como na tese schumpeteriana) que o oligopólio é em princípio *mais*, e não menos, *competitivo* do que uma situação próxima da concorrência perfeita, com grande fragmentação da oferta e baixos lucros individuais; e
- (iv) o monopólio – *sempre* temporário, em maior ou menor grau – deixa de ser “o contrário” da concorrência, devendo, inversamente, passar a ser visto como sua principal *motivação*, e o *resultado* provável de um esforço competitivo bem-sucedido.

Schumpeter tinha plena consciência da ruptura que sua teoria representava em relação ao pensamento convencional, inclusive do ponto de vista

⁴ Não implicando com isso necessariamente um grande impacto econômico: inovações tanto podem ser, nesse sentido, radicais como apenas incrementais; tudo o que importa é que modifiquem de forma irreversível algum espaço econômico, criando oportunidades de lucro.

econômico-normativo. Assim, é explícita em várias passagens sua recusa da concorrência perfeita como um ideal normativo para os mercados,⁵ conforme a tradição que emana de Pareto e dos chamados “teoremas fundamentais do bem-estar”, que relacionam biunivocamente concorrência perfeita, num contexto de equilíbrio geral competitivo dos mercados, com o ótimo de Pareto (eficiência alocativa para a economia como um todo). E, por extensão à análise de equilíbrio parcial, que o monopólio seja inferior à concorrência perfeita na medida da chamada “perda de bem-estar de peso morto” que o monopólio em tese acarreta. Isso não implica, obviamente, uma leitura simplória de que o monopólio, ou mercados mais concentrados, sejam sempre desejáveis ou preferíveis; o que a nova perspectiva propõe é o abandono, e não uma inversão de sentido, do contexto no qual os teoremas de Pareto foram formulados e suas implicações difundidas, por rejeição metodológica e teórica de suas premissas estáticas e equilibradas.

Daí à proposta de adoção de metodologia alternativa para o campo antitruste abre-se um percurso longo e difícil, por dois motivos correlatos: primeiro, ainda não foi desenvolvida adequadamente uma teoria normativa de base schumpeteriana, ou ao menos satisfatoriamente dinâmica. Segundo, mesmo que tal teoria seja desenvolvida, é intrinsecamente mais difícil lidar com situações dinâmicas e passíveis de soluções múltiplas, ambíguas ou até mesmo indeterminadas, em lugar das “soluções” simples e até certo ponto calculáveis que a teoria normativa estática tradicional, baseada na eficiência alocativa, oferece. Este aspecto é crucial, porque gera uma vantagem incontestável para a metodologia tradicional: a de proporcionar resultados e, a partir desses, *benchmarks* razoavelmente unívocos para permitir julgamentos, criação de jurisprudência e, por fim, segurança jurídica.

Tem-se aí o primeiro e fundamental exemplo do *trade-off* – para usar um termo habitual entre economistas – tão difuso no campo antitruste e que será exposto reiteradamente ao longo deste ensaio, entre qualidade e realismo científicos da teoria econômica de base *vis-à-vis* sua aplicabilidade

⁵ Por exemplo, entre várias outras, quando afirma que “a esse respeito [a geração de progresso econômico], a concorrência perfeita é não só impossível como inferior”; ao passo que, sendo ela impossível, a grande empresa não se tornaria por esse motivo um “mal necessário inseparável do progresso econômico”, mas sim constitui “(...) o mais poderoso motor daquele progresso (...)”. SCHUMPETER, J., op. cit., cap. 8, p. 106. Note-se que os critérios estáticos (alocativos) de comparação entre concorrência e monopólio estão simplesmente abolidos nesta proposição desafiadora do senso comum.

jurídica. O enfoque dinâmico em Economia é melhor, pelo maior realismo; mas dinâmica implica incerteza, um anátema para o campo jurídico e, por extensão, para os critérios de julgamento antitruste.

A próxima seção examinará as implicações dessas questões teóricas centrais sobre a concorrência para o instrumento crucial da análise e julgamento de casos antitruste – a eficiência econômica.

3. Eficiência econômica: dos problemas conceituais às restrições normativas

O conceito de eficiência econômica tem algumas variantes, em número crescente nos últimos anos, sem que isso altere o fato de que apenas uma delas – a noção de eficiência alocativa – seja considerada quase universalmente entre economistas como a única ou, no mínimo, a mais relevante, ao ponto em que eficiência econômica é implicitamente considerada sinônimo de eficiência alocativa. Assim, só para citar os casos mais conhecidos, a eficiência produtiva se reduziria à alocativa, na medida em que esta implicaria aquela: a concorrência perfeita impediria os custos de se situarem acima do mínimo que o uso eficiente da tecnologia permite. A eficiência distributiva também seria assegurada pela alocativa, ao impedir preços sistematicamente acima do custo marginal, isto é, o exercício de poder de mercado. A eficiência em custos de transação – uma noção crescentemente reconhecida no antitruste – dificilmente poderia ser considerada redutível à alocativa, mas ainda assim é tratada como exceção, da mesma forma que os custos de transação, enquanto “falhas de mercado”. Mesmo a noção de eficiência dinâmica, que poderia parecer incompatível com um paradigma estático, acaba vitimada pelo mesmo viés, quando definida como uma medida intertemporal de eficiência alocativa (valor presente de variações futuras esperadas de eficiência alocativa).⁶

Um pouco de reflexão mostra que tal reducionismo metodológico tem origem num viés teórico no mínimo questionável, na medida em que é a *concorrência perfeita* de mercados em equilíbrio geral – que envolve um conjunto de pressupostos altamente restritivos e reconhecidamente irrea-

⁶ Como em BAUMOL, W., ORDOVER, J. (1992). Antitrust: source of dynamic and static inefficiencies?. In: JORDE, T., TEECE, D. (eds.). *Antitrust, innovation and competitiveness*. N. York: Oxford University Press. Mas essa redução da dinâmica à estática comparativa felizmente não é a única abordagem dinâmica possível.

listas – que constitui a premissa central logicamente necessária (incluída entre as premissas do modelo de equilíbrio geral) como referência teórica abstrata de um “ideal normativo” contra o qual medir a eficiência alocativa. Em poucas palavras, esta última se sustenta ou cai com a sua premissa; ela só poderá ser enraizada metodologicamente como medida ideal de eficiência de mercados se a concorrência perfeita assumir o papel de modelo teórico, conforme estabelecido biunivocamente pelos mencionados teoremas fundamentais do bem-estar derivados de Pareto. Sem que seja possível ou necessário detalhar aqui as razões para rejeitar a concorrência perfeita como candidata a esse suposto ideal *teórico* de concorrência – em parte já indicadas pelos argumentos schumpeterianos sucintamente referidos na seção anterior –, basta observar que, uma vez afastada essa pretensa norma concorrencial, as supostas “imperfeições” e “falhas” de mercado, como designadas no jargão convencional, passam a ser percebidas pelo que de fato são: traços *característicos, e não anômalos*, da vida econômica cotidiana no capitalismo, que só são designados como desvios da norma *por definição* – tautológica, portanto – da própria norma!⁷ Com isso, os demais fatores causais geradores de eficiência recuperam seu espaço e deixam de estar subordinados, por definição, à eficiência alocativa.

Uma vez removida a causa do aparente impasse normativo, torna-se particularmente interessante resgatar a noção de eficiência dinâmica, certamente mais realista nas premissas e, portanto, a depender da sua especificação analítica, com potencial de aproveitamento de melhor qualidade teórica nas aplicações normativas. Além da definição estática-comparativa já mencionada, de aplicação óbvia e muito pouco dinâmica, há um espaço importante, mas ainda pouco explorado, para incorporar elementos qualitativos na análise, especialmente os associados a inovações de processos e produtos. Nessa linha, uma possibilidade é a noção de eficiência *seletiva*,⁸ baseada na interpretação *evolucionária* do enfoque schumpeteriano,⁹ segundo a qual o

⁷ Quando praticamente todas as situações do mundo real se apresentam como “imperfeições” ou “falhas” em relação ao modelo ideal, parece sensato suspeitar que o problema é do modelo, e não do mundo real...

⁸ Sugerida em POSSAS, M. (2004). Eficiência seletiva: uma perspectiva neo-schumpeteriana evolucionária sobre questões econômicas normativas, *Revista de Economia Política*, 24(1), jan.-mar.

⁹ Ver NELSON, R., WINTER, S. (1982). *An evolutionary theory of economic change*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, em especial caps. 1 e 2.

processo competitivo pode ser analisado em analogia com a seleção natural, em que o mercado representa o *locus* da seleção de produtos, processos, rotinas e organizações na evolução econômica. Se essa é a função principal do mercado na economia capitalista – veicular e estimular o progresso, mais do que supostamente otimizar uma alocação estática de recursos –, seu desempenho – que por hipótese um indicador de eficiência tenta medir – deveria logicamente ser avaliado pelo grau em que realiza adequadamente tal objetivo. Em outras palavras, o mercado deve ser avaliado pelo que, bem ou mal, é capaz de fazer, e não pelo que se imagina, a partir de premissas não realistas, que ele deveria fazer.

Neste ponto surge de novo o *trade-off* apontado ao final da seção anterior: se a dinâmica da concorrência, num contexto de incerteza intrínseca como o das economias capitalistas, gera indeterminações, os eventuais benefícios alegados ou esperados decorrentes de inovações – que envolvem incerteza em grau máximo dentre os eventos econômicos – *a fortiori* estarão sujeitos a dúvidas razoáveis e tornarão relativamente fluidos os critérios de prova adotados. A prudência sugere recuar, pelo menos até que essas questões venham a ser oportunamente aprofundadas, para uma posição mais conservadora e verificar o que é possível fazer para aperfeiçoar a aplicação do paradigma existente para a análise dos *trade-offs* de eficiência estática no campo antitruste.

Mesmo passando a abstrair as críticas externas, cabe reconhecer, num balanço sucinto, que a aplicação antitruste dos critérios de eficiência alocativa comporta ao menos os seguintes problemas internos de fundo:¹⁰ (i) as dificuldades (hipóteses restritivas) na passagem do âmbito da economia como um todo (o “equilíbrio geral”, no qual são formulados os teoremas do bem-estar) para mercados específicos (“equilíbrio parcial”); (ii) a não-comparabilidade em termos de Pareto da quase totalidade das situações estruturais envolvidas em análise de configurações distintas de um mesmo mercado; e (iii) devido a esse último aspecto, a necessidade incontornável de enfrentar, com metodologia distinta e específica, as questões distributivas. Deixando de lado o primeiro ponto, de cunho mais teórico, e aceitando provisoriamente as simplificações que ela requer, os dois pontos seguintes, correlacionados entre si, passam a ser cruciais.

¹⁰ Para uma discussão mais detalhada ver POSSAS, M., op. cit., seção 2.

No que se refere à comparabilidade em termos de Pareto entre duas ou mais situações de um mesmo mercado, trata-se de um pressuposto metodológico indispensável para a esmagadora maioria das aplicações normativas do conceito de eficiência alocativa no campo antitruste, e por isso considerá-la com seriedade é absolutamente prioritário. A questão, em resumo, é a seguinte: suponhamos, inicialmente, que o primeiro ponto acima seja considerado sanado – isto é, em síntese, que a diferença em termos de excedente total entre duas configurações A e B do mesmo mercado seja uma boa *proxy* de sua contribuição à eficiência alocativa da economia como um todo, e por extensão do bem-estar social (econômico) a ela associado. Posto isto, duas configurações de mercado quaisquer, A e B, serão ordenáveis em termos de eficiência alocativa se e somente se forem comparáveis em termos de Pareto – o que implica, por definição, que entre as duas não ocorra que a utilidade de alguém aumente enquanto a de outrem diminui. Neste caso, em que ocorre implicitamente alguma transferência de renda entre agentes, simplesmente não se pode aplicar o critério normativo de Pareto, porque preferências sociais construídas sob aquele critério em relação às configurações sob análise não podem ser ordenadas; em concreto, não se pode afirmar que A é socialmente preferível a B, ou vice-versa, ou até mesmo que A e B sejam socialmente indiferentes entre si – simplesmente nada se pode afirmar, e a robustez do critério metodológico de Pareto torna-se inútil. Desnecessário lembrar que, infelizmente, a esmagadora maioria das situações que precisam ser comparadas no mundo real envolvem alguma transferência de renda, e portanto não são comparáveis em Pareto.

Desde há muito (os anos 1930) os economistas propuseram uma alternativa para contornar esse problema – mesmo porque ele não tem solução –, que consiste na noção de eficiência alocativa (ou de Pareto) “potencial”: supõe-se que o conceito seja aplicado na forma usual – comparando os excedentes totais nas situações A e B –, apenas com a ressalva de que os agentes eventualmente beneficiados pela transição possam ressarcir os perdedores por meio de uma transferência direta “compensatória” de renda (*lump sum*), possivelmente por impostos e transferências públicas, sem interferir no sistema de preços relativos. Como, por hipótese do próprio critério, não é necessário que tal transferência se dê efetivamente para defini-lo, ela permanece estritamente “potencial” nas aplicações concretas.¹¹ Contudo, mes-

¹¹ Este conceito também é conhecido como critério de eficiência de Kaldor-Hicks. Para uma discussão simples e acessível, ver HOVENKAMP, H. (2005). *Federal antitrust*

mo que se aceitasse essa adaptação, ela apresenta ambigüidades sérias que tornam seu uso problemático.¹² Mas, o que a meu ver é ainda mais grave, é essencial admitir que ela efetivamente viola o critério metodológico da comparabilidade de Pareto, cuja principal fonte de interesse sempre esteve em permitir abstrair questões relativas à distribuição de renda, que poderiam continuar a ser tratadas – se tanto – separadamente. O fato é que a grande maioria dos economistas gostaria que isso fosse possível, para evitar entrar num terreno muito complexo, sobre o qual têm muito pouco a dizer.¹³

As teorias de bem-estar subseqüentes passaram a supor funções de bem-estar social que operam sobre as utilidades individuais, em que estas são geralmente introduzidas de forma ponderada, com isso obviamente violando de forma explícita e definitiva a metodologia de Pareto – ao menos nos trechos da função em que as preferências sociais não são comparáveis por aquele critério. Este tipo de enfoque tem pelo menos a vantagem de explicitar aquilo que a noção de eficiência alocativa “potencial” deixava implícito ou subjacente: a necessidade incontornável, em qualquer análise séria de bem-estar, de considerar a distribuição de renda e efetuar sobre ela juízos de valor. Em contrapartida, não oferece nenhum roteiro teórico, por mais incipiente, para a questão essencial de quais critérios distributivos utilizar, e por que motivos. A problemática da distribuição de renda é remetida para fatores exógenos ou, alternativamente, à pura subjetividade das propostas

policy. 2. ed. St. Paul, Minn.: West Publ. Co., p. 75.

¹² Ver a respeito FAGUNDES, J. (2003). *Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste, tese de doutoramento*. Rio de Janeiro: IE/UFRJ (mimeo.), cap. 3, p. 98 e ss.

¹³ Chega a ser surpreendente como economistas competentes são capazes de banalizar uma questão dessa importância com afirmações superficiais, que não se tornam mais verdadeiras por serem repetidas como mantras em livros de texto. Por exemplo, a seguinte tautologia de um trecho introdutório em recente manual de economia antitruste, de resto excelente: a distribuição de renda entre produtores e consumidores estaria ausente dessa definição de bem-estar, centrada apenas no excedente total, “(...) não porque os economistas achem que seja um assunto irrelevante, mas porque é um assunto diferente. (...) A medida de bem-estar é uma medida sintética de quão eficiente é uma dada indústria, e não de quão igual ou desigualmente a renda é distribuída, o que pode ser tratado por outras medidas” (MOTTA, M. (2004). *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, p. 18).

de política.¹⁴ Em suma, a distribuição não se candidatou até hoje a constituir um objeto consistente no campo normativo da análise econômica.¹⁵

Mas o antitruste precisa dar respostas normativas, se possível manejáveis operacionalmente, e em particular aplicar a regra da razão sobre alguma noção de eficiência *proxy* de contribuição ao bem-estar social, sem poder esperar que a ciência econômica avance muito mais na incorporação da distribuição pela ótica da equidade (e, idealmente, num enfoque dinâmico) – o que pode levar décadas, até pelo desinteresse do *mainstream* no tema. Como escolher, então, entre os conceitos de excedente? Focalizar apenas o excedente total, como no modelo tradicional de Williamson,¹⁶ acompanhando a escola de Chicago, ou levar em conta o excedente do consumidor? Ou até mesmo centrar-se inteiramente neste último, como no modelo de *price standard*?¹⁷ Não há para isso nenhuma resposta “técnica”, baseada na ciência econômica, nem mesmo alguma pista que permita afastar-se da subjetividade. Por um lado, a adoção do critério de Williamson implica violar o princípio da comparabilidade de Pareto, como já discutido antes, e ignorar os efeitos de transferência de renda de consumidores para produtores. Para efeitos práticos, pode-se considerar que equivale a adotar implicitamente

¹⁴ Para uma síntese, ver FAGUNDES, J., op. cit., seção 3.3.

¹⁵ Uma exceção de destaque, entre poucas outras, é a obra de Amartya Sen acerca do tema da equidade e da escolha social. Ver a respeito, por exemplo, SEN, A. (1999). The possibility of social choice, *American Economic Review*, v. 89(3), jun. Para uma abordagem menos técnica e mais ampla, SEN, A. (1999a). *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001, especialmente cap. 11.

¹⁶ Como é de conhecimento geral, o critério consiste em admitir atos (ou condutas) cujos efeitos anticompetitivos se traduzam em perda de bem-estar “de peso morto” plenamente compensada por ganho de eficiência (redução de custos marginais), de forma a não reduzir o excedente total: WILLIAMSON, O. (1968). Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs, *American Economic Review*, v. 66, set.

¹⁷ Discutido em FISHER, A., JOHNSON, F., LANDE, R. (1989). Price effects of horizontal mergers, *California Law Review*, 77 (4), e amplamente difundido desde então. É uma aplicação específica do *trade off* de Williamson na qual a redução de custos marginais seja grande o suficiente para que o preço se mantenha inalterado mesmo que o ato em questão gere aumento de poder de mercado. A situação-limite mais conhecida é aquela em que o mercado passe a ter um preço de monopólio (isto é, um monopolista maximizador de lucros não teria incentivo para aumentá-lo), seja por sua monopolização, seja por uma colusão que produza o mesmo efeito.

uma função de bem-estar social que pondere essas duas categorias de agentes econômicos com o mesmo peso.¹⁸

Por outro lado, o *price standard* não é “a” alternativa; nem mesmo é uma alternativa claramente superior por critérios objetivos. Ele é apenas um caso particular, extremado, no *continuum* de possibilidades oferecidas a partir do *trade-off* de Williamson,¹⁹ em que os custos marginais baixassem tanto em função dos ganhos de eficiência que o preço não precisaria aumentar mesmo na hipótese de que o poder de mercado aumentasse – no limite, até o nível de monopólio. Tudo o que ele permite, do ângulo metodológico, é preservar incólume o critério de Pareto ao evitar transferências de renda de consumidores a produtores, já que o excedente do consumidor por hipótese permaneceria inalterado, enquanto o excedente total (apropriado inteiramente pelo produtor) teria de aumentar substancialmente. Mas essa *não* é uma solução supostamente ótima para um problema do mundo real – das empresas, do interesse público ou dos tribunais da concorrência –, e sim para um problema dos economistas ou da ciência econômica, que, por não ter meios de avaliar objetivamente situações em que ocorrem transferências de renda – isto é, não possuir alguma teoria normativa da distribuição –, simplesmente prefere não ser obrigado a lidar com elas...²⁰ Exatamente por ser uma solução extrema

¹⁸ A freqüente alegação de que produtores na verdade são acionistas, e estes também são consumidores, é falaciosa: a maioria dos consumidores não é acionista, e nada permite supor que em cada caso concreto nem mesmo exista uma interseção relevante entre os dois conjuntos.

¹⁹ Este parece ser basicamente o intuito de FISHER *et alii* (1989), op. cit., p. 779-781, ao apresentá-lo mais como uma possibilidade – até então desconsiderada – de definir no contexto do referido *trade off* um critério operacional (“workable”) alternativo, voltado à preservação do excedente do consumidor, em lugar de preservar apenas o excedente total – conforme a posição, então dominante, da escola de Chicago.

²⁰ O *price standard* é defendido por FAGUNDES, J. (2003), op. cit., p. 177 e ss., em nome de privilegiar a renda real dos consumidores, como uma restrição imposta ao princípio da busca de eficiência econômica que deve nortear as decisões dos órgãos antitruste, porém sem ignorar a distribuição de renda. Mas há um paradoxo nisso: concordando em que a distribuição de renda entre as partes envolvidas (consumidores e produtores) *deve* ser levada em conta, por que fixar-se justamente na posição extrema – o *price standard* – em que uma das partes *não* é afetada, por não haver nenhuma transferência (absoluta) de renda? Em tese, qualquer posição intermediária entre os dois extremos – a preservação do excedente total (Williamson) e a preservação do excedente do consumidor (*price standard*) – implica justamente considerar, sim, a distribuição, e privilegiar em alguma medida o consumidor, em-

de um espectro contínuo de possibilidades de *trade-off* distributivo, tende a impor níveis de ganhos de eficiência bem mais elevados como condição de aprovação de atos de concentração. No caso extremo em que se supõe que o poder de mercado vá aumentar até o nível de monopólio (por monopolição ou colusão) como resultado do ato de concentração – conforme tem sido freqüentemente considerado no Brasil –, embora seja uma premissa operacionalmente mais simples (por dispensar hipóteses comportamentais *ad hoc* típicas de oligopólio), os níveis teóricos de redução de custos compensatórios atingem valores extremamente altos, dificilmente alcançáveis na prática,²¹ tornando o próprio princípio das eficiências compensatórias letra morta e candidatando-se a jamais se firmar plenamente como jurisprudência nas principais jurisdições.

Qualquer tentativa, mesmo provisória, de oferecer aqui uma proposta precisa seria, mais que pretensiosa, incoerente, tendo em vista que as principais conclusões a que a argumentação anterior permite chegar são que (i) a distribuição de renda *deve* ser explicitamente considerada junto com ganhos de eficiência, não apenas por imposições éticas e de equidade (que não foram aqui discutidas), mas especialmente porque *não é possível evitá-lo* do ponto de vista da análise econômica normativa; *entretanto*, que (ii) esta mesma análise *não* oferece instrumentos teoricamente gerais, menos ainda suficientes do ponto de vista de uma aplicação jurídica operacional, para se decidir que tipo de impacto distributivo seria socialmente desejável – v.g. que pesos adotar, e por quê, em cada circunstância, entre consumidores e produtores.

pregando implicitamente uma função de bem-estar social com peso progressivamente maior para os consumidores que para os produtores (uma sugestão nesse sentido encontra-se, por exemplo, em SCHUARTZ, L. (2006), Haverá lugar digno para o “jurídico” na teoria e prática do direito antitruste?, *Revista do IBRAC*, 13 (2), p. 160. A referência feita pelo autor na mesma tese (p. 178 e ss.) à lei brasileira 8.884/94, art. 54, destaca corretamente que o inciso II do § 1.º consagra um critério distributivo ao impor a *distribuição* de benefícios de um ato entre as partes de um mercado para a sua aprovação, mas não se dá conta de que, *por isso mesmo*, o critério do *price standard* não é validado por esse artigo da lei, já que, por hipótese, ele assegura apenas preservar a renda do consumidor, enquanto permite ao produtor apropriar-se da *totalidade* dos ganhos de eficiência.

²¹ FISHER, A. *et alii* (1989), op. cit., simulando a passagem do poder de mercado desde o nível competitivo até o monopólio (máximo preço de colusão) para diversos valores de elasticidade-preço da demanda, obtiveram reduções requeridas de custos de ordens de grandeza tão altas quanto de 10 a 50% (p. 807).

Uma alternativa interessante, à qual as principais jurisdições têm frequentemente recorrido em vários contextos de análise antitruste, é a de definir patamares de segurança – os “*safe harbors*” (“portos seguros”) – que, sem resolver todos os casos, possam dar conta satisfatoriamente da grande maioria a um custo e tempo comparativamente muito menores. No caso do *trade-off* entre poder de mercado e eficiência, o problema, como visto, é bem mais do que operacional – como seria a extensão da análise envolvida num enfoque de aplicação caso a caso da regra da razão –, mas a própria *ausência* de um critério que se imponha teoricamente de forma não ambígua. Nos casos realmente problemáticos – aqueles atos de concentração em que um elevado potencial de incremento de poder de mercado seja acompanhado *também* de elevados ganhos de eficiência –, a aplicação caso a caso da regra da razão pode perfeitamente converter-se num “pesadelo litigante”.²²

No entanto, que “porto seguro” usar? A própria indeterminação teórica dificulta muito, senão inviabiliza, uma definição “segura”. Dependendo das premissas adotadas, os patamares de redução de custo marginal aceitáveis como suficientes para contrabalançar o incremento de poder de mercado da maioria dos atos de concentração poderiam variar do intervalo de 1-2% (com base no modelo de Williamson, para aumentos de preço esperados de 10%) ao de 0-9% (no caso de oligopólio não colusivo, sob o *price standard*, para o mesmo nível de aumento de preço) ou até, como já comentado, aos níveis extremos de 10-50% (monopólio ou oligopólio colusivo, *price standard*).²³ Em síntese, uma escolha dentro dessa extraordinariamente ampla gama de resultados depende criticamente não apenas do critério normativo (excedente total, do consumidor ou um *mix* de ambos) adotado para o *trade-off*, como em grau ainda superior da probabilidade maior ou menor de colusão como resultado do ato em exame, em que os ganhos de eficiência compensatórios, como visto, precisam crescer acentuadamente na presença de colusão.

Aparentemente, um caminho para contornar essas indeterminações seria aumentar o grau de precisão da análise econômica, introduzindo explicitamente modelos de oligopólio na análise (os quais na verdade já estariam sendo considerados implicitamente, em alguma medida, em qualquer caso), o que foi feito em escala crescente desde os anos 90 nos EUA e mais recentemente no Brasil. Infelizmente, como veremos na próxima seção, essa tampouco é uma solução satisfatória.

²² FISHER, A. *et alii*, op. cit., p. 815.

²³ *Ibidem*, p. 816.

4. Limites ao uso normativo de modelos de simulação da rivalidade oligopolística

A tradição de análise econômica antitruste é fortemente influenciada pela disciplina de Organização Industrial, e dentro dessa, especialmente pelo “paradigma”, ou mais exatamente o modelo heurístico, conhecido como estrutura-conduta-desempenho (*performance*) – E-C-D – que sintetiza a posição estruturalista que foi hegemônica tanto nesta disciplina como no campo antitruste (no qual em parte ainda é) até os anos 80. Em síntese, ele supõe que os elementos estruturais de um mercado (o produto e sua demanda, escala, tecnologia) são suficientemente dominantes para condicionar a conduta da firmas (estratégias de produção, preço, expansão) e seu desempenho (margens preço/custo, taxas de lucro, crescimento).²⁴

Dentre os desafios a esse enfoque que então se manifestaram no terreno econômico destacam-se dois: a incorporação de inovações, que modificam endogenamente a estrutura, e os graus de liberdade que, mormente em mercados oligopolísticos, se apresentam para o comportamento estratégico. Este último aspecto tornou-se decisivo no contexto da Economia Industrial por permitir introduzir elementos de interação estratégica no núcleo da análise de mercados, notadamente oligopólios, e especialmente fazendo uso de resultados da teoria dos jogos, o que além do mais facilitou reaproximá-la do *mainstream* da ciência econômica pelo uso de conceitos como equilíbrio de Nash e maximização de *payoffs* (ou lucros, no caso de empresas). É nesse contexto que modelos antigos de duopólio e oligopólio, como os de Cournot e Bertrand, entre outros, voltaram a ocupar espaço de relevo na análise microeconômica de mercados, agora modernizados pela sua reinterpretação com base naqueles conceitos de teoria dos jogos.

No campo antitruste o estruturalismo e seu modelo heurístico de base, o E-C-D, até hoje têm influência predominante. Entre muitas outras instâncias, vale citar as medidas de *market share* e de concentração de mercado (*e.g.* HHI) que precedem qualquer análise antitruste e a consideração com destaque da existência e nível das barreiras à entrada para avaliar a viabilidade de exercício de poder de mercado. Isso se deve não apenas à inércia natural nesse campo em incorporar novos ingredientes de análise econômica, mas também, talvez principalmente, à necessidade de contar com resultados

²⁴ Ver p. ex. CARLTON, D., PERLOFF, J. (2000). *Modern industrial organization*. 3. ed. Reading, Mass.: Addison-Wesley, cap. 8, p. 238-259.

menos ambíguos do que aqueles que dependem de premissas comportamentais dos agentes – como ocorre, inexoravelmente, em modelos de oligopólio baseados explicitamente em interação estratégica.

A partir do início dos anos 90 surgem sinais de mudança nesse quadro, com propostas incipientes de utilização de modelos de simulação de rivalidade oligopolística, que exploram os modelos tradicionais revisitados analiticamente pela teoria dos jogos, para análise de fusões; primeiro com a publicação do artigo de Farrell e Shapiro utilizando Cournot, em seguida Werden e Froeb, dos próprios órgãos antitruste dos EUA (DoJ e FTC), empregando o modelo de Bertrand, o que veio a se tornar habitual desde então.²⁵ A intenção é estimar a nova posição de equilíbrio (em preços e quantidades) que o mercado viria a atingir, pós-fusão, de forma a avaliar os riscos anticompetitivos que ela poderia provocar caso aprovada; e, se for o caso, confrontá-los com eventuais ganhos de eficiência esperados, conforme o *trade-off* de Williamson ou equivalente.

Em síntese, esses exercícios de simulação comparam duas situações estáticas de equilíbrio, antes e depois da operação, com base em alguns pressupostos simplificadores, em especial que preços e quantidades pré-fusão também sejam de equilíbrio e que ambos os equilíbrios, formalmente equilíbrios não-cooperativos de Nash,²⁶ sejam de Bertrand (concorrência em preços, quantidades determinadas endogenamente), de forma a comportar a situação mais usual de produtos não-homogêneos e preços diferenciados.²⁷ Mas a premissa a meu ver crucial – a ser questionada adiante, numa crítica

²⁵ FARRELL, J., SHAPIRO, C. (1990). Horizontal mergers: an equilibrium analysis, *American Economic Review*, 80. WERDEN, J., FROEB, L. (1994). The effects of merger in differentiated products industries: logit demand and merger policy, *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 10.

²⁶ Tal que cada empresa maximiza seu lucro esperado considerando que as demais também o farão.

²⁷ Para uma descrição formal sucinta, veja-se GUERRIERO, I. (2008). *Modelos de simulação na análise antitruste: teoria e aplicação ao caso Nestlé-Garoto*. Rio de Janeiro: IE/UFRJ, dissertação de mestrado (mimeo.), p. 42-45. Uma formalização detalhada do modelo de Bertrand nessa aplicação encontra-se em WERDEN, J., FROEB, L. (2006). Unilateral competitive effects of horizontal mergers. In: BUCCIROSSI, P. (2006). *Handbook of antitrust economics*. Harvard, Mass.: MIT Press. Para uma detalhada apresentação formal e discussão fortemente crítica desse tipo de modelo veja-se PIONER, H., PINHEIRO, M. (2005). *Análise quantitativa de fusões*. Brasília: Convênio IPEA/SDE, Estudo I.3.

“externa” ou metodológica a esses modelos – é a de abstração deliberada de efeitos *coordenados* anticompetitivos da fusão, ao concentrar-se exclusivamente nos possíveis efeitos *unilaterais* das firmas fusionadas e suas rivais; como se a possibilidade de que a operação eleve a probabilidade de colusão devesse ser sistematicamente descartada.

Consideremos inicialmente os benefícios e limitações “internas” desses exercícios de simulação. Como em qualquer instrumento analítico, especialmente quando se trata de análise necessariamente simplificada para viabilizar tomada de decisão judicial (ou equivalente) – diferentemente de uma pesquisa acadêmica –, as simplificações geram vantagens e desvantagens. Obviamente o problema nunca é esse (a existência de desvantagens), e sim a dosagem ou o balanço entre esses dois tipos de efeito. Quanto às vantagens, é inegável que modelos de simulação desse tipo – Bertrand com bens diferenciados – facilitam a tomada de decisão, e isso é bastante decantado por seus adeptos, já que (i) suas premissas são simples e razoavelmente gerais; (ii) os modelos são bem-conhecidos entre economistas; (iii) a necessidade de dados não é muito exigente; e (iv) como consequência, a quantificação de efeitos – inclusive *trade-off* de eficiência – que resultam do modelo é relativamente confiável.

Vejamos por partes: (i) adota-se Bertrand, como visto, de forma a tratar o preço como variável estratégica, mas com bens diferenciados (por simplicidade, um produto por empresa), o que em geral agrega realismo duplamente em relação a Cournot. O modelo supõe maximização de lucros de curto prazo antes e depois da fusão, o que simplifica a análise e gera um equilíbrio pós-fusão unívoco, fácil de determinar e replicar sob diferentes premissas ou parâmetros (nisso consiste a “simulação”); (ii) ambos os modelos citados são muito conhecidos entre economistas, na sua formulação moderna com equilíbrio de Nash, o que facilita sua difusão e uso como ferramenta confiável e pouco sujeita a distorções ou ambigüidades. Embora modelos mais complexos possam ser usados e quase sempre permitam análise mais sofisticada, sua maior variedade de premissas abriria mais espaço para controvérsias, tornando difícil alcançar o mesmo grau amplo de aceitação requerido pela aplicação antitruste; (iii) são essenciais apenas dados sobre preços e quantidades iniciais e elasticidades-preço (cruzadas e próprias) da demanda, sendo os custos marginais – sempre difíceis de obter diretamente das empresas – determinados endogenamente pelo suposto equilíbrio de maximização de lucros inicial do mercado. Ademais, a delimitação do mercado relevante até certo ponto também resultará endógena; e (iv) os efeitos

são relativamente simples de calcular e reproduzir, inclusive para diferentes hipóteses de simulação, de modo inclusive a testar a sensibilidade dos resultados aos parâmetros ou premissas. Além disso, supondo redução de custos marginais como resultado de uma fusão, a magnitude desta requerida para compensar efeitos anticompetitivos – ou no *price standard*, de forma ainda mais simples, para que o preço final ou o excedente do consumidor não se altere – poderia ser facilmente calculada.

Mas cada benefício tem sua contrapartida em desvantagem: (i) a simplicidade do modelo é provavelmente excessiva, na maioria dos casos, para que seus resultados sejam aceitáveis como referência suficientemente sólida para uma decisão que gera efeitos com força legal, menos ainda para torná-lo um *benchmark* a ser adotado pelas agências de concorrência em fusões e aquisições. Equilíbrios com maximização de lucros de curto prazo só têm o (discutível) benefício de simplicidade, mas um debate teórico e empírico ancestral e ponderável em Economia Industrial já o rejeitou firmemente como supostamente “a” expressão de comportamento estratégico racional de empresas²⁸ que não operam em concorrência perfeita, mas sim em oligopólio e num nível de abstração menos estático e rarefeito;²⁹ (ii) esses modelos (Cournot e Bertrand) são mais bem conhecidos pelos economistas apenas porque são muito simples e por isso são ensinados em cursos de graduação, e não por serem melhores. É no mínimo questionável o realismo de resultados, como nessa versão de Bertrand, que supõem – além das premissas que acabaram de ser criticadas – preços sujeitos a diferenciação, mas não as respectivas quantidades (tratadas como endógenas);³⁰ e principalmente *sem que* a própria diferenciação dos produtos seja uma *variável estratégica*.³¹ O ponto a ser sublinhado não é que se pretenda aqui sugerir como sofisticar esses modelos, mas sim questionar sua pretensão de que realize um “bom”

²⁸ Ou menos ainda, como gostam de dizer com arrogância alguns economistas *mainstream* da área antitruste, como um “resultado” da própria “teoria econômica”.

²⁹ O debate é amplo demais para ser resumido aqui. Para uma boa reconstituição, veja-se o clássico SCHERER, F., ROSS, D. (1990). *Industrial market structure and economic performance*. 3. ed. Boston: Houghton Mifflin, cap. 10.

³⁰ Como se não existissem capacidade instalada e custos fixos unitários decrescentes com sua utilização.

³¹ Isso se deve à hipótese de que as elasticidades (cruzadas e próprias) são dadas e se mantêm inalteradas na simulação; como se a substituíbilidade entre produtos fosse um fenômeno “natural” e não um resultado de esforço estratégico deliberado de diferenciação.

trade-off entre simplicidade e realismo; (iii) a alegada desnecessidade de conhecimento dos custos marginais iniciais decorre estritamente, do ponto de vista teórico, da hipótese de equilíbrio com maximização de lucros a curto prazo, de forma que se sustenta ou cai com esta. Além disso, em termos empíricos, como a estimação econométrica das elasticidades-preço da demanda depende fortemente da forma funcional atribuída à demanda, esta acaba influenciando na determinação endógena (não estimada empiricamente) dos custos marginais.³² Quanto ao mercado relevante, para a grande maioria das aplicações sua delimitação será de qualquer forma necessária, até para selecionar os produtos e segmentos que serão objeto de análise; e (iv) em função de tudo o que precede, os benefícios de simplicidade e confiabilidade dos resultados ficam prejudicados. Em particular, devido ao item anterior, a estimação da redução compensatória de custos necessária para aprovar uma fusão volta a ser complexa, requerendo estimação empírica independente da função de custos e/ou da de demanda, esvaziando esse suposto benefício do modelo.

Entretanto, como assinalado, a crítica fundamental a esse tipo de exercício é, a meu ver, metodológica, isto é, à premissa de *ausência de colusão*, tanto antes como *especialmente* depois da fusão. Modelos de oligopólio do tipo Cournot e Bertrand, embora comportem interação estratégica (pelo que podem ser objeto de análise com base no equilíbrio de Nash), *por hipótese* ignoram a possibilidade de comportamento colusivo. Isso só não configura um “passo atrás” da teoria porque, afinal, eles foram pioneiros no tema, de meados a final do século XVIII... quando ainda crescia a preocupação com cartéis e trustes. Mas vale lembrar que E. Chamberlin, um dos introdutores da concorrência monopolística ou imperfeita na teoria microeconômica, já em 1929 considerava pouco plausível que um mercado de poucos ofertantes (oligopólio) comportando-se racionalmente com produto relativamente homogêneo, dada a sua óbvia interdependência, viesse a praticar preços muito abaixo do nível de monopólio, por maximização conjunta de lucros. É claro que as condições suficientes para tal não são tão simples, e a literatura posterior as dissecou; mas o ponto aqui é, por assim dizer, o “ônus da prova”: *algum* grau – ainda que não máximo, permanente ou deliberado – de colusão é de esperar *em princípio* por parte de empresas que atuam em oligopólio, e qualquer alegação em contrário precisaria ser muito bem fundamentada, notadamente quando se trata de atender ao interesse público. Desnecessário

³² Ver a respeito PIONER, H., PINHEIRO, M., op. cit., seção 2.2.

dizer que é justamente *o contrário* o que se verifica na difusão precipitada dos modelos de tipo Bertrand e Cournot na economia antitruste.

Assim, é essencial deslocar o foco metodológico da análise de fusões para incorporar como premissa geral a possibilidade de colusão, antes e – principalmente – *depois* de um ato de concentração, diante da maior probabilidade de colusão que se segue a ele, em particular quando o número de competidores é pequeno e um dos fusionados tem chance de ser um “*maverick*”. Em contrapartida, o uso de modelos baseados em efeitos estritamente unilaterais (sem coordenação) deveria ser restringido a casos particulares bem justificados. Por isso mesmo, é preciso aprofundar analiticamente, inclusive em termos quantitativos, a abordagem dos efeitos coordenados de fusões e aquisições, que têm sido deixados indevidamente em segundo plano em função do foco quase exclusivo posto na modelagem dos efeitos unilaterais.³³

A literatura econômica enumera um extenso conjunto de condições favoráveis (ou desfavoráveis) à colusão (coordenação), bem como de mecanismos ou procedimentos que a facilitam. Quanto às condições favoráveis, destacam-se, além do pequeno número de participantes do mercado, a maior homogeneidade dos produtos e das funções de custo, o baixo peso dos custos fixos, a inelasticidade da demanda e um maior nível das barreiras à entrada.³⁴ Quanto aos mecanismos facilitadores, à parte a coordenação explícita em torno de preços e *market shares* que caracteriza o cartel, os principais procedimentos que favorecem a colusão em sentido amplo ou tácito (ou ainda “paralelismo consciente”) são a liderança de preços e a adoção de preços focais.³⁵ Um enfoque menos descritivo e mais sistemático sobre o tema, por outro lado, já ganhou ampla aceitação: centra-se na ambivalência entre os incentivos de manter a colusão ou rompê-la por cortes de preços, e que pode ser resumido na tríade “C-D-P”: coordenação (consenso sobre

³³ Veja-se, essencialmente no mesmo sentido, COLEMAN, M., SCHEFFMAN, D. (2003). Quantitative analysis of potential anticompetitive effects from a merger. Washington, DC: FTC. Disponível no *site* <http://www.ftc.gov/be>. O artigo apresenta um importante detalhamento analítico de itens que devem compor uma *check list* de fatores que favorecem uma colusão, ou exercício coordenado de poder de mercado.

³⁴ Ver por exemplo CARLTON, D., PERLOFF, J., op. cit., cap. 5.

³⁵ A respeito, ver SCHERER, F., ROSS, D., op. cit., caps. 7 e 8. A noção de preço focal será definida adiante.

níveis de preço etc.) – detecção (de desvios) – punição (com custos que devem ser menores que os benefícios da colusão).³⁶ Esse enfoque, muito usado em casos de cartel, é suficientemente amplo para abranger todos os casos de colusão ou coordenação. Com base nele, as condições favoráveis mencionadas acima (e outras mais) chegam a formar *check lists* relativamente extensos que são empregadas em várias jurisdições antitruste para avaliar efeitos coordenados de atos de concentração, de modo a identificar com razoável segurança situações estruturais que favorecem a ocorrência de colusão – ou aumento substancial da probabilidade desta – pós-fusão.³⁷

De um ponto de vista teórico, contudo, talvez a contribuição mais relevante à análise da colusão tenha sido a utilização da teoria dos jogos dinâmicos (com repetição) para formalizar as condições gerais em que ela se torna um comportamento racional compartilhado. Tecnicamente, determinam-se (sob as hipóteses simplificadoras convencionais) as condições em que se pode obter um equilíbrio de Nash não-cooperativo em interação estratégica – como no oligopólio –, dinâmica (vários períodos) e num horizonte infinito,³⁸ que proporcione *payoffs* mais elevados para os participantes – uma situação superior de Pareto – do que o equilíbrio tradicional não-cooperativo da interação estática (um só período), correspondente ao clássico “dilema do prisioneiro”. Ou ainda, em síntese, como a “cooperação” no oligopólio pode emergir naturalmente e racionalmente de um contexto não-cooperativo. O resultado, conhecido como “teorema popular” (“*folk theorem*”), já era aceito intuitivamente antes de ser formalizado.³⁹ Uma brevíssima síntese pode ser útil, pela importância da discussão do seu resultado.

Suponha-se, para simplificar, um oligopólio com produto homogêneo, em que cada um dos n produtores pensa em fixar um preço de forma a

³⁶ Proposto originalmente por STIGLER, J. (1964). A theory of oligopoly, *Journal of Political Economy*, v. 72.

³⁷ Para uma análise detalhada, ver PIRES-ALVES, C. (2006). *Efeitos coordenados em atos de concentração. Análise teórica e estudos de caso*. Rio de Janeiro: IE/UFRJ, dissertação de mestrado, p. 41 e ss.

³⁸ Isto é, tal que não se prevê o fim da interação.

³⁹ Sua aplicação ao oligopólio é devida a FRIEDMAN, J. (1971). A noncooperative equilibrium for supergames, *Review of Economic Studies*, 28; embora o resultado já fosse conhecido muito antes, daí o apelido curioso. Para uma descrição formal didática e comentários detalhados, ver KREPS, D. (1990). *A course in microeconomic theory*. Princeton: Princeton University Press, 14.2.

maximizar o valor presente do fluxo esperado de lucros até o período futuro T .⁴⁰ Assumindo para todos os produtores i a mesma taxa de capitalização $\delta = 1/(1+r)$, sendo $r \geq 0$ a taxa de desconto (juros), tem-se para cada produtor um preço tal que maximize o valor presente da taxa de lucro esperada π_i :

$$\text{Max } \sum_{t=0}^T \delta^t \pi_{it}, \text{ com } 0 \leq \delta \leq 1.$$

A possibilidade de uma solução (equilíbrio de Nash) “cooperativa” – isto é, de *colusão tácita* – nesse contexto dinâmico em princípio não-cooperativo depende de os produtores considerarem mais vantajosa a opção (i) de cooperar desde o começo, em vez de (ii) qualquer deles “trair” a opção cooperativa em dado momento e sofrer dos outros retaliação em preços no período seguinte, reduzindo a zero os lucros daí em diante (solução “competitiva” em cada período). Esse tipo de convenção estratégica, que pode assumir diferentes formas particulares – a mais simples das quais é conhecida como “*tit-for-tat*”, ou, em tradução livre, “olho por olho” (cada um repete o que o outro fez na jogada anterior)⁴¹ –, tem o título geral de “estratégias de gatilho” (*trigger strategies*). Por outro lado, como em princípio qualquer preço situado entre o nível competitivo e o de monopólio se habilita à opção cooperativa, convém utilizar aqui a noção de “preço focal”,⁴² p^f , que corresponderá ao lucro focal π^f .

O *payoff* de cada produtor, associado à primeira opção, será uma fração $1/n$ do lucro total de mercado decorrente de se cobrar o preço “focal” por período:

$$\pi^f/n + \delta.\pi^f/n + \delta^2.\pi^f/n + \dots = \pi^f/n [1/(1-\delta)];$$

enquanto o *payoff* associado à opção “não-cooperativa” por parte de qualquer produtor será o lucro total num único período, seguido de zero daí por

⁴⁰ Esta versão simplificada segue TIROLE, J. (1988). *The theory of industrial organization*. Cambridge, Mass.: MIT Press, 6.3.

⁴¹ A robustez dessa versão simples de estratégia de gatilho para gerar resultados cooperativos eficientes foi objeto de simulações exaustivas por AXELROD, R. (1984). *The evolution of cooperation*. N.York: Basic Books, que é citado extensamente em SCHERER, F., ROSS, D., op. cit., cap. 6.

⁴² Trata-se de aplicação da noção de “ponto focal” devida a T. Schelling, 1960, que expressa uma solução espontânea mais provável por ser mais convencional ou acessível intuitivamente aos participantes.

diante (por hipótese simplificadora de tipo Bertrand, a retaliação reduzirá o lucro de todos a zero):

$$\pi^f + 0 + 0 + \dots = \pi^f.$$

Logo, a condição que viabiliza uma solução cooperativa é:

$$\pi^f/n [1/(1-\delta)] \geq \pi^f, \text{ ou seja}$$

$$\delta \geq 1-1/n,$$

que é uma condição fácil de alcançar, pois equivale a uma taxa de desconto intertemporal r menor ou igual a 100% para $n = 2$ (duopólio), 50% para $n = 3$ etc. – ou seja, bastante realista para n pequeno. A condição se torna menos realista à medida que n cresce – correspondendo, naturalmente, à intuição do problema da colusão tácita: um menor número de oligopolistas envolvidos na tentativa de colusão aumenta a sua probabilidade de sucesso.

No modelo acima ficam indeterminados p^f e π^f ; há uma multiplicidade de possíveis equilíbrios de Nash. Tudo o que se pode dizer em geral é que

$$c \leq p^c \leq p^f \leq p^m,$$

onde c é o custo unitário (suposto constante), igual ao preço de equilíbrio competitivo, p^c é o preço de equilíbrio de Cournot, e p^m é o preço de maximização de lucros em monopólio. Assume-se portanto que o preço focal, resultante de colusão, estará acima do nível de Cournot, que teoricamente pode ser obtido sem colusão, e portanto do de Bertrand, mais competitivo. Daí se segue que

$$0 \leq \pi^c \leq \pi^f \leq \pi^m,$$

onde π^c é o lucro de Cournot e π^m é o lucro máximo ou de monopólio.

A noção de preço focal permite presumir que esse equilíbrio existe, mas *não* que seja único; sua determinação pressupõe algum tipo de consenso ou coordenação, ainda que tácito(a), entre estratégias. Situações mais prováveis de preço colusivo dentro daquele intervalo, além de muitas outras possíveis expressando colusão, seriam de um preço focal: (i) igual a p^m , nível máximo, correspondente à maximização conjunta de lucros ou a uma colusão plenamente bem-sucedida; (ii) definido por liderança de preços; (iii) *idem*, mas num nível tal que limitaria novas entradas no mercado (*limit pricing* ou “preço limite”).

Independentemente da forma concreta em que se venha a determinar esse preço focal, em termos gerais é possível afirmar, em síntese, que:

- (i) quando a interação estratégica entre oligopolistas tem horizonte infinito – vale dizer, não há previsão de que ela vá deixar de existir em algum momento definido – *a colusão em preços*, sob diferentes formas, *torna-se provável*; e
- (ii) essa probabilidade de colusão é *tanto maior quanto menor o número de concorrentes* oligopolistas envolvidos – ou seja, ela é maior com dois participantes do que com três, e assim sucessivamente, à parte quaisquer outras considerações estratégicas possíveis.

Modelos de oligopólio são sabidamente sujeitos a hipóteses *ad hoc*, devido à sensibilidade das soluções às premissas comportamentais e estruturais adotadas, e portanto à multiplicidade de soluções que podem ser obtidas em cada caso. Ainda que para uma aplicação jurídica isso seja indesejável, de um ponto de vista teórico não constitui intrinsecamente um problema – já que reflete uma situação do mundo real, mais indeterminado (por ser complexo) do que a maioria dos economistas *mainstream* gostaria; mas é freqüentemente visto como tal por estes devido à sua preocupação habitual em obter soluções unívocas de equilíbrio. As aplicações ligadas ao *folk theorem* não fogem a essa regra, muito ao contrário. Daí considerar-se usualmente que a multiplicidade de soluções desse teorema, que equivale à indeterminação do nível de preço – a noção de “preço focal”, por mais interessante que seja (e é), evidentemente não pode resolver isso, pois como visto muitos níveis diferentes e sob diversas condições podem ser candidatos a tal –, seria um problema do modelo. É fato que o modelo tem defeitos, especialmente ligados às simplificações que faz, mas certamente este “problema” não é um deles. É um falso problema já que, ao contrário do senso comum, sua flexibilidade reflete uma indeterminação real, e não da teoria; trata-se de realismo, em suma. Por isso, ao contrário de boa parte da opinião convencional, considero que *esse conjunto de resultados teóricos é um dos mais gerais e robustos* da análise de interação estratégica em oligopólio devida à utilização da teoria dos jogos.

Não por acaso, o primeiro desafio de qualquer colusão, tácita ou explícita, como destaca o citado esquema “C-D-P”, é precisamente a coordenação em torno de algum consenso de qual deva ser o preço focal. Em sua resenha clássica das teorias de oligopólio com enfoque estratégico, Carl

Shapiro, ao discutir as previsões teóricas quanto à relação entre estrutura do mercado e colusão tácita no enfoque de “superjogos” aplicado ao “*folk theorem*”, observa que o cálculo resultante da aplicação deste tipo de modelo “(...) será desencorajador para aqueles que acreditariam, com base na teoria econômica, que oligopólios possam ter desempenho competitivo” [*obs.*: no sentido convencional, de gerar preços próximos do nível competitivo]. Se os parâmetros básicos forem fixados em níveis razoáveis, as firmas puderem detectar com precisão as defecções dos rivais e puderem acordar entre si em torno de algum equilíbrio Pareto-eficiente, então “(...) nenhuma firma achará que os ganhos de curto prazo derivados da defecção podem ser grandes o bastante para justificar o rompimento a longo prazo da colusão tácita”.⁴³

Essa indeterminação, embora inafastável para a teoria, nos conduz de volta à questão da decisão antitruste, que não pode conviver com ela. Mais uma vez, vale perguntar se não haveria aqui a possibilidade de algum “porto seguro”. Acredito que sim; é questão apenas de dedicar maior reflexão ao tema, o que, infelizmente, não tem ocorrido dada a ênfase quase exclusiva nos modelos de simulação de efeitos unilaterais. Em Apêndice a este texto é sugerida uma forma simples de avaliar o efeito do exercício de poder de mercado incorporando a hipótese de colusão em grau máximo pós-fusão – o preço de monopólio de curto prazo (obtido em tese por colusão) –, não por ser mais provável, mas por ser um bom e típico “porto seguro”: o resultado potencialmente mais prejudicial ao bem-estar que um ato com prováveis efeitos anticompetitivos seria capaz de gerar. Não pretende ser mais que uma ilustração da possibilidade de quantificar uma referência-limite, sem empregar hipóteses estratégicas *ad hoc*, mas que não se propõe substituir uma análise qualitativa e quantitativa da probabilidade efetiva de colusão em cada caso concreto.

Na seção final, a seguir, a necessidade de critérios que contornem – já que não é possível eliminar – essas indeterminações será discutida adicionalmente.

⁴³ SHAPIRO, C. (1989). Theories of oligopoly behavior. In: SCHMALENSEE, R., WILLIG, R. (eds.) (1989). *Handbook of industrial organization*. Amsterdam: North-Holland, p. 365-366.

5. A busca de critérios para domar a indeterminação econômica: da “Disciplina Daubert” à identificação de “portos seguros”

A idéia, que começa a ser difundida, de aplicar a chamada “Disciplina Daubert”⁴⁴ aos modelos de simulação de efeitos anticompetitivos unilaterais de fusões é devida a Werden, Froeb e Scheffman (2004).⁴⁵ A proposta original da Suprema Corte era a de que os juízes das cortes inferiores avaliassem preliminarmente se o testemunho de um perito teria validade científica com base exclusivamente em “princípios e metodologia”. Além disso, exigia-se uma “adequação” aos fatos envolvidos especificamente em cada caso. Essas regras de admissibilidade de testemunhos em julgamentos foram mais detalhadas nos anos seguintes, e Werden *et alii* propuseram sua extensão para a fase de instrução ou investigação de casos, especificamente aplicando-as à utilização de modelos de simulação em fusões. Nos termos dos autores, as regras foram assim adaptadas: “(1) A simulação deve ser conduzida por alguém com *expertise* em modelagem estrutural de indústrias do mundo real e na teoria econômica subjacente. (2) Os modelos econômicos empregados na simulação e quaisquer métodos de estimação usados para calibrá-los devem ser considerados sólidos no campo relevante da Economia. (3) O modelo de simulação deve se ajustar razoavelmente aos fatos do caso”.⁴⁶

Os autores consideram que os dois primeiros requisitos não oferecem maiores problemas – o que é questionável no caso do segundo, como veremos a seguir. Quanto ao terceiro, são evidentes não só a sua pertinência como o reconhecimento de que é difícil de cumprir e avaliar. Por isso mesmo ele tem sido, segundo observam, o principal motivo para rejeitar a opinião de especialistas em casos antitruste – inclusive no próprio caso *Daubert*. Sua aplicação obviamente não exigiria complexidade tão grande a ponto de alcançar uma adequação perfeita à situação real, como em qualquer modelo; o que, aliás, nem seria desejável pela demanda de informações que importaria. O que importa – e aqui os autores fazem uma sugestão bem interessante – seria uma explicação satisfatória de fatos passados, como in-

⁴⁴ Com base em regras cautelares tomadas pela Suprema Corte no caso *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.* para a aceitação de testemunhos de peritos econômicos.

⁴⁵ WERDEN, G., FROEB, L., SCHEFFMAN, D. (2004). *A Daubert discipline for merger simulation*. Washington, DC: FTC. Disponível em: <http://www.ftc.gov/be>.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 6.

dicação de que será capaz de fazer uma predição útil de eventos futuros. Como complemento, ou mesmo em substituição a uma aplicação detalhada a dados passados, uma análise de sensibilidade das hipóteses e parâmetros adotados será importante (até porque se trata de modelos de simulação). Em qualquer caso, é essencial que todas as premissas e suas justificativas específicas sejam plenamente explicitadas.

Voltando aos dois primeiros requisitos: o primeiro é de inquestionável bom senso, especialmente quanto à exigência de experiência em indústrias (específicas) “do mundo real”, para prevenir certo hábito de jovens economistas, inexperientes, mas que dominam bem a tecnologia desses modelos simples e abstratos, de superestimar a sensação enganosa de abrangência e onipotência que eles podem produzir. Quanto ao segundo, os autores não têm razão em deixá-lo em plano secundário. É certo que toda modelagem envolve um *trade-off* entre simplicidade e realismo, o que ocorre de forma muito marcante em Economia aplicada. Mas não é essa a questão. A suposição de que a simulação de fusões emprega “os instrumentos-padrão de Economia”,⁴⁷ de forma análoga ao instrumental da Econometria, é enganosa. Se, de um lado, a Econometria é uma técnica auxiliar, de base estatística, que é usuária de modelos econômicos e por sua vez oferece resultados que podem ser até certo ponto avaliados à luz da melhor técnica disponível pelos mais diversos especialistas, o mesmo não se aplica à teoria econômica relevante à análise desse tipo de modelo.

Modelos de oligopólio do tipo Cournot e Bertrand, como já comentado, são bastante simples e “sólidos”, ao menos em suas versões mais típicas e difundidas, e pela segunda regra estariam plenamente habilitados para uso como instrumentos de produção de evidências para julgamento (especialmente o de Bertrand, por motivos distintos, *i.e.* sua melhor adequação às situações reais a serem simuladas nesses casos). Como visto na seção anterior, no entanto, sua simplicidade é *excessiva*, entre outros especialmente por dois motivos interligados: por corresponderem a jogos estáticos, *one shot*; e como consequência, ao não incorporarem nenhuma dinâmica, por abstraírem a crucial possibilidade de colusão pré e pós-fusão, notadamente o aumento de probabilidade desta última. O possível benefício da simplicidade se esvai, porque nesse contexto ela foi longe demais em detrimento *qualitativo* do realismo, por uma inadequação metodológico-teórica do mo-

⁴⁷ Ibidem.

delo, e não pelo seu maior ou menor grau de complexidade ou de “aceitabilidade” entre economistas.

A conclusão é que, se o primeiro e o terceiro requisito na formulação de Werden *et alii* ao interpretar a Disciplina Daubert aplicada a modelos de simulação devem ser aceitos sem restrições, o segundo requisito *deve ser firmemente rejeitado*, por ser potencialmente enganoso, ou até simplista, no tipo de crivo analítico (se algum) que propõe – sem maior preocupação de discernimento teórico, como que o relegando ao consenso dos economistas (uma fonte de legitimação arriscada...).⁴⁸

Uma alternativa aceitável que não fuja radicalmente do espírito da proposta dos autores, mantendo a formulação em nível bastante geral como pretendido, talvez fosse admitir, como princípio geral a ser seguido, a busca *preliminar* de indícios de *colusão* ou de aumento significativo de sua probabilidade,⁴⁹ adotando para quantificação algo na linha do exercício proposto ao final da seção anterior. Este (ou outros que poderiam ser formulados no mesmo espírito) supõe uma espécie de “porto seguro” implícito ao assumir a hipótese mais “conservadora”, que no caso – como em muitos outros – deve ser a capacidade de o mercado praticar um preço de monopólio pós-fusão, que à parte considerações de realismo é a mais prejudicial ao interesse público, além de ser fácil de determinar quantitativamente *por não precisar entrar em especulações estratégicas* (sempre envolvendo hipóteses *ad hoc*).

Entretanto, o princípio sensato de adotar as opções mais conservadoras, numa linha análoga à definição de “portos seguros”, nem sempre proporciona escolhas claras ou unívocas. Por exemplo, um critério semelhante, mas não exatamente o mesmo, é proposto por Werden *et alii* para escolher entre distintas estimações da função de demanda em modelos de simulação. Parece sensato que uma opção “conservadora” por alguma forma funcional da demanda varie conforme a posição de quem realiza a estimação, devendo

⁴⁸ Uma avaliação detalhada dos benefícios e limites dessa abordagem modelística, que a “Disciplina Daubert” por si só não basta para manter sob controle, é feita por SCHUARTZ, L., *op. cit.*, p. 178-182, com conclusões também algo cétricas – generalizadas, no caso brasileiro, para abordagens com forte viés quantitativo, talvez em ainda maior grau do que o aqui proposto.

⁴⁹ Apenas se e quando esses indícios ou condições favoráveis à colusão estejam claramente afastados seria então procedida uma análise de efeitos unilaterais, com modelos do tipo discutido por WERDEN *et alii*, *op. cit.*

ser adotadas as que prevêm *ceteris paribus* incrementos maiores de preços pós-fusão para quem defende um ato de concentração, e vice-versa para o impugnante.⁵⁰ É menos claro que posição deve tomar o agente público; os autores sustentam que deve acompanhar a posição do impugnante. Isso pode parecer razoável à primeira vista, mas a consequência pode ser conservadora apenas num sentido formal – de simetria em relação ao que é exigido de quem defende o ato –, mas não no sentido substantivo de assegurar a máxima defesa do interesse público, quando em dúvida. Sob esse último ângulo, *que acredito se deva defender em qualquer circunstância*, a opção “conservadora” será a *oposta*: no caso, as formas funcionais de demanda que produzam os *maiores* incrementos esperados de preço pós-fusão (v.g. demanda isoelástica ou AIDS, em vez de linear ou *logit*), que obviamente implicam, na dúvida, uma posição *mais defensiva* do interesse público. Logo, a proposição inicial de simetria fica também prejudicada, de forma que o impugnante poderia utilizar *essas mesmas* hipóteses, apesar de em princípio “mais favoráveis” à sua tese, pois estas seriam consideradas igualmente as mais admissíveis em princípio pelo agente público.

*

Em síntese, e caminhando para uma conclusão provisória, a necessidade de controlar a indeterminação da análise econômica, por razões intrínsecas ou por imposição da aplicação jurídica, parece apontar para uma utilização mais parcimoniosa do que se tem verificado nos últimos anos de modelos ou soluções oferecidas pela teoria econômica convencional, que não se mostra suficientemente unívoca e/ou confiável em termos tanto preditivos quanto de discriminação normativa. Isso vale para ambos os temas que têm dominado a influência da ciência econômica no campo antitruste: a *eficiência econômica* (e os respectivos *trade-offs*) e *os efeitos de atos de concentração sobre rivalidade e preços*. No primeiro caso, porque a distribuição de renda é uma questão subjacente inexorável, mas sobre cuja dimensão normativa a ciência econômica silencia e cujas ambigüidades *não* têm, portanto, solução econômica neutra (técnica). No segundo, porque interação estratégica em oligopólio inevitavelmente implica suposições *ad hoc*, que contaminam a generalidade e a previsibilidade – vale repetir, não necessariamente por culpa da teoria (embora esta nem sempre prime pela qualidade), mas porque essa é a realidade do oligopólio, a estrutura de mer-

⁵⁰ WERDEN *et alii*, op. cit., p. 17.

cado predominante nas economias modernas, com a qual o campo antitruste tem que lidar quotidianamente. Note-se que essa ressalva se aplica aos resultados esperados de mercado (preços e quantidades), seja em modelos de simulação de efeitos unilaterais de fusões, seja em situações de colusão: algum grau de indeterminação é *sempre* inevitável.⁵¹

Em ambos os casos o recurso ao realismo e à decidibilidade, mesmo quando os dois possam entrar em choque, tanto *entre si* quanto com a teoria econômica dos manuais, parecem o único caminho promissor. Nesse sentido, o uso de “portos seguros”, há muito tempo consagrado nas mais diversas jurisdições,⁵² deve ser visto como bem mais do que uma etapa, por assim dizer, “pré-analítica” da decisão antitruste, na medida em que permite tanto a já consagrada economia de meios decisórios como também – sob o ângulo aqui explorado – superar, numa direção analiticamente correta e assumindo níveis de defesa máxima do interesse público (bem-estar), as indeterminações inevitáveis do jogo oligopolístico.

Embora essa última afirmação tenha no presente ensaio uma indicação mais clara na questão dos efeitos anticompetitivos em preços pós-fusão do que na questão da eficiência, isso não significa que não se possa nesse caso tentar também uma solução do tipo “porto seguro”. Minha conclusão nesse quesito foi muito parcial: a de que o *price standard não é “a”* solução. Mas a solução tradicional com base no excedente total (Williamson) tampouco parece satisfatória, ao menos no sentido de que não tem suficiente respaldo científico (mesmo supondo que ela signifique que consumidores e produtores devam ser ponderados pelo mesmo peso – o que pode ser legítimo como primeira aproximação, mas tampouco tem base objetiva). “Portos seguros” qualitativos nesse tema deveriam a meu ver ser mais usados no Brasil, como o são em outras jurisdições: acima de certo patamar e nível de incremento de concentração, por exemplo, os atos de concentração deveriam ser simplesmente rejeitados. Além de certo nível de prejuízo esperado

⁵¹ Vale lembrar, por fugir ao senso comum revelado dos economistas da área antitruste, que a preferência aqui defendida pela análise centrada, em princípio, na colusão não se deve a que esta seja *menos indeterminada* (o inverso pode ser verdade!), mas sim a que ela é em princípio *mais realista* em oligopólio, podendo gerar os efeitos *mais prejudiciais* ao interesse público.

⁵² Inclusive no Brasil, como nos limiares de notificação de atos de concentração previstos na Lei 8.884/94, além de alguns critérios que pouco a pouco se firmam como jurisprudência.

à concorrência, a aceitação de eficiências compensatórias, portanto, deveria ser – como, aliás, a lei prevê – bem mais exceção do que regra.

Em conclusão, a adoção de patamares desse tipo merece, por tudo isso, não apenas uma sobrevida em relação às investidas da análise quantitativa pretensamente rigorosa, mas uma exploração sistemática de possibilidades de sua adoção mais generalizada em detrimento da modelagem *ad hoc*.

Referências bibliográficas

- AXELROD, R. (1984). *The evolution of cooperation*. N. York: Basic Books.
- BAUMOL, W., ORDOVER, J. (1992). Antitrust: source of dynamic and static inefficiencies? In: JORDE, T., TEECE, D. (eds.). *Antitrust, innovation and competitiveness*. N. York: Oxford University Press.
- BUCCIROSSI, P. (2006). *Handbook of antitrust economics*. Harvard, Mass.: MIT Press.
- CARLTON, D., PERLOFF, J. (2000). 3. ed. *Modern industrial organization*. Reading, Mass.: Addison -Wesley.
- COLEMAN, M., SCHEFFMAN, D. (2003). *Quantitative analysis of potential anticompetitive effects from a merger*. Washington, DC: FTC. Disponível em: <http://www.ftc.gov/be>.
- FAGUNDES, J. (2003). Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. Rio de Janeiro: IE/UFRJ, tese de doutoramento (mimeo.).
- FARRELL, J., SHAPIRO, C. (1990). Horizontal mergers: an equilibrium analysis, *American Economic Review*, 80.
- FISHER, A., JOHNSON, F., LANDE, R. (1989). Price effects of horizontal mergers, *California Law Review*, 77 (4).
- FRIEDMAN, J. (1971). A noncooperative equilibrium for supergames, *Review of Economic Studies*, 28.
- GUERRIERO, I. (2008). *Modelos de simulação na análise antitruste: teoria e aplicação ao caso Nestlé-Garoto*. Rio de Janeiro: IE/UFRJ, dissertação de mestrado (mimeo.).
- HOVENKAMP, H. (2005). 2. ed. *Federal antitrust policy*. St. Paul, Minn.: West Publ. Co.,
- JORDE, T., TEECE, D. (eds.). *Antitrust, innovation and competitiveness*. N. York: Oxford University Press.
- KREPS, D. (1990). *A course in microeconomic theory*. Princeton: Princeton University Press.

- KUPFER, D., HASENCLEVER, L. (org.) (2002). *Economia industrial. Fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus.
- MOTTA, M. (2004). *Competition policy: theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- NELSON, R., WINTER, S. (1982). *An evolutionary theory of economic change*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- PIONER, H., PINHEIRO, M. (2005). *Análise quantitativa de fusões*. Brasília: Convênio IPEA/SDE, Estudo I.3.
- PIRES-ALVES, C. (2006). *Efeitos coordenados em atos de concentração. Análise teórica e estudos de caso*. Rio de Janeiro: IE/UFRJ, dissertação de mestrado (mimeo.).
- POSSAS, M. (2002). Concorrência schumpeteriana. In: KUPFER, D., HASENCLEVER, L. (org.) (2002). *Economia industrial. Fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, cap. 17.
- _____. (2004). Eficiência seletiva: uma perspectiva neo-schumpeteriana evolucionária sobre questões econômicas normativas, *Revista de Economia Política*, 24(1), jan.-mar.
- SCHERER, F., ROSS, D. (1990). 3. ed. *Industrial market structure and economic performance*. Boston: Houghton Mifflin,
- SCHMALENSEE, R., WILLIG, R. (eds.) (1989). *Handbook of industrial organization*. Amsterdam: North-Holland.
- SCHUMPETER, J. (1943). *Capitalism, socialism and democracy*. Londres: Allen & Unwin.
- SCHUARTZ, L. (2006). Haverá lugar digno para o “jurídico” na teoria e prática do direito antitruste?, *Revista do IBRAC*, 13 (2).
- SEN, A. (1999). The possibility of social choice, *American Economic Review*, v. 89(3), jun.
- _____. (1999a). *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Cia. das Letras, 2001.
- SHAPIRO, C. (1989). Theories of oligopoly behavior. In: SCHMALENSEE, R., WILLIG, R. (eds.) (1989). *Handbook of industrial organization*. Amsterdam: North-Holland.
- STIGLER, J. (1964). A theory of oligopoly, *Journal of Political Economy*, v. 72.
- TIROLE, J. (1988). *The theory of industrial organization*. Cambridge, Mass.: MIT Press.
- WERDEN, J., FROEB, L. (1994). The effects of merger in differentiated products industries: logit demand and merger policy, *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 10.

- _____, _____. (2006). Unilateral competitive effects of horizontal mergers. In: BUCCIROSSI, P. (2006). *Handbook of antitrust economics*. Harvard, Mass.: MIT Press.
- WERDEN, G., FROEB, L., SCHEFFMAN, D. (2004). A *Daubert discipline for merger simulation*. Washington, DC: FTC. Disponível em: <http://www.ftc.gov/be>.
- WILLIAMSON, O. (1968). Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs, *American Economic Review*, v. 66, set.

APÊNDICE

Metodologia para avaliação geral da possibilidade de exercício de poder de mercado em preços

A avaliação da possibilidade de exercício de poder de mercado em preços por parte de uma empresa qualquer, *e.g.* resultante de uma fusão ou aquisição, requer, como ponto de partida, a verificação de se, no mercado em questão, um aumento pequeno mas significativo e persistente do preço pode ser lucrativo para um monopolista hipotético. Essa metodologia, típica na análise antitruste, é válida mesmo se não há expectativa de que tal empresa se torne monopolista, uma vez que permite avaliar aquela possibilidade em sua condição limite, seja por um exercício unilateral – no caso de monopólio, seja conjuntamente – por *colusão* de preços em oligopólio. Em qualquer caso, preservando o mesmo princípio de adotar as hipóteses mais simples e extremas, supõe-se que o monopolista hipotético (ou um oligopólio operando de forma coordenada) maximize seus lucros a curto prazo. Um aspecto interessante dessa metodologia é que não se impõe nenhuma condição, de equilíbrio estratégico ou não, ou qualquer outra, para a situação de mercado da qual parte o exercício. Como ocorre na delimitação de um mercado relevante, a metodologia permite partir da situação real de mercado, seja esta qual for. O pressuposto de que uma colusão pós-fusão é provável, por sua vez, depende da aplicação concreta ao mercado em questão de uma *check list* de maior ou menor presença de fatores que favorecem ou desfavorecem a colusão, conforme ampla literatura existente sobre o tema.

Como se trata de avaliar a possibilidade de maximizar lucros a partir de aumentos de preços, é conveniente definir receita e custos, totais e marginais, como *funções do preço*. A expressão formal da receita e dos custos marginais como funções do preço (e não da quantidade, como é usual em

microeconomia) de um monopolista hipotético que exerce poder de mercado, assim como de sua igualdade na maximização dos lucros, pode ser descrita como segue.

Seja $R(p) = p \cdot q$ a receita como função dos preços, $C[D(p)]$ os custos *idem*, onde $q = D(p)$ é a função de demanda do preço, e $\eta = -p \cdot dq/q \cdot dp =$ elasticidade-preço (em valor absoluto) da demanda. Tem-se então:

(i) a receita marginal em termos de preços será $R'(p) = dR(p)/dp = q + p \cdot dq/dp$, ou ainda:

$$R'(p) = q(1-\eta) \quad (1).$$

Note-se que a receita marginal será negativa se e só se a elasticidade da demanda (em valor absoluto) for maior que um (demanda elástica);

(ii) os custos marginais em termos de preços serão $C'(p) = dC[D(p)]/dp = (dC(q)/dq)(dq/dp)$, ou

$$C'(q) dq/dp \quad (2).$$

Note-se que, com custos marginais em termos de quantidades sempre positivos e com $dq/dp < 0$ (demanda negativamente inclinada, como é usual), tem-se necessariamente $C'(p) < 0$, ou seja, custos marginais em termos de preços negativos; e, finalmente,

(iii) a função de lucros em termos de preços é definida como $L(p) = R(p) - C(p)$, cuja derivada é $L'(p) = R'(p) - C'(p)$; ou, de (1) e (2),

$$L'(p) = q(1-\eta) - C'(q) dq/dp \quad (3).$$

A maximização dos lucros implica $L'(p) = 0$, ou seja,

$$q(1-\eta) = C'(q) dq/dp \quad (4).$$

Dados os pressupostos acima, a existência de poder de mercado monopolístico implica necessariamente, na vizinhança do ponto em que a empresa maximiza seus lucros, uma demanda elástica, equivalente a uma receita marginal negativa, assim como custos marginais negativos, ambos em função do preço. Note-se que situações de receita decrescente com o preço, ou receita marginal negativa, na faixa de preços em que operam as empresas, devem ser encaradas com absoluta normalidade em se tratando de oligopólio. Esse resultado expressa uma demanda elástica a preços, denotando justamente o fato de que existe poder de mercado e está sendo exercido.

A viabilidade do exercício de poder de mercado de um monopolista (ou de um oligopólio colusivo) em preços dependerá de que ele possa esperar que um aumento do preço aumente seus lucros, ou seja, que $L'(p) > 0$ no ponto de operação do monopolista hipotético, (p_0, q_0) . De (3) isso implica $q(1-\eta) - C'(q) dq/dp > 0$ no ponto (p_0, q_0) , ou seja,

$$q_0 (1-\eta_0) - C'(q_0) (dq/dp)_0 > 0 \quad (5).$$

A expressão anterior pode ser simplificada assumindo-se a hipótese realista de que os custos variáveis unitários são constantes com a produção (até a plena utilização da capacidade), e portanto iguais aos custos marginais. Seja m a margem unitária de lucros brutos (incluindo custos fixos e *overheads*), por definição o complemento dos custos variáveis unitários em relação ao preço; assim, no ponto (p_0, q_0) os custos variáveis unitários serão $(1-m_0) p_0$.^{*} Substituindo em (5), obtém-se

$$q_0 (1-\eta_0) > (1-m_0) p_0 (dq/dp)_0 \quad (6).$$

Pela definição de elasticidade, o lado direito pode ser reescrito $-(1-m_0) q_0 \eta_0$; substituindo em (6) e dividindo os dois lados da inequação por q_0 , obtém-se a condição para que seja viável o exercício de poder de mercado em preços: $(1-\eta_0) + (1-m_0) \eta_0 > 0$; ou, finalmente,

$$m_0 \eta_0 < 1 \quad (7).$$

O mesmo resultado pode ser confirmado, como seria de esperar, empregando os conceitos mais usuais de receita, custo e lucro marginais expressos em termos de *quantidades*: a receita marginal é $R'(q) = p + q dp/dq = p - p/\eta$; o custo marginal é $C'(q)$; e o lucro marginal é $L'(q) = R'(q) - C'(q)$. Sob a mesma hipótese anterior de custo variável unitário constante e igual

* As margens unitárias iniciais são dados difíceis de obter, assim como os custos variáveis. Supõe-se aqui que um dos dois esteja disponível, ou possa ser estimado de forma razoavelmente confiável. Nessa metodologia não existe uma alternativa mais simples. A determinação endógena (implícita) dos custos marginais, como nas versões mais comuns de modelos de simulação de oligopólio de Bertrand, depende de uma hipótese muito forte não adotada aqui, isto é, que o mercado parta de posições iniciais de equilíbrio de maximização de lucros de todos os oligopolistas (equilíbrio de Nash), além de também depender de pressuposições quanto à forma funcional da demanda. Ver discussão no texto.

ao marginal, sendo m_0 a margem de lucros brutos em relação ao preço de mercado p_0 , tem-se, no ponto (p_0, q_0) , $C'(q_0) = (1 - m_0) p_0$. Substituindo acima, $L'(q_0) = p_0 - p_0/\eta_0 - (1 - m_0) p_0$; ou, simplificando, $L'(q_0) = p_0 (m_0 - 1/\eta_0)$.

A possibilidade de aumento lucrativo de preço equivale, nesse caso, a uma redução lucrativa da quantidade, pelo que o lucro deverá se reduzir com o aumento da quantidade, implicando impor a condição $L'(q_0) < 0$. Daí se segue $p_0 (m_0 - 1/\eta_0) < 0$ ou, dado que $p_0 > 0$, $m_0 < 1/\eta_0$. Ou ainda, finalmente:

$$m_0 \eta_0 < 1,$$

como se queria demonstrar.

Este resultado significa que, por exemplo, se a margem de lucro bruto de um monopolista hipotético ao preço *atual* de mercado, m_0 , for de 50%, e a elasticidade-preço da demanda nesse ponto for menor que 2, haverá espaço para aumentar o preço de forma lucrativa (aumentando os lucros).

Entretanto, a magnitude deste aumento de preço lucrativo acima do preço de mercado só pode ser calculada conhecendo-se a elasticidade da demanda não apenas no ponto de operação, mas para preços algo acima e quantidades algo abaixo dele; em outras palavras, a elasticidade da demanda “no arco” situado entre o preço corrente e o preço de maximização, acima deste por hipótese (se há “espaço” para aumento lucrativo do preço). É usual que essa elasticidade seja algo maior que aquela medida no ponto de operação (p_0, q_0) , já que a elasticidade será crescente com o preço para funções de demanda mais usuais, próximas de lineares, o que pode dificultar simulações com base apenas na elasticidade do ponto de operação.**

Suponha-se que seja conhecida a elasticidade-preço da demanda “no arco” entre o ponto de operação e o de maximização, (pm, qm) , definida como:

$$\eta_a = - p_0 \Delta q / q_m \cdot \Delta p = - p_0 (q_0 - q_m) / q_m \cdot (p_m - p_0).$$

A maximização de lucros no ponto (pm, qm) implica igualar receita e custo marginais como função de preços, agora em termos discretos (diferen-

** É claro que se a demanda for suposta isoelástica os ajustes que seguem serão desnecessários.

ças finitas). Novamente assumindo o custo marginal em termos de quantidade constante e igual ao custo variável unitário, $(1-m_0)p_0$, tem-se:

$$q_m + p_m \cdot \Delta q / \Delta p = (1-m_0)p_0 \Delta q / \Delta p, \text{ ou}$$

$$[p_m - (1-m_0)p_0] \Delta q / \Delta p + q_m = 0;$$

substituindo $\Delta q / \Delta p$ por $-\eta_a qm / p_0$ e simplificando,

$$pm - (1 - m_0) p_0 = p_0 / \eta_a, \text{ ou finalmente}$$

$$k = 1 / \eta_a - m_0 \text{ (8),}$$

onde $k = (pm - p_0) / p_0$ é a *máxima taxa de incremento lucrativo de preço possível* a partir do ponto de operação inicial (p_0, q_0) . Como esperado, essa taxa é decrescente com a elasticidade e com a margem inicial.

Note-se que esse resultado é intuitivo, já que $1 / \eta_a$ representa o índice de Lerner, que corresponde à margem máxima alcançável no mercado pelo monopolista hipotético, enquanto m_0 é a margem inicial. No caso extremo de $m_0 = 0$, parte-se da posição competitiva (preço = custo marginal), logo o máximo aumento de preço viável, k , será igual ao índice de Lerner. Por outro lado, teremos $k > 0$, isto é, haverá possibilidade de exercício de poder de mercado em preços, se e só se $m_0 \eta_a < 1$, reproduzindo a fórmula (7), só que agora para aumentos discretos no preço e para a elasticidade calculada no arco.

Apenas para efeito de uma avaliação preliminar de ordens de grandeza, suponha-se que a elasticidade-preço da demanda no arco entre o preço atual e o de maximização seja conhecida; ou ainda que ela seja estimada, em seu limite superior, pela elasticidade medida no ponto de operação, ou seja, ao preço de mercado.*** Nesse caso, a fórmula (8) mostra, consistentemente com a (7), que, por exemplo, sendo a margem de lucro inicial m_0 de 50% e a elasticidade ao preço de mercado de 2, não haverá espaço para exercício de poder de mercado em preços; mas que, se a elasticidade fosse unitária, a ordem de grandeza do aumento de preço lucrativo seria de 50%. Cabe registrar, portanto, que esta variável é fortemente sensível tanto à estimativa de elasticidade no intervalo [1,2] quanto ao valor da margem bruta de lucro inicial. Por exemplo, à mesma margem inicial de 50%, uma elasti-

*** Essa estimativa é exógena ao exercício e pode ser feita na forma econométrica usual, estimando elasticidades a partir de diferentes formas funcionais da demanda.

cidade de 1,5 permitiria um aumento de preço lucrativo da ordem de 17%; e se a margem inicial for de 35% com essa mesma elasticidade, o aumento de preço viável será de nada menos que 32%.

Em termos de aplicação antitruste, pode ser interessante fixar o valor de k em 5% e 10%, aumentos tipicamente considerados abusivos pela legislação e pela jurisprudência, e verificar quais os limites superiores de elasticidade compatíveis com este aumento lucrativo para margens iniciais num determinado intervalo estimado, por exemplo entre 35% e 50%. É o que mostra a Tabela abaixo:

Tabela

Limites superiores de elasticidade-preço da demanda (no arco) compatíveis com aumentos de preço (k) especificados e margens brutas de lucro iniciais (m_0) especificadas

	$m_0 = 35\%$	$m_0 = 50\%$
$k = 5\%$	2,50	1,82
$k = 10\%$	2,22	1,67

Fonte: Equação (8).

A MULTA ADMINISTRATIVA ANTITRUSTE E A SUA NATUREZA DE CONFISCO PESSOAL

*Eduardo Reale Ferrari**
*Dalton Tria Cusciano***

I – Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro regido pela Constituição Federal de 1988 apresenta postulados normativos que são fundamentais para a estruturação, funcionamento e homogeneidade do quadro normativo estatal, servindo como norte a ser obrigatoriamente respeitado na atuação de órgãos administrativos, legislativos e jurisdicionais.

Infelizmente registramos em nosso cotidiano jurídico inúmeras negações desses postulados de proteção constitucional, seja por meio de controversas interpretações jurisdicionais e administrativas ou por má técnica legislativa, que transformam um sistema uno e lógico, caracterizado, como dizia Miguel Reale, “pelo diálogo e principalmente pelo bom senso”, em um sistema esquizofrênico, que confunde punibilidade com prevenção, como se sinônimos fossem, recorrendo costumeira e diretamente ao direito penal para dirimir conflitos que poderiam ser solucionados por outras esferas punitivas, transportando conceitos de uma esfera jurídica para outra, sem qualquer tipo de adequação.

Necessário ressaltar que tamanha é a gravidade do atual ordenamento punitivo brasileiro que inúmeros são os dispositivos que violam a Constituição Federal, sendo prova disso a punição confiscatória enunciada pela Lei Antitruste, punindo a pessoa física por meio de sanção pecuniária absurda prevista no inciso II, do art. 23 da Lei 8.884/94.

* Professor Doutor em Direito Penal e Membro do Corpo Docente da Faculdade de Direito da USP e da PUC/SP.

** Advogado e Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

II – O patente confisco enunciado pelo art. 23, inciso II, da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste)

Estabelece o art. 23 e seus incisos:

“Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I – no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III – No caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente. *(Incluído pela Lei n. 9.069, de 29.6.95.)*

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.”

Note-se assim que, segundo o art. 23, II, da Lei 8.884/94, caberá ao administrador da empresa, mesmo que indiretamente responsável pela infração antitruste, a sanção de 10 a 50% do valor aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva do administrador.

Constata-se assim que a multa disciplinada pelo art. 23, inciso II, da Lei 8.884/94 de 10 a 50%, decorre de outra pecúnia, aplicada à empresa no valor de 1 a 30% sobre o valor do faturamento bruto desta, excluídos os impostos.

Causa estranheza imaginar como um administrador, que pode até ser funcionário de baixo escalão de uma empresa, que pode ou não ter participa-

ção nos lucros, poderá ser obrigado a pagar uma multa de 10 a 50% do valor aplicável à empresa, multa esta de responsabilidade pessoal e exclusiva!

Se o objetivo da sanção pecuniária é dissuasório, não seria melhor impor uma sanção punitiva e proporcional que pudesse efetivamente ser cumprida pela pessoa física? Não deveríamos obstar a que as empresas paguem por seus prepostos, por meio de um viés maior de sanções punitivas?

Por que impor um valor tão alto às pessoas físicas sem analisar com acuidade sua situação econômica, assim como o fato eventualmente praticado?

Após mais de 14 anos da edição da Lei Antitruste, é mais do que sabido que nem sempre são os acionistas controladores ou os proprietários das empresas os autores de eventual ilícito antitruste, não fazendo sentido equiparar um gerente de vendas que busca sua meta à margem das diretrizes da empresa com a figura do próprio dono da empresa.

Ressalte-se que gerentes e funcionários do setor de vendas não podem ser equiparados aos sócios ou administradores, sendo prova disso o fato de que dificilmente auferirão renda que alcance minimamente a 0,1% do faturamento bruto da empresa, destacando que, consoante a Lei Antitruste, 0,1% do faturamento bruto será a menor multa possível na esfera administrativa punitiva, caso a pessoa física seja condenada, bastando citar o seguinte exemplo:

Imaginemos uma empresa que tenha um faturamento bruto no seu último exercício de R\$ 900 milhões. Caso tal pessoa jurídica seja condenada a uma conduta antitruste, o patamar mínimo será de 1%, o que significa que a empresa deverá pagar R\$ 9 milhões. A ser assim, a pessoa física que eventualmente tenha praticado uma conduta antitruste será sancionada com uma multa de no mínimo 10% do valor da multa à pessoa jurídica, ou seja, uma quantia de no mínimo R\$ 900.000,00, a tornar absolutamente confiscatória tal sanção administrativa, vez que raríssimos são os profissionais que terão recursos para pagar tão vultosa multa.

Como impor R\$ 900 mil a uma pessoa física independentemente de sua remuneração ou do nível de seu cargo dentro da empresa? O administrador de uma empresa não é necessariamente o Chief Executive Officer, ou seja, o Chefe Executivo ou Diretor-Geral da empresa, podendo ser, como já dito anteriormente, um funcionário do escalão comercial da empresa.

Já a sanção máxima à pessoa jurídica enunciada pela Lei 8.884/94, segundo o próprio art. 23, poderá alcançar até 30% do faturamento bruto,

sendo tal percentual muitas vezes maior do que o próprio lucro anual de diversos setores industriais, sendo inimaginável e claramente confiscatória a punição de 10% a 50% à pessoa física que tenha ultimado uma conduta anti-truste enquanto responsável pela empresa punida no parâmetro de 30%!

Se não bastasse a punição à pessoa jurídica já configurar uma possível falência à empresa, e conseqüentemente conduzindo ao desemprego inúmeras pessoas, inquestionável ser a multa à pessoa física uma via indireta de confisco, ferindo claramente não apenas o princípio da preservação da empresa, mas especialmente a dignidade à pessoa humana e o seu patrimônio pessoal, utilizando o Estado do abuso do seu poder econômico, excedendo em seu poder de impor penalidades.

Ressalta-se que, contabilmente, empresas com receita bruta de até R\$ 2.400.000,00 são consideradas empresas de pequeno porte, de acordo com a Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006, que institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, sendo, portanto, cabível aduzir que dificilmente empresas cartelizadoras serão enquadradas como pequenas, vez que é necessário constituir seu poder de mercado, com conseqüente faturamento superior às centenas de milhões de reais.

O CADE, aliás, por meio da Resolução 20, de 1999, Anexo I – Práticas Restritivas: definições e classificações, assim conceitua os cartéis:

“Acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.”¹

Independentemente do conceito fluido e subjetivo da expressão cartel, importa para o presente artigo assumir que o poder de mercado é fundamento basilar para a tentativa de se estabelecer um cartel, assumindo-se que as empresas envolvidas nessa tentativa terão um faturamento bruto alto, normalmente superior a centenas de milhões de reais, a legitimar a indagação: *pode a multa administrativa antitruste aplicada à pessoa física ser comparada a um confisco?*

Não podemos negar que, diante do exemplo citado no decorrer deste artigo, a sanção pecuniária de R\$ 900.000,00 pode absorver grande parte,

¹ Disponível em: www.cade.gov.br, acesso em: 10 set. 2008.

senão todas as propriedades da pessoa física, tornando-a completamente insolvente, convertendo-se a sanção administrativa, portanto, em verdadeiro confisco.

A proibição constitucional do confisco está enunciada em nossa Lei Maior, sendo incisivo o art. 150 da Constituição Federal de 1988:

“Art. 150: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV – utilizar tributo com efeito de confisco.”²

Tal postulado normativo deve ser utilizado como guia obrigatório a ser seguido quando da elaboração das leis, não apenas tributárias, vez que tal colocação não se ateu a este ou àquele subsistema, mas ao próprio sistema do direito, caracterizado pela sua univocidade, ou seja, como fundamento a ser seguido por todos os subsistemas legais dentro de um mesmo ordenamento jurídico, que obedece necessariamente à nossa Carta Maior.

O confisco caracteriza-se por uma violação abrupta e arbitrária ao direito de propriedade de quaisquer tipos de bens, sendo o objetivo da vedação constitucional impedir qualquer pretensão governamental que possa conduzir a uma injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos cidadãos, comprometendo-lhes o exercício do direito a uma existência digna, ou a prática de atividade profissional lícita ou, ainda, a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas.

O Estado não pode agir imoderadamente punindo o cidadão exageradamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da proporcionalidade, que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.

Sérgio de Andréa Ferreira, na obra *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*,³ enuncia:

“O confisco ou confiscação é a extinção de direitos sobre bens patrimoniais, ou de todo um patrimônio, sem indenização, ou sem a

² Constituição Federal de 1988.

³ São Paulo: RT, 1980.

indenização nos termos constitucionalmente estabelecidos, ou seja, no Direito brasileiro, indenização prévia, justa ou em dinheiro, salvo as exceções em que a Constituição Federal admite a compensação em títulos da dívida pública. A Constituição Federal veda o confisco, inclusive como pena, garantindo, subjetivamente, o patrimônio individual.”

Na análise do art. 23, inciso II, da Lei 8.884/94, patente parece-nos a presença da possibilidade do confisco, ou seja, da tomada da propriedade privada pelo Estado por meio da sanção administrativa aplicada ao administrador.

Ademais deve-se ressaltar, como já dito anteriormente, que a vedação do confisco não se resume a tributos, como bem enuncia nosso Supremo Tribunal Federal no RE 91.707, Rel. Min. Moreira Alves, cujo acórdão foi assim ementado:

“Redução de multa de feição confiscatória. Tem o S.T.F. admitido a redução de multa moratória imposta com base em lei, quando assume ela, pelo seu montante desproporcionado, feição confiscatória. Dissídio de jurisprudência não demonstrado. Recurso extraordinário não conhecido.”

Qualquer sanção pecuniária deve obrigatoriamente seguir o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, para não se tornar confiscatória, como pode acontecer com a sanção inscrita no caso do art. 23, II, da Lei 8.884/94.

Se não bastasse a clara natureza confiscatória da possibilidade da multa antitruste, não podemos nos olvidar que, independentemente da sanção administrativa enunciada pela Lei 8.884/94, haverá também a possibilidade da aplicação das sanções de multa de natureza penal esculpidas no art. 4.º da Lei 8.137/90, a ensejar outra indagação: como será possível impor a pena de multa de natureza penal quando a multa administrativa per si já configurou um confisco?

Ainda que seja difícil estabelecer o que seria confisco, o bom senso e a lógica nos fazem rememorar que as sanções aos empregados e/ou administradores podem facilmente alcançar os milhões de reais, bastando para tanto ter uma participação em uma mínima porcentagem dos lucros, quedando-se os lucros oriundos do cartel com os proprietários, que não são abarcados obrigatoriamente pela sanção esculpida no art. 23 da Lei 8.884/94.

Neste sentido cabe salientar o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que na ADIn 551-1 do Rio de Janeiro, julgada em 24/10/2002, enuncia: “Também não sei a que altura um tributo ou uma multa se torna confiscatório; mas uma multa duas vezes o valor do tributo, por mero retardamento de sua satisfação, ou de cinco vezes, em caso de sonegação, certamente sei que é confiscatório e desproporcional”.

Importantíssimo ressaltar, como já dito anteriormente, que o funcionário não sofrerá apenas uma multa decorrente da Lei 8.884/94, mas também outra multa, oriunda da persecução penal que ocorre pelo art. 4.º da Lei 8.137/90 (define os crimes contra a ordem econômica), ocorrendo, portanto, uma dupla sanção, muitas vezes impossível pragmaticamente de impor.

Se analisarmos a possibilidade da multa decorrente do crime previsto na Lei 8.137/90, perceberemos que, além da multa da esfera administrativa, o funcionário e/ou administrador poderá estar sujeito a sanção pecuniária na esfera penal, devendo-se ressaltar que para a sanção pecuniária de natureza criminal levar-se-á em conta tanto a gravidade do ato praticado pelo agente como sua situação econômico-financeira.

Trata-se do denominado sistema dias-multa, utilizado pelo Código Penal brasileiro e criado desde os idos do século XIX, prevendo a aplicação da pena de multa da seguinte maneira: o magistrado, atendendo à culpabilidade, à gravidade da conduta e às demais circunstâncias legais e judiciais, estabelecerá o número de dias-multa a ser aplicado (art. 59 do Código Penal), determinando posteriormente o *quantum vale* cada dia-multa, considerando para tanto a situação econômico-financeira do acusado (art. 60 do Código Penal), multiplicando ao final o *quantum* de cada dia-multa pelo número de dias-multa enunciado, obtendo-se o valor total da sanção pecuniária de natureza criminal.

O limite mínimo de dias-multa será de 10 dias-multa e o máximo de 360 dias-multa, sendo que o menor valor do dia-multa será a de um trigésimo do salário mínimo, o que nos levará a uma pena mínima de 1/3 do salário mínimo (um trigésimo multiplicado por 10, vez que 10 é o mínimo de dias-multa), destacando, por outro lado, que o maior valor do dia-multa por dia será de 5 vezes o salário mínimo vigente, o que nos pode levar a 1.800 salários mínimos (5 salários mínimos x 360 dias), como sanção máxima.

Essa sanção pecuniária penal máxima de 1.800 salários mínimos ainda poderá ser aumentada (limite extraordinário), vez que em virtude da excepcional situação econômica do réu, o juiz, com base no art. 60, pará-

grafo 1.º do Código Penal, poderá elevá-la ao triplo, o que representará uma sanção pecuniária penal máxima extraordinária de 5.400 salários mínimos, lembrando que o atual salário mínimo base hoje vigente no Brasil está no valor de R\$ 415,00, de acordo com a Lei 11.709, de 19 de junho de 2008.

Conseqüentemente a sanção máxima da sanção penal pecuniária poderá chegar a um valor de R\$ 2.241.000,00, resultado da multiplicação de 5.400 salários mínimos pelo valor de R\$ 415,00, não se podendo esquecer que essa sanção máxima, por força do art. 10 da Lei 8.137/90, pode decuplicar, caso o juiz, considerando o ganho ilícito e a situação econômica do réu, verifique a insuficiência ou excessiva onerosidade das penas pecuniárias previstas nesta lei, podendo também diminuí-las até a décima parte ou elevá-las ao décuplo.

A ser assim, fácil fica a constatação de que a sanção máxima pecuniária criminal poderá chegar ao incrível valor de R\$ 22.410.000,00, enquanto o valor mínimo é de R\$ 138,33, quando aplicável o parâmetro de 1/3 do salário mínimo vigente no país.

Ora, comparando a seara criminal com a seara administrativa, pertinente a reflexão no sentido de que dificilmente o funcionário, após a sanção administrativa, terá possibilidade de pagar pela sanção pecuniária criminal a justificar a terceira indagação: *qual sanção tem maior efeito dissuasório? As regras sancionatórias administrativas e penais, quer previstas no art. 23 da Lei 8.884/94, quer enunciadas pelo art. 4.º da Lei 8.137/90, respectivamente, são efetivamente proporcionais? Independentemente da resposta, que, a nosso ver, parece claramente negativa, ainda é possível outra indagação: podem sanções pecuniárias antitruste e penais serem cumulativas?*

A nosso ver, as indagações expostas nos conduzem a respostas negativas, porquanto afrontam diretamente o princípio da proporcionalidade, temática obrigatória no campo das sanções.

III – Da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo pode ser denominado de proibição do excesso, complementando o princípio da intervenção mínima, vez que em termos amplos consiste, como enuncia Canotilho,⁴ em

⁴ CANOTILHO, J. G., *Direito constitucional*, Coimbra: Almedina, 1993, p. 382-384.

um princípio constitucional normativo e materialmente constitutivo de toda a administração pública, que limita a interferência do poder estatal, contestando as ingerências desnecessárias, não adequadas, ou desproporcionais.

Esse princípio constitui-se em uma limitação legal às arbitrariedades do Estado, impedindo, de um lado, a fixação de sanções abstratas, desproporcionais à gravidade do delito, e, de outro, a imposição jurisdicional de sanções desajustadas à gravidade do delito ultimado.

Inegável que o princípio da proporcionalidade refuta a enunciação de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que não levem em conta o valor do fato cometido.

Merece destaque ainda a subdivisão do princípio da proporcionalidade em: a) princípio da necessidade, cuja consequência constitui o princípio da subsidiariedade; b) princípio da adequação, idoneidade ou suficiência; e c) princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da necessidade ou subsidiariedade constituem manifestações jurídico-constitucionais de proibição de excesso, destacando Fábio Medina Osório, citando Luís Afonso Heck, que enuncia:

“A proporcionalidade, juntamente com o preceito da proibição de excesso, é resultante da essência dos direitos fundamentais. Proíbem-se intervenções desnecessárias e excessivas. Uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, não devendo gravar em excesso o afetado, *i.e.*, deve poder ser dele exigível”.⁵

Importante salientar também trecho do Manual de Redação da Presidência da República, elaborado por Comissão presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes:

“A simples existência de lei não se afigura suficiente para legitimar a intervenção no âmbito dos direitos e liberdades individuais. Faz-se mister, ainda, que as restrições sejam proporcionais, isto é, que sejam ‘adequadas e justificadas pelo interesse público’ e atendam ‘ao critério da razoabilidade’. Em outros termos, tendo em vista a observância do princípio da proporcionalidade, cabe analisar não só a

⁵ *Direito administrativo sancionador*, São Paulo: RT, 2000, p. 176.

legitimidade dos objetivos perseguidos pelo legislador, mas também a adequação dos meios empregados, a necessidade da sua utilização, bem como a razoabilidade, isto é, a ponderação entre a restrição a ser imposta aos cidadãos e os objetivos pretendidos.”

Canotilho, por sua vez, com sua maestria, se manifesta sobre o tema salientando:

“O princípio da exigibilidade, também conhecido como o princípio da necessidade, ou da menor ingerência possível, coloca a tônica na idéia de que o cidadão tem o direito a menor desvantagem possível. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão”.⁶

Por seu turno, o princípio da adequação ou suficiência nos leva a enunciar que de nada adiantará concluir pela necessidade da intervenção penal se os objetivos a serem alcançados pela esfera penal possam ser alcançados pela esfera administrativa.

Sobre o princípio da adequação Canotilho aduz:

“(…) impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deva ser apropriada a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos de sua adopção (...). Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim”.⁷

A Corte Alemã, ao tratar sobre o tema, estabeleceu:

“O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado, quando, com seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível, quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, menos prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”.⁸

⁶ Op. cit., p. 268.

⁷ Idem.

⁸ Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, 1971, p. 316, citado por GUERRA FILHO, Willis Santiago, *Processo constitucional e direitos fundamentais*, 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.

Já o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que a nosso ver é totalmente ignorado no estabelecimento do patamar mínimo da sanção administrativa, deveria impedir a aplicação de penas desiguais, desajustadas e excessivas.

Há uma clara vedação à aplicação de pena que se represente desmedida ou excessiva diante da gravidade do ilícito-típico e da periculosidade do agente, servindo como função limitadora a função sancionatória do Estado.

O Supremo Tribunal Federal já se posicionou sobre o tema no julgamento da ADIn-1.407 / DF (Relator Min. Celso de Mello), enunciando:

“O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade – que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do *substantive due process of law* – acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, *que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade*, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law* (CF, art. 5.º, LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador” (grifamos). Votação: por maioria, vencido o Min. Ilmar Galvão, Julgamento: 07/03/1996 – Tribunal Pleno.

E acrescenta:

“De outro lado, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, tem prestigiado normas que *não se revelam arbitrárias ou irrazoáveis* em suas prescrições, em suas determinações ou em suas limitações.

Achando-se o conteúdo da norma legal tisonado pelo vício da irrazoabilidade, incide, o legislador, em causa configuradora do excesso

de poder, o que compromete a própria função jurídico-constitucional dessa espécie normativa, notadamente daquelas situações em que a lei se reduz a condição de deliberação estatal totalmente opressiva e arbitrária.”

A ser assim, absurda seria a possibilidade de uma dupla sanção pecuniária –administrativa e criminal – à pessoa física, vez que restaria impossibilitada de exercer o direito a uma existência digna e a regular satisfação de suas necessidades vitais básicas, vez que haverá uma cumulação de pesadas sanções.

Outra questão que pode surgir e também nos aflige nessa cumulatividade sancionatória refere-se ao momento em que será imposta a via penal sancionatória: será a pena de multa do art. 4.º da Lei 8.137/90 imposta após a sanção administrativa? Caso positiva a resposta, como calcular o sistema dias-multas, vez que alterado o critério da aferição da capacidade contributiva da pessoa física? Como poderá impor uma pena de multa em face do crime sem levar em conta a sanção imposta pela esfera administrativa?

Se a sanção pecuniária penal leva em conta a situação econômica e patrimonial do autor, como desconsiderar o confisco anteriormente imposto por meio da sanção administrativa? Caso se opte preliminarmente pela punição criminal antitruste antes da punição administrativa, não seria incoerente impor a sanção penal antitruste se nem mesmo é certa a conduta ilícita antitruste?

IV – Da necessária individualização da sanção pecuniária

Claro assim que, qualquer que seja a sanção pecuniária, imprescindível se faz a individualização da conduta – assim como a eventual penal –, que apenas poderá ser aplicada após analisadas a conduta do agente e sua situação econômica financeira.

Alberto Silva Franco salienta: “O princípio da individualização da pena garante, em resumo, uma pena particularizada, pessoal, distinta e, portanto, inextensível a outro cidadão, em situação fática igual ou assemelhada”.⁹

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, coloca a culpabilidade do agente como medida da aplicação da pena e destaca que a individualização

⁹ *Crimes hediondos*, 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2000, p. 237-238.

da pena, que deve ser motivada, é um direito público subjetivo do apenado (HC 72992/SP-963).

Consoante manifestação do Superior Tribunal de Justiça,¹⁰ o princípio da individualização da pena, materialmente, significa que a sanção deve corresponder às características do fato, do agente e da vítima. Ou seja, deve haver a adequada sintonia entre a sanção aplicada e todas as circunstâncias do delito.

Para José Eduardo Goulart,¹¹ o princípio da individualização da pena é consequência direta do postulado da personalidade. Esse postulado reza que a pena só pode ser dirigida à pessoa do autor da infração na medida de sua culpabilidade.

Não podemos compactuar como normal ou possível uma vinculação entre sanções, principalmente diante de entes tão diferentes, como uma pessoa jurídica de relevante participação no mercado, a ponto de conseguir participar de um cartel, e uma pessoa física, funcionário desta empresa, que recebe salário ao final de cada mês.

Novamente salientamos que a sanção administrativa que deverá incidir sobre a empresa deverá ser calculada com base no faturamento bruto, que nada mais é do que o valor total das vendas de mercadorias e serviços realizadas no período contábil em avaliação, não se descontando do faturamento os valores gastos com a produção, salários, tributos, não se incluindo também as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos.

Sobre esta base de cálculo, ou seja, sobre o total do faturamento, serão descontados para efeito do cálculo sancionatório apenas, segundo a lei, os impostos.

Mas qual é a extensão do conceito de impostos definido no art. 23 para efeitos de punição pecuniária à pessoa jurídica e conseqüentemente à pessoa física no âmbito da seara antitruste?

¹⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6.^a Turma, Resp. n. 151.837/98, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Votação não unânime. *DJ* 28/05/98.

¹¹ *Princípios informadores do direito da execução penal*, São Paulo: RT, 1994, p. 95-97.

V – Alternativas e impostos

O art. 23 da Lei 8.884 dispõe que, para efeitos da punição administrativa, deverão ser excluídos da base de cálculo da multa os impostos, o que pode nos levar a duas interpretações:

A) Será excluída da base de cálculo qualquer espécie tributária, recebendo uma denominação genérica de imposto.

B) Serão excluídos apenas os impostos que recebem esta classificação, sendo que outros tributos como PIS e Cofins fariam parte da base de cálculo sobre a qual se estipularia o “quantum” da sanção, vez que não serão classificados como impostos e sim como contribuições sociais, e logo a proibição de integrarem a base de cálculo não está expressa na lei.

De pronto, já se constata a má técnica legislativa na redação desse artigo, levando-nos a uma dúbia interpretação, ensejando mais uma insegurança jurídica, a qual poderia ser facilmente corrigida, caso o legislador utilizasse o termo “tributos”.

Não há dúvida de que as multas são uma das formas de se tentar dissuadir o agente da conduta ilícita, prevenindo que empresas se envolvam em comportamentos anticoncorrenciais, devendo, entretanto, fixar-se patamares para sanções pecuniárias, vez que ténue pode se tornar à linha entre dissuasão e desproporção.

Alternativas poderiam assim ser propostas, devendo o direito administrativo sancionador acreditar no seu poder simbólico, preventivo, educativo e repressivo, aplicando-se no âmbito da esfera administrativa sancionatória o próprio sistema dias-multa em substituição a esta absurda vinculação entre as sanções das empresas e dos administradores, que lesa o princípio da proporcionalidade e da individualização de penas, figurando o critério da valoração da conduta e da situação econômica do autor da conduta antitruste uma alternativa para barrar o verdadeiro confisco de proibição constitucional.

VI – Conclusão

Defendemos a tese da regulação única e exclusiva de um direito administrativo sancionador nos casos de cartéis, vez que devemos evitar ao máximo a interferência penal no âmbito econômico, recorrendo-se a um subsistema legal, mais célere e menos burocrático com plenas condições

de cumprir as funções almejadas pelo uso da esfera penal, revalorizando os agentes do Estado e, por via de consequência, toda a sociedade, evitando a constante negação dos postulados normativos de raiz constitucional.

A nosso ver, a sanção administrativa antitruste imposta à pessoa física não deve estar vinculada à sanção aplicada à pessoa jurídica, podendo-se utilizar o sistema dias-multa na esfera administrativa como critério valorativo que respeita os princípios da individualização da sanção, da proporcionalidade ou razoabilidade.

A terceira via constitui assim em uma alternativa à punição na seara do abuso do poder econômico, respeitando-se sempre os princípios constitucionais, conferindo aos julgadores os instrumentos garantísticos inerentes a qualquer julgamento imparcimonioso, tendo razão Reale Júnior ao afirmar ser essencial que a descriminalização dos crimes econômicos, relativos ao abuso do poder econômico, deve andar de par com a elaboração de uma nova legislação antitruste, a fim de superar as falhas gritantes de técnica legislativa e da lógica atual, que ignora não somente os princípios constitucionais, como também o diálogo entre os subsistemas e o bom senso.

Deve-se conferir primazia ao direito administrativo sancionador com enfoque na estrutura, orçamento e independência dos órgãos de julgamento, atuando o direito penal antitruste apenas como *ultima ratio*, primando na multa administrativa proporcional à pessoa física a sanção por excelência, fomentando, por outro lado, também a sanção administrativa da contrapropaganda, intervindo a seara penal em casos de extrema necessidade, propugnando pelo avanço do estudo do direito administrativo sancionador, que em nada reduz as garantias do direito penal, que continuará a interferir até que novos instrumentos sancionatórios administrativos sejam fomentados, denotando eficiência e razoabilidade do direito.

Referências bibliográficas

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE. <http://www.cade.gov.br>, acesso em: 10 de setembro de 2008.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, acesso em: 30 de setembro de 2008.

BRASIL, Manual de Redação da Presidência da República, elaborado por comissão presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes.

- BRASIL, Presidência – Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/LEIS/L8884.htm>, acessado em 30 de setembro de 2008.
- BRASIL, Presidência – Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L8137.htm>, acessado em 30 de setembro de 2008.
- BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Jurisprudência. Disponível em: www.stj.gov.br, acessado em 29 de setembro de 2008.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – Jurisprudência. Disponível em: www.stf.gov.br, acessado em 29 de setembro de 2008.
- CANOTILHO, J. G. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- FERRARI, Eduardo Reale. *Medidas de segurança e direito penal no estado democrático de direito*. São Paulo: RT, 2001.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *O direito de propriedade e as limitações e ingerências administrativas*. São Paulo: RT, 1980.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000. p. 237-238.
- GOULART, José Eduardo. *Princípios informadores do direito da execução penal*. São Paulo: RT, 1994. p. 95-97.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2001.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: RT, 2000. p. 176.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

MODELOS DE SIMULAÇÃO EM ANÁLISE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

*Ruy Santacruz**

I – Introdução

O julgamento do Ato de Concentração Nestlé-Garoto, em fevereiro de 2004, trouxe para a análise antitruste no Brasil a aplicação de modelos de simulação dos efeitos de fusões e aquisições sobre os preços. As primeiras contribuições teóricas relevantes para o uso desta técnica datam da metade dos anos 90. Werden e Froeb (1994) propuseram a simulação para mercados com produtos diferenciados usando o modelo de Bertrand. Posteriormente, Epstein e Rubinfeld (2001) fizeram aplicação semelhante usando o modelo de Cournot.¹

Uma vez que o controle antitruste das estruturas de mercado busca entender exatamente o comportamento dos preços após atos de concentração,² o uso de simulações seria tanto mais importante quanto maior a capacidade de fornecer previsões confiáveis. Por outro lado, é preciso considerar o inverso: o uso de simulações seria tanto menos importante quanto menor a capacidade de gerar resultados confiáveis.

As simulações utilizam modelos de oligopólio extraídos da literatura microeconômica clássica. Embora as simulações de fusões possam ser aplicadas a vários tipos de indústria, a maior parte das aplicações se dá sobre oligopólios que competem com produtos diferenciados vendidos aos consumidores finais. Nesse caso, todos os atributos dos produtos diferenciados são abandonados e se considera que a competição ocorre basicamente via preços. Várias outras hipóteses simplificadoras precisam ser assumidas,

* Professor da Faculdade de Economia da UFF.

¹ Outras contribuições importantes são as de Werden & Froeb (1996), Werden & Froeb (2002), Werden (1997a), Werden (1997b), Shapiro (1996), Hausman & Leonard (1997), Hausman, Leonard & Zona (1994).

² O controle de fusões e aquisições visa a impedir que a concentração de mercado (horizontal ou vertical) aumente a probabilidade de exercício de poder de mercado. Em outras palavras, visa a impedir o aumento de preço no mercado relevante.

incluindo custos marginais constantes e, na maioria das vezes, que os varejistas aplicam margens de lucro constantes nas vendas dos produtos. Essas hipóteses comprometem a capacidade de os modelos refletirem de maneira adequada as reais condições da concorrência.

II – Maiores problemas

Até o início dos anos 80 a análise de fusões pelos órgãos antitruste dos EUA era baseada exclusivamente nas participações de mercado das firmas. O Guidelines Horizontal apresentado pelo DOJ e FTC, no ano de 1982 (e suas versões de 1984 e 1992), foi uma tentativa de ampliar o espectro da análise introduzindo conceitos econômicos na investigação como, por exemplo, o teste do monopolista hipotético na definição do mercado relevante. Além disso, pela primeira vez as autoridades antitruste norte-americanas reconheciam que um ato de concentração pode gerar eficiências compensatórias.

Apesar de os guias preverem uma redução da análise matemática baseada em índices de concentração, isso não ocorreu (vide Santacruz, 1998). Além disso, a introdução do teste do monopolista hipotético estabeleceu uma metodologia adequada para a definição dos mercados relevantes, mas criou um problema, uma vez que o teste exige o uso de instrumental quantitativo mais sofisticado do que aqueles até então utilizados pela análise antitruste tradicional.

Diante disso, Werden e Froeb (1994) propuseram uma nova ferramenta de análise de fusões. Considerando que para a definição do mercado relevante a autoridade precisa coletar dados de preços e quantidades ofertadas pelas firmas nos mercados, essas informações poderiam ser usadas em um modelo de oligopólio e com isso, a partir do equilíbrio pré-fusão (nível dos preços e quantidades ofertadas observadas no mercado), simular o novo equilíbrio de preços e quantidades. Além disso, a simulação permitia calcular o efeito líquido da fusão, considerando a geração de eficiências compensatórias, uma das bandeiras da Escola de Chicago.³

³ A proposta dos economistas alinhados com a Escola de Chicago, embora nem sempre explícita, era de flexibilizar o controle de fusões e aquisições, uma vez que destas operações freqüentemente surgem empresas mais eficientes do ponto de vista dos custos de produção, o que geraria eficiências “dinâmicas” para a sociedade, na medida em que com custos menores os preços tenderiam a diminuir no futuro. Dessa maneira, calcular a redução de custos necessária para aprovar uma fusão era essencial.

Assim, com a ascensão da Escola de Chicago, de corte ortodoxo, a análise antitruste passou a considerar modelos de oligopólio que haviam sido abandonados por serem considerados muito simplistas, entre eles os modelos de Cournot e Bertrand. Nos dois modelos toda e qualquer fusão que não gerar redução de custos resultará em aumento de preços. Isso porque na concepção ortodoxa os preços se elevam monotonicamente na medida em que o número de competidores no mercado se reduz.⁴ Desde então, esse tipo de exercício passou a ser utilizado, com modificações apenas da forma funcional da demanda e do modelo de interação entre as firmas – vide Epstein e Rubinfeld (2001).

O modelo de Bertrand é o mais utilizado e vem sendo aplicado para a simulação de fusões em indústrias com produtos diferenciados, em alguns casos. Sua grande vantagem é dispensar a estimativa da função custo ou da função de produção para determinar o lado da oferta. A partir dos dados de preços e quantidades observados no mercado antes da fusão é possível inferir os custos marginais de cada firma (considerados como constantes). Como será mencionado mais à frente, embora simplificadora, a hipótese de custo marginal constante interfere de maneira significativa nos resultados obtidos.

Um modelo de simulação dos efeitos de fusões sobre preços e quantidades ofertadas no mercado nada mais é do que fazer uma série de hipóteses sobre como os consumidores e as firmas se comportam hoje e como se comportariam após a fusão. As hipóteses sobre o comportamento do consumidor estão representadas na especificação da demanda, e o comportamento das firmas na forma como elas interagem estrategicamente. Após estimar o aumento de preços no mercado, considerados os custos marginais constantes, um segundo passo na simulação dos efeitos de uma fusão seria estimar a redução compensatória de custo marginal capaz de manter os preços nos níveis pré-fusão. Ou seja, qual seria a redução de custo marginal necessária para que a firma maximize lucros sem aumento nos preços, conseqüentemente sem perda de bem-estar do consumidor.⁵

⁴ Porém, como se sabe, a relação automática entre redução do número de competidores e aumento nos preços não foi comprovada empiricamente, mesmo porque dependendo das condições reais da concorrência é possível que mercados mais concentrados apresentem preços relativamente mais baixos do que mercados menos concentrados.

⁵ Caso a operação redunde em Redução de Custo Marginal Compensatória (CMCR, na sigla em inglês) suficiente, a empresa maximiza seu lucro sem aumento nos preços.

De um modo geral, portanto, nas simulações é necessário: i. definir o mercado relevante; ii. identificar os níveis de preços e quantidades ofertadas pré-fusão; iii. escolher a forma funcional da demanda (comportamento do consumidor); iv. escolher o modelo de oligopólio a ser utilizado (comportamento da firma); v. estimar os níveis de preços e quantidades ofertadas pós-fusão; e vi. realizar uma análise entre os ganhos de eficiência decorrentes da fusão (redução dos custos) e a perda de bem-estar decorrente do aumento de preços.

Crooke *et al.* (1999) demonstram que a escolha da forma funcional da demanda determina os resultados da simulação. A simulação do efeito da fusão implica estimativa do que vai ocorrer no futuro, com base nos dados do passado. Para isso é preciso estimar as elasticidades da demanda no mercado relevante. Essa estimativa não é trivial e envolve outro lote de hipóteses simplificadoras. A escolha da forma funcional da demanda deveria teoricamente ser feita a partir de uma análise do comportamento do mercado, mas isso nem sempre é possível por uma questão de tempo ou de acesso aos dados. Dessa maneira, as simulações apresentam resultados diferentes decorrentes da escolha da forma funcional da demanda.

O passo seguinte é a escolha do modelo teórico a ser utilizado. Segundo Pioner e Pinheiro (2006), a escolha do modelo de Bertrand para a simulação já enviesava os resultados obtidos. Os autores replicam a análise de um caso analisado nos EUA no qual foi utilizado o modelo de Bertrand e repetem a mesma rotina utilizada na simulação, mas agora para um modelo de Cournot, obtendo como resultados preços significativamente mais altos do que os previstos quando aplicado o modelo de Bertrand.

Para os autores, a escolha do modelo pode ser dividida em duas questões principais: i. tipo de variável de escolha – preço ou quantidade; e ii. se a interação é dinâmica ou estática. Como basicamente todos os modelos que são usados em simulação de fusões utilizam um modelo estático em que a variável de escolha é preço, os autores indagam: “A indústria realmente se comporta dessa forma? Existe evidência empírica sobre esse tipo de comportamento”? Pioner e Pinheiro (2006) sustentam que modelos estáticos como Bertrand e Cournot não seriam capazes de simular de maneira adequada os resultados de uma fusão. Já os modelos dinâmicos, apesar de trazerem mais realismo à modelagem, ainda não teriam bases teóricas suficientemente robustas e, por isso, também não poderiam ser utilizados.

Scheffman e Coleman (2002)⁶ observam que as simulações apresentam um tratamento simplista concedido ao comportamento tanto dos fabricantes do produto relevante quanto dos seus revendedores finais, além de fazerem uso de modelos de oligopólio também muito simplistas – razão pela qual, segundo os autores, freqüentemente apresentam projeções de preços absurdamente altas como resultados das fusões analisadas. Tais modelos não conseguem captar a interação estratégica entre as empresas. Nesse sentido, as firmas no mundo real adotariam estratégias diferentes daquelas previstas pelos modelos usados nas simulações – especialmente se for considerado o fato de que as simulações envolvem diferentes empresas, que atuam em diferentes indústrias. Desse modo, não se poderia saber se a previsão do modelo quanto ao comportamento dos preços ocorrerá de fato, uma vez que não se pode saber se as estratégias das empresas estão corretamente contempladas no modelo utilizado.

De fato, não há qualquer evidência empírica que demonstre que o modelo de equilíbrio de Bertrand, utilizado em mercados de produtos diferenciados, explique de maneira adequada o que acontece nos mercados reais. Scheffman (2004) observa que após muitos anos lecionando disciplinas ligadas à formulação de estratégias empresariais em programas de MBA pode afirmar que o modelo de Bertrand não é capaz de explicar a competição nos mercados reais. Segundo o autor, o modelo não teria nada para dizer sobre como se dá a competição em mercados com produtos diferenciados, mesmo porque o modelo de Bertrand nem seria um modelo de competição.⁷

Os modelos clássicos de oligopólio apresentam outros problemas importantes, como o fato de não conseguirem captar o efeito de entradas de novos competidores no futuro – nem mesmo estimam essa possibilidade –, nem o efeito sobre a competição do lançamento de novos produtos. Além disso, em mercados de produtos diferenciados consideram apenas o preço como a variável estratégica da competição, desprezando os diferentes atributos dos produtos. Outro problema diz respeito ao fato de que em vários casos as informações sobre os preços compreendem uma agregação

⁶ Scheffman era Economista-Chefe da FTC (Director of the Bureau of Economics) quando escreveu este texto.

⁷ Scheffman observa que no modelo de Bertrand o competidor maximiza lucros sujeito a uma curva de demanda *ceteris paribus*. Isso é exatamente o que o monopolista faz, desconsiderando a presença de outros competidores. Dessa maneira, o modelo de Bertrand seria uma forma reduzida de um modelo tradicional de monopólio.

de vários tipos de embalagem. A simples agregação já provoca diferentes efeitos sobre os resultados das simulações, mas, além disso, mudanças no *mix* de vendas das embalagens sugerem alterações nos preços que de fato não ocorreram.

Mais importante, no entanto, é o fato de que os modelos de oligopólio disponíveis podem não explicar como os fabricantes competem, como os varejistas operam e as relações entre fabricantes e varejistas. De um modo geral, as simulações são realizadas a partir de dados da venda final do produto, ou seja, analisam o comportamento dos produtores com base nos preços praticados pelos varejistas. A hipótese subjacente é a de que distribuidores e varejistas não interferem no processo de precificação. Porém, a experiência indica o contrário: distribuidores e/ou varejistas têm papel fundamental na precificação dos produtos relevantes. Além disso, se há um preço de equilíbrio para o consumidor final, é sempre possível que uma fusão provoque um rearranjo nas margens de lucro ao longo da cadeia produtiva, mas não altere o preço para o consumidor final.

Mesmo Froeb (2004),⁸ um veemente defensor do uso de modelos de simulação para analisar os efeitos de fusões sobre os preços, ressalta que uma simulação jamais pode ser considerada “a resposta”. Isso porque reconhece as dificuldades envolvidas no adequado levantamento dos dados⁹ e porque considera adequados apenas os modelos que estimam não apenas o comportamento dos fabricantes envolvidos na fusão, mas também de seus concorrentes, dos varejistas, dos consumidores e a interação entre todos estes agentes econômicos no mercado. Assim, reconhece que não seria neutra a opção de usar preços praticados pelo varejista para o consumidor final para analisar os efeitos de uma fusão entre fabricantes. Ressalta, ainda, a dificuldade envolvida na estimação do comportamento dos consumidores, ou seja, na estimação das elasticidades da demanda.

Além do problema da inadequação do próprio modelo para simular o que ocorre de fato nos mercados, nos modelos de simulação atualmente utilizados uma das principais hipóteses é a de o custo marginal permanecer constante, independentemente da quantidade produzida. Essa hipótese tem sua origem na impossibilidade de se calcular o custo marginal de maneira

⁸ Economista-Chefe da FTC.

⁹ Quando os dados não estão disponíveis na maneira adequada, os economistas têm a tendência de “resolver o problema” adotando hipóteses compensatórias ou buscando a “melhor substituição possível” para os dados que faltam.

correta. Dessa maneira, a saída encontrada pelos economistas foi inferir o custo marginal a partir dos dados de preços e quantidades ofertadas no mercado, ou seja, a partir dos dados de equilíbrio da indústria. Para tanto, contudo, é preciso fazer hipóteses bastante restritivas sobre a demanda e sobre a forma de competição entre as firmas (isto é, o modelo de competição entre as firmas).

Após analisar vários estudos, Pioner e Pinheiro (2006) concluíram que o custo marginal inferido a partir dos dados de equilíbrio da indústria apresenta resultados diferentes daqueles efetivamente observados, com conseqüências importantes para os resultados da simulação. Segundo os autores, “a hipótese de custo marginal constante não apenas afeta a inferência do valor do custo marginal..., como também os resultados da simulação”.

Os autores observam que uso do modelo de Bertrand traria uma grande vantagem para o investigador antitruste: conhecidos os preços e estimada a demanda, seria possível obter os custos marginais (desde que considerados constantes), o que permitiria a aplicação direta da análise de *trade-off* entre eficiência e perda de bem-estar. Em outras palavras, a simulação já traz a informação da redução de custos necessária para que não ocorra elevação de preços no mercado relevante. Com isso bastaria à autoridade antitruste estimar a redução de custos prevista com a fusão para saber se os efeitos líquidos sobre o bem-estar seriam positivos ou negativos.

Modelos de simulação serviriam, portanto, não apenas para dizer quais seriam os novos preços de equilíbrio após uma fusão; eles também poderiam ser utilizados para identificar a magnitude da redução no custo marginal das firmas fusionadas capaz de manter os preços da indústria inalterados. Essa é a idéia por trás do cálculo das reduções compensatórias de custo marginal (CMCR em inglês).

O uso do CMCR é defendido por Werden (1996), entre outros, por ser, segundo este autor, independente da forma funcional da demanda. Pioner e Pinheiro (2006) não concordam: “(...) a simulação de fusões é dependente de hipóteses sobre a demanda, custos marginais e interação estratégica entre as firmas (o modelo de competição)”. Para os autores, “mesmo com a pesquisa tendo avançado bastante na primeira área (estimação da demanda), os modelos que temos disponíveis hoje em dia para avaliar custos e, principalmente, interação estratégica, ainda são muito preliminares”. Por isso, “mesmo conceitos que se acreditava serem independentes da forma funcional da demanda (no caso, o CMCR) procuramos mostrar que não o são”.

Assim, considerando os passos envolvidos no uso de modelos para simular os efeitos de atos de concentração sobre os preços da economia, bem como seus efeitos líquidos sobre o bem-estar (*trade-off* entre poder de mercado e eficiência), nota-se uma enorme dificuldade de esse tipo de exercício produzir uma boa resposta, decorrente i. do tratamento do comportamento do consumidor (estimação da demanda); ii. da escolha do modelo; e iii. da hipótese de custos marginais constantes. Todas essas “escolhas” enviam os resultados.

O problema, porém, não é apenas de dificuldades técnicas para a realização da simulação – que no caso da determinação das elasticidades da demanda pode, em alguns casos, ser tecnicamente contornado. As dificuldades existem e são reais, porém o maior problema é de ordem conceitual: a literatura econômica não foi capaz de disponibilizar um modelo capaz de captar as reais condições da competição. Como Scheffman observou, as empresas simplesmente não se comportam na forma proposta pelos modelos de Bertrand, Cournot, ou qualquer outro modelo estático criado dentro do paradigma racional-maximizador neoclássico.

Certamente a maior dificuldade dos modelos clássicos de oligopólio é lidar com a questão da interdependência oligopolista. O simples reconhecimento de que as empresas em oligopólio interagem estrategicamente implica admitir que elas contam com enormes incentivos para o conluio. Diante da dificuldade evidente de a teoria econômica tratar o incentivo ao conluio, Matsumura e Mello (2006) buscaram entender o fenômeno a partir da Teoria dos Jogos, “cujos principais resultados fornecem as condições necessárias para a emergência de um conluio sustentável”. Porém, diante das dificuldades enfrentadas na pesquisa, os autores foram obrigados a concluir que “deve-se ter em mente, entretanto, que esta literatura [Teoria dos Jogos] ainda não foi capaz de fornecer as condições suficientes para o conluio tácito, já que o comportamento subjacente a este acordo depende de uma série de fatores como: a variável estratégica (preços, quantidades, capacidade) empregada, o grau de substituição dos produtos, as instituições e as condições estruturais em um determinado mercado”.

Em resumo, os autores se depararam com a dificuldade intrínseca ao fato: não é possível modelar de maneira confiável o comportamento estratégico das firmas. Os resultados mudam de uma indústria para outra, de uma firma para outra e, até mesmo, mudam dentro de uma mesma firma, no tempo. Como solução para o problema identificaram características do mercado que devem ser analisadas para se concluir se estão presentes as

condições estruturais para o acordo tácito – o que ainda assim não significa dizer que na presença desses fatores o acordo será realizado. As características citadas pelos autores são as mesmas utilizadas no modelo Estrutura-Conduita-Desempenho (ECD), como nível das barreiras à entrada, poder de barganha do comprador, produto diferenciado ou homogêneo, número de competidores etc.

Após a dificuldade encontrada com o uso de técnicas da Teoria dos Jogos, os autores partiram para investigar a possibilidade de técnicas quantitativas oferecerem solução para identificar a presença de conluio nos mercados. Mas concluem: “(...) mesmo que dados suficientes e confiáveis possam ser obtidos, deve-se ressaltar que as técnicas econométricas não são suficientes para gerar uma evidência indubitável da existência de conluio”. Em resumo, não há como modelar o conluio.

Desse modo, considerando i. que o incentivo ao conluio é algo inerente ao oligopólio; ii. que a capacidade das firmas coordenarem suas decisões é fundamental na determinação dos preços e das demais decisões estratégicas das firmas; e iii. que o conluio tácito (ou paralelismo de preços, ou coordenação oligopolista, ou seja, o nome que se queira dar) é uma característica da competição que não admite modelagem quantitativa, a conclusão a que se chega é que a simulação de fusões e aquisições mediante o uso de modelos clássicos de oligopólio é imprópria e inadequada aos fins a que se propõe.

III – O conluio na literatura de Economia Industrial

Um dos maiores problemas da teoria microeconômica tradicional decorre da reconhecida dificuldade de tratar teoricamente a questão das estratégias empresariais. Por essa razão, de uma forma ou de outra os modelos clássicos escamoteiam a discussão sobre a interdependência das decisões empresariais em contextos de mercados oligopolizados.

As estruturas de mercado oligopolizadas predominam no mundo real, o que significa que qualquer teoria microeconômica que se pretenda realista precisa considerar a interdependência das decisões das firmas que atuam em um mesmo mercado. Conseqüentemente, é razoável supor, como faz a literatura da Economia Industrial, que as empresas buscam adotar políticas de cooperação (implícitas ou explícitas), para que seus lucros sejam mais elevados. Mesmo Stigler (1964), um economista ortodoxo ligado à Escola

de Chicago, em artigo seminal adota a hipótese básica de que os oligopolistas desejam entrar em conluio para maximizar os lucros conjuntos.

As características e formas de operação desses acordos são discutidas no âmbito dos denominados “Modelos Colusivos de Oligopólio”. Os relatos de casos na área da defesa da concorrência e evidências empíricas da Economia Industrial demonstram a existência de diversas situações em que empresas estabelecem acordos formais ou tácitos. Os acordos formais são aqueles em que as empresas estabelecem comunicação explícita ou contato direto, combinando preços ou regras de comportamento (cartel). Já quando a coordenação de preços ou ações é fruto da racionalidade econômica, as empresas seguem regras tácitas, que não foram combinadas explicitamente, ou seja, decorrentes da vivência na indústria e do aprendizado. Nesse caso, estamos diante do acordo tácito, também conhecido na literatura econômica como “conluio tácito”.

O conluio tácito não supõe comunicação entre as firmas nem envolve necessariamente uma infração à ordem econômica.¹⁰ Quando firmas de um mesmo mercado se engajam nesse tipo de comportamento, observam-se resultados mais próximos ao do monopólio do que ocorreria na ausência de cooperação entre as firmas – em termos de preços, quantidades vendidas e ritmo no lançamento de novos e melhores produtos. Com o acordo tácito, as firmas logram manter preços mais elevados por meio de um compromisso não explicitado segundo o qual nenhuma delas adotará comportamentos que possam redundar em perda de coordenação. Esse comportamento não caracteriza formação de cartel nem é considerado infração à ordem econômica, por se tratar de uma conduta racional e eficiente do ponto de vista do comportamento oligopolista.

Segundo Tirole *et al.* (2003), “colusão tácita não precisa envolver nenhuma ‘colusão’ no sentido legal, e particularmente envolve a não comunicação entre as partes. O acordo é referido como colusão tácita somente porque o resultado alcançado (em termos de conjunto de preços ou quantidades produzidas, por exemplo) pode ser bem parecido com os alcançados através

¹⁰ Apenas o acordo explícito caracteriza o cartel, considerado em todas as jurisdições como uma infração à ordem econômica. A jurisprudência brasileira, assim como a internacional, costuma utilizar na prova do cartel a tese do *paralelismo-plus*, segundo a qual é preciso demonstrar a existência do comportamento típico do acordo tácito (paralelismo na conduta das firmas), além de uma prova adicional (plus) de que o acordo é explícito (prova do contato efetivo entre as firmas).

da colusão explícita ou mesmo de um cartel oficial. Um melhor termo sob uma perspectiva legal deveria ser Coordenação Tácita”.

Assim, no âmbito de uma indústria oligopolística, o estabelecimento de algum tipo de colusão converte-se numa regra geral, dada a interdependência estratégica entre os agentes. Algum tipo de coordenação das decisões tomadas pelos agentes é bastante comum nestas indústrias, mesmo quando não resulta em um acordo explícito e intencional (cartel).

O conluio entre firmas, seja tácito ou explícito, encontra os seguintes problemas. Primeiro, um acordo precisa ser alcançado – logo, precisa haver consenso entre os competidores. Segundo, logo que o acordo estabelece um nível de preços acima do considerado competitivo, as firmas têm um incentivo à trapaça. Terceiro, para que o acordo persista, deve haver métodos de monitoramento da conduta e detecção do desvio. E por último, uma vez detectada a trapaça, uma punição aos desviantes deve ser crível e aplicada (Jacquemin e Slade, 1989). Esses problemas estão relacionados aos fundamentos do paradigma Consenso-Detecção-Punição (CDP), ressaltado por Stigler (1964) para a existência de um acordo bem-sucedido.

Algumas características do mercado influenciam a sustentação do conluio e afetam as condições descritas anteriormente. Matsumura e Mello (2005) dividem-nas em três grupos: i. Variáveis estruturais: por exemplo, número de competidores, barreiras à entrada, repetição e frequência da interação; ii. Variáveis do lado da oferta: por exemplo, capacidade instalada, grau de inovação no mercado, grau de homogeneidade das firmas e dos produtos; e iii. Variáveis do lado da demanda: crescimento e flutuações de mercado e elasticidade-preço da demanda, entre outros.

Os autores ressaltam que alcançar um acordo pode ser difícil, dependendo das condições de mercado. Uma vez que a incerteza é introduzida, os acordos devem ser frequentemente revistos, aumentando assim os custos de negociação. Divergências de opinião sobre as condições futuras do mercado podem dificultar o entendimento das firmas, que podem discordar sobre custos, demanda, entrada de rivais, dentre outros fatores. Empresas que atuam em indústrias sujeitas à rápida mudança tecnológica encontram dificuldades para atingir acordos, porque podem introduzir diferentes produtos, alterar custos de produção e conseqüentemente mudar as condições de demanda.

Mesmo depois de consumado o acordo, os problemas da coordenação oligopolista não estão resolvidos. O simples fato da existência de um nível de preço acima do nível não-cooperativo cria incentivos para o desvio. Se as

vendas são de grande valor e pouco freqüentes ou a detecção do desvio é de demorada identificação, as firmas são encorajadas à trapaça. Cada um desses fatores implica que um aumento substancial no valor das vendas pode ser obtido por meio de um simples corte nos preços, tornando as vendas mais lucrativas para a firma que trapaceia. Assim, as firmas que entram num acordo colusivo precisam estar aptas a detectar cortes secretos nos preços ou aumento da produção iniciado pelas rivais.

Nota-se, dessa maneira, que embora o incentivo ao conluio tácito entre competidores em mercados oligopolizados seja grande, o acordo nem sempre é alcançado, ou é alcançado de maneira parcial, diante das dificuldades para a sua implementação e manutenção. Por essa razão a coordenação oligopolista não implica necessariamente resultados no mercado (em termos de preços e quantidades ofertadas) equivalentes aos de cartel.

A dificuldade de a teoria econômica lidar com o fenômeno decorre do fato de que a sua eficácia depende de uma miríade de características estruturais do mercado (fatores objetivos) e da forma de ver e pensar a estratégia competitiva de cada empresa (fatores subjetivos). Esse é o problema com o qual os modelos clássicos de oligopólio não conseguem lidar e que faz deles leitores equivocados da forma como ocorre a competição real.

III.1. O modelo estrutura-conduta-desempenho

O processo de conluio, tácito ou explícito, está associado a três dimensões fundamentais possíveis de serem correlacionadas aos conceitos de *estrutura, conduta e desempenho*, recorrentemente utilizados como quadro de referência analítico básico no campo da Economia Industrial. Na avaliação empírica da existência de conluio, um procedimento importante refere-se à tentativa de compreender como essas dimensões são afetadas no caso particular investigado.

Em termos da *estrutura* prevalecente em determinado mercado, a consolidação de um conluio vincula-se a condições estritas de oligopólio, caracterizadas por um número limitado de produtores, o que reforça a interdependência estratégica entre as firmas. Adicionalmente, admite-se que, para este tipo de acordo perdurar e ser fortalecido, é importante a existência de uma relativa estabilidade da estrutura de mercado, o que requer a presença, em algum grau, de barreiras à entrada de novos produtores na indústria. Várias outras características estruturais do mercado contribuem para facilitar ou dificultar o acordo, como homogeneidade nos custos de produção das

firmas, ritmo de inovações tecnológicas, participações de mercado semelhantes, características do produto (homogêneo ou diferenciado), frequência e repetição das vendas etc.

Em termos dos padrões de *conduta* dos agentes, a consolidação do conluio implica a adoção de algum tipo de procedimento de coordenação das decisões dos agentes que dele fazem parte, de modo a atingir objetivos comuns. As características estruturais do mercado ajudam ou atrapalham o acordo.

Finalmente, em termos do *desempenho* dos agentes, a consolidação de um conluio implica algum tipo de ganho (ou retorno econômico) adicional para os agentes que dele fazem parte, em comparação com a situação que prevaleceria na ausência deste tipo de conduta. Geralmente, a obtenção deste tipo de ganho envolve a cobrança de algum sobrepreço adicional, em comparação com aquele que seria obtido na ausência do acordo. É preciso notar que o conluio tácito pode não se diferenciar em termos de desempenho do cartel (preços igualmente elevados). Quanto melhor a coordenação oligopolista, mais próximos ficam os resultados de mercado daqueles alcançados pelo acordo explícito. Se uma boa coordenação não for alcançada, os resultados serão mais afastados do resultado de cartel.

Essa abordagem (chamada estruturalista) baseia-se na proposição teórica de que elementos-chaves estruturais de um mercado determinam a conduta e o desempenho das firmas nesse mercado. Em geral esses modelos prevêem que a redução do número de vendedores e a elevação do nível das barreiras à entrada facilitam a coordenação entre firmas (conduta) e elevam a probabilidade de que os preços praticados no interior desse mercado sejam maiores do que os custos médio e marginal (desempenho). Outras hipóteses derivam do paradigma estruturalista, mas esta recebeu a maior atenção dos estudos empíricos e tem sido a maior fonte de inspiração da aplicação antitruste.

Assim, desde a década de 50 a visão *mainstream* antitruste baseia suas recomendações num corpo analítico que relaciona o desempenho dos mercados, em termos de bem-estar, com um determinado elenco de atributos característicos de sua estrutura, principalmente grau de concentração da oferta e nível das barreiras à entrada. Identificado na literatura como o Modelo Estrutura-Conduta-Desempenho (ECD), vem sendo utilizado como referência obrigatória da política antitruste, enfatizando a necessidade do controle das estruturas de mercado.

O modelo teve sua origem no reconhecimento da necessidade de uma nova teoria microeconômica que representasse uma ruptura com a análise tradicional e que ao mesmo tempo fosse capaz de identificar os objetivos econômicos que deveriam ser perseguidos pelas políticas públicas. Sendo assim, procurou identificar, desde logo, aquelas características dos mercados e da concorrência que fossem mais eficientes na geração de efeitos positivos sobre o bem-estar.

Dessa maneira, o Modelo ECD reconhece a interação estratégica entre as firmas como ponto de partida na tomada de decisões empresariais, o que significa que considera o conluio como parte das estratégias empresariais e que este é fundamental na determinação dos preços nos mercados. Os modelos clássicos não conseguem trabalhar com esse dado, o que os tornam inadequados para interpretar decisões empresariais.

O Modelo ECD, no entanto, não é capaz de fornecer respostas matemáticas para o investigador antitruste. O investigador quer saber se uma fusão provocará elevação nos preços, como resultado de uma maior probabilidade de exercício coordenado ou unilateral de poder de mercado. O modelo não é capaz de prever o percentual de aumento nos preços decorrente de uma concentração de mercado, nem a redução de custos necessária para que o aumento de preços não ocorra – como fazem os modelos clássicos de oligopólio. De fato, os economistas que usam o Modelo ECD admitem que a realidade da competição nos mercados é “não-modelável” – uma realidade de múltiplas possibilidades de estratégias empresariais, que dependem não apenas de características objetivas dos mercados, mas também do componente subjetivo no padrão de decisão de cada empresa.

IV – Considerações finais

Os modelos de simulação dos efeitos de atos de concentração de mercado não fornecem respostas adequadas para o investigador antitruste. Mesmo os seus mais veementes defensores admitem que os resultados obtidos não podem nortear as decisões das autoridades antitruste.

Os modelos apresentam problemas na especificação da demanda, que podem ser superados caso os dados estejam disponíveis de maneira adequada – o que nem sempre ocorre. Por outro lado, a hipótese necessária de que os custos marginais sejam constantes afeta diretamente os resultados, fragilizando seriamente a resposta obtida.

Finalmente, e muito mais importante, os modelos clássicos de oligopólio utilizados não são capazes de explicar de maneira adequada a realidade das decisões empresariais. Nesse sentido, a análise antitruste de atos de concentração deve permanecer pautada pelo velho modelo ECD, base teórica da intervenção antitruste em todo o mundo.

É preciso notar, porém, que não usar modelos de simulação na análise de fusões e aquisições não significa abrir mão do ferramental disponibilizado pela teoria econômica. A estimativa dos efeitos de uma fusão sobre o bem-estar da coletividade passa necessariamente por uma correta definição do mercado relevante nas suas dimensões geográfica e do produto e para essa tarefa o uso da econometria é essencial. Definido o mercado relevante, a econometria também pode e deve ser utilizada para avaliar várias hipóteses sobre o comportamento dos consumidores e dos produtores. A análise econômica deve verificar a evolução do nível de ocupação de capacidade, as condições de entrada de novos concorrentes, as variáveis ligadas ao investimento, o comportamento dos preços entre os concorrentes etc. Todas essas informações se juntam para que a autoridade possa decidir em melhores bases.

É fato que a autoridade não terá um resultado pronto, matemático. Mas nesse sentido cabe responder a pergunta que os economistas que acreditam na aplicação dos modelos de simulação fazem: ter um número não é melhor do que não ter número nenhum? A resposta para a pergunta é um enfático NÃO: um número no qual não se pode confiar mais atrapalha do que ajuda.

Referências bibliográficas

- BAIN, J. (1956). *Barriers to new competition*, Harvard University Press.
- CROOKE, P.; FROEB, L.; TSCHANTZ, S.; WERDEN, G. (1999). Effects of assumed demand form on simulated postmerger equilibria, *Review of Industrial Organization*, november.
- EPSTEIN, Roy J. e RUBINFELD, Daniel L. (2001). Merger simulations: a simplified approach with new applications, *Antitrust Law Journal*, 883-919.
- FROEB, Luke (2004). Merger simulation disciplined by Daubert II. Disponível em: <http://www.ftc.gov/speeches/other/040129froeb.pdf>.
- HAUSMAN, Jerry; GREGORY, Leonard (1997). Economic analysis of differentiated products mergers using real world data, *5 Geo. Mason Law Review*, 321-346.
- HAUSMAN, Jerry; GREGORY, Leonard; ZONA, J. Douglas (1994). Competitive analysis with differentiated products, *34 Annales d'économie et de statistique*, 159-180.

- JACQUEMIN, A. e SLADE, M. E. Cartels, Collusion, and horizontal merger. In: SCHMALENSEE, R. e WILLIG, R. (ed.). *Handbook of industrial organization*. Amsterdam: North-Holland, 1989. v. I., p. 415-473.
- KAYSEN, C. e TURNER, D. (1959). Antitrust policy: an economic and legal analysis.
- MATSUMURA, E. H. e MELLO, M. F. (2006). Conluio tácito, efeitos coordenados e preços predatórios. In: FIUZA, E. P. S. e MOTTA, R. S. (org.). *Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica*, IPEA/SDE-MJ.
- PIONER, H. M. e PINHEIRO M. C. (2006), *Margens de erro e eficiências em fusões*. In: FIUZA, E. P. S. e MOTTA, R. S. (org.). *Métodos quantitativos em defesa da concorrência e regulação econômica*. IPEA/SDE-MJ.
- SANTACRUZ, Ruy (1998). Prevenção antitruste no Brasil. Tese de doutoramento apresentada ao IE/UFRJ.
- SCHEFFMAN, David (2004). Whither merger simulation? Ana ABA section of antitrust law “Brown Bag” Program Held January 29, 2004. Disponível em <http://www.antitrustsource.com>.
- SCHEFFMAN, David; COLEMAN, Mary (2002). FTC Perspectives on the Use of econometric analyses in antitrust cases. Disponível em: <http://www.ftc.gov>.
- SCHERER, F. M. (1976) The posnerian harvest: separating wheat from chaff, *Yale Law Journal*, n. 86.
- SHAPIRO, Carl (1996). Mergers with differentiated products, spring, *Antitrust* n. 23-30.
- STIGLER, G. A Theory of oligopoly, *Journal of Political Economy*, 72: 44-61, 1964.
- TIROLE, J.; IVALDI, M. B.; JULLIEN, P. Rey e SEABRIGHT, P., The economics of tacit collusion, final report for DG Competition, European Commission, 2003.
- WERDEN, Gregory J. (1997a). Simulating the effects of differentiated product mergers: a practical alternative to structural merger policy, *5 Geo. Mason Law Review*, 363-386.
- _____ (1997b). Simulating unilateral competitive effects from differentiated products mergers, Spring, *Antitrust* 27-31.
- _____; FROEB Luke M. (1994). The effects of merger in differentiated products industries: logit demand and merger policy. *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 10.
- _____; _____ (1996). Simulations as an alternative to structural merger policy in differentiated product industries, in *The Economics of the Antitrust Process* (Malcolm B. Coate and Andrew N. Kleit, ed.)
- _____; _____ (2002). Calibrated economic models add focus, accuracy, and persuasiveness to merger analysis. The pros and cons of merger control, The 10th Anniversary of the Swedish Competition Authority.

A PARALISIA DO ANTITRUSTE

*Calixto Salomão Filho**

I – Introdução: penúria de uma teoria

Não parece exagerado falar em paralisia do antitruste. Desde os anos 80, período em que a escola de pensamento neoclássico passou a dominar o quadro teórico e a aplicação prática do antitruste, primeiro nos EUA, e em seguida espraiando sua influência pelo mundo, as reflexões sobre a antitruste vêm perdendo densidade teórica.

Doutrina e jurisprudência, sobretudo norte americana e européia¹ contentam-se com pontuais polêmicas entre defensores de teorias neoclássicas ortodoxas e defensores das teorias ditas “pos-Chicago”. Tentam então descobrir se um ilícito deve ser justificado com base na eficiência da prática ou se existe alguma estratégia por trás da conduta que leve à prática de *free riding* e, portanto a não melhoria da riqueza total. Apesar de (algumas) serem formalmente muito elegantes, essas polêmicas pontuais tem levado a transformações e melhorias bastante marginais no direito antitruste. Nesse quadro o direito antitruste vai sendo cada vez mais relegado a um tratamento meramente prático e casuístico, procurando seus aplicadores interpretar caso a caso qual a melhor aplicação e interpretação (geralmente econômica) da idéia da eficiência.

O que mais chama a atenção é que isso ocorre em um momento em que existem diversas teorias econômicas e jurídicas a por em cheque os pressupostos dessa mesma teoria neoclássica, que fundamentam as tediosas discussões sobre eficiência. A maioria dela, se aprofundada, levaria a uma necessidade de revisão integral dos fundamentos e instrumentos de aplicação do antitruste.

* Doutor em Direito Comercial pela Universidade de Roma e livre-docente em Direito Comercial pela USP.

¹ Essa última vem desde os anos 90, perdendo sua identidade teórica e prática para adaptar-se aos padrões pos chicagóianos.

Imagine-se, por exemplo, a própria contestação ao princípio da eficiência Paretiano existente nas concepções críticas hoje existentes em matéria de teoria da escolha social.²

Mas mesmo descendo a graus menores de abstração, existem idéias interessantes que poderiam ser exploradas. Tomemos por exemplo a economia da informação, cujo ponto de partida foi dado por Akerloff³ e posteriormente desenvolvida por Stiglitz e Spence (entre outros). A demonstração realizada por esses autores, da intrínseca assimetria de informação na quase totalidade dos mercados, obrigaria a uma reformulação total das bases sobre as quais se sedimenta a aplicação do direito antitruste atual: desde as famosas definições de mercado baseado em modelos de oferta e demanda que tem por base a informação completa (princípio hoje sabidamente irreal) até campos inteiros hoje descurados pela doutrina e jurisprudência concorrencial, como as concentrações e integrações verticais – cujos problemas em matéria de criação e exploração de assimetrias de informação são enormes.

Esse tipo de discussão sobre fundamentos essenciais das teorias econômicas não ultrapassa os artigos acadêmicos de alguns economistas ou os manuais de microeconomia dos teóricos ligados a essas escolas críticas. Quanto aos teóricos da análise econômica do direito ou das linhas mais recentes de estudo institucional sobre “direito e economia” (com pouquíssimos e honrosas exceções), sequer tentam abordar essas questões, seja pela imensa complexidade que traria seu traslado para o direito seja porque solaparia as bases científicas da teoria econômica que vem sendo por eles aplicada.

Mas não param por aí as dificuldades. Existe um outro tipo de problema, não relacionado diretamente à doutrina e jurisprudência antitruste elaborada nos países hoje ditos desenvolvidos, mas sim à sua incorporação em outros países de realidade econômica bastante diversa. É o que ocorre no próprio direito antitruste. Países como o Brasil, cujo passado colonial e toda a evolução econômica posterior levaram a uma concentração econômica histórica e estrutural não podem aplicar direta e acriticamente teorias (como a de Chicago e suas adaptações posteriores) desenvolvidas para realidades

² Claramente aqui a referência é à teoria da escolha social proposta por A. Sen, *Rational fools in Choice. Welfare and Measurement*, Oxford, Blackwell, 1982.

³ O clássico *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*, *Quarterly Journal of Economics* v. 84(3), 1970, p. 488-500. Na verdade dá margem a uma verdadeira reconstrução da teoria microeconômica sob bases mais realistas.

econômicas completamente diversas em que a desconcentração econômica era (e é) muito mais intensa. O desenvolvimento de uma teoria jurídica própria que se ocupe dessas estruturas não apenas levaria à criação de um pensamento jurídico regional e original, mas também e mais importante que tudo, permitiria tratamento econômico e jurídico mais coerente da realidade específica desses países.

Vejam os seguintes, exemplificativa e brevemente, algumas discussões teórico-aplicativas que podem derivar dessas idéias e como elas podem ajudar a derreter o gelo da teoria antitruste. Dados os limites do presente trabalho, serão tratadas brevemente os dois últimos tópicos mencionados acima, quais sejam as discussões em torno da economia da informação e em torno das modificações do antitruste em países em desenvolvimento com passado colonial.

II – Deficiências de informação e antitruste

Um dos resultados mais importantes do pensamento econômico moderno é exatamente pôr em dúvida a possibilidade de teorização do comportamento econômico. A principal razão para tanto é a convicção de que o conhecimento encontra-se disperso entre os indivíduos e que, conseqüentemente, em cada relação econômica os diferentes indivíduos vêm com diferentes parcelas, freqüentemente díspares, assimétricas, de informação. Isso faz com todo e qualquer modelo sobre o funcionamento do mercado que pretenda indicar resultados esperados ou a serem atingidos com base em ampla difusão de conhecimentos e informações esteja necessariamente fadado ao fracasso.

Os modelos acima descritos têm por base estudos de teorias econômicas contemporâneas, em especial a teoria do conhecimento⁴ e a chamada Economia da Informação.⁵ Interessante é notar que ambos os modelos,

⁴ A melhor explicação dessas idéias está sem dúvida em F. Hayek. The use of knowledge in society, *American Economic Review* XXXV, 4 (1945) p. 519-530.

⁵ Seus principais representantes são G. Akerloff, J. Stiglitz e M. Spence. O primeiro autor demonstra como em certos setores, a incerteza sobre a qualidade pode levar ao desaparecimento do próprio mercado – v. G. Akerloff, The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism, *Quarterly Journal of Economics* vol. 89 (1970), p. 488 e ss. A principal contribuição de Stiglitz, está, além de ter sistematizado a econômica da informação, ter demonstrado como as próprias ações

quando bem compreendidos e desenvolvidos, acabam por levar a idéias profundamente reformadoras das estruturas.

Todas elas indicam no sentido de uma mesma conclusão. O raciocínio econômico não mais pode ser voltado à busca de resultados econômicos baseados em modelos teóricos. Seu objetivo é muito mais procurar garantir que os agentes adquiram conhecimento nas relações econômicas, o que não ocorre com os tradicionais instrumentos de mercado. Acrescente-se, não ocorre sobretudo em presença do poder econômico, que cria imensas distorções.

As distorções decorrem basicamente, de acordo com a doutrina acima citada, das assimetrias de informação e conhecimento. Essas assimetrias são mais ou menos acentuadas em diversos mercados, mas – e isso é extremamente importante – não decorrem sempre e nem predominantemente de assimetrias naturais de informação. Na maioria dos economias, especialmente em economias em desenvolvimento, decorrem de dificuldades sociais de acesso à informação e de dificuldades impostas em função do diferente poder que têm no mercado os agentes econômicos.

Não é simples interpretar e captar todas as conseqüências dessa conjunção de fatores: informação dispersa e distribuída de maneira assimétrica.

De um lado é inegável que o risco do aproveitamento da dispersão de informações para acelerar e reforçar as assimetrias de informação é importante. A instrumentalidade do poder econômico, como meio de concentração de informações e criação de assimetrias é evidente.

Mas talvez mais importantes que essas conseqüências genéricas, relativamente óbvias, são as específicas sobre as disciplinas que se ocupam do poder econômico. No direito antitruste a convicção da impossibilidade de teorizar e concentrar o conhecimento econômico põe em cheque muitas das presunções neoclássicas usadas para a definição de mercado. No fundo a própria definição de mercado pressupõe o conhecimento e a concentração de informações sobre o funcionamento do mercado.

têm efeitos sinalizador, transmitindo informações – v. J. Stiglitz, *The contributions of the economics of information to twentieth century economics*, cit., p. 1441-1447. Já o trabalho de Spence consistiu no desenvolvimento da teorias dos sinais, i.e., formas de transmitir informações entre agentes, reduzindo as assimetrias – cfr. M. Spence, *Signaling in retrospect and the informational structure of markets*, *Nobel Prize Lecture*, 8 de dezembro de 2001.

Se for verdade que essa concentração de informações é impossível pois essas são dispersas e além disso alocam-se de forma assimétrica, então importante para a definição de mercado e a mensuração do poder econômico se torna o “mapa” da dispersão de informações. Quanto mais dispersas estiverem menor a concentração, quando mais distribuídas de forma assimétrica se encontrarem, maior será o poder econômico.

Assim, elementos tradicionais da análise antitruste como definição de mercado e mensuração da participação no mercado devem ter em conta, em alguns casos de forma preponderante o grau de assimetria de informação. Em certos casos, como por exemplo nas concentrações verticais, a análise da concentração de informações é praticamente o único critério existente para a mensuração do poder.

Mas as idéias da economia da informação não são relevantes apenas como critério de análise. Também tem, como se verá a seguir, importante valor preceptivo.

a) Estruturas de informação concentrada

Uma modalidade de estrutura, pouca pesquisada pela economia tradicional é aquela apta a concentrar informações. Como visto acima, a dispersão natural de informações tende a ser aproveitada de forma assimétrica pelos agentes. Quando capazes de restringir as escolhas dos consumidores, esse agentes capturam informações. A estrutura de distribuição assimétrica que daí resulta garante enorme poder a seus detentores.

Esse poder se manifesta de diversas formas e não apenas através da escassez, típica consequência da análise neoclássica tradicional. Na verdade, como demonstrado por Akerloff no caso da falta de informação a escassez pode ser tão extrema a ponto de levar ao desaparecimento do mercado. Consequentemente é muito importante estudar as estruturas aptas a capturar e concentrar informações, pois apresentam peculiar risco para a escolha dos consumidores.

Um bom exemplo está nas estruturas verticalmente integradas. Não parece haver muita dúvida, de resto, que uma das maiores lacunas da análise antitruste atual está nas concentrações verticais. Inexistem critérios estabelecidos sequer para definir quais são aquelas que devem se sujeitar a controle (pois os critérios neoclássicos para a definição de mercado são todos direcionados a medir o poder horizontal). Quanto aos critérios para sanção,

predomina ainda hoje a visão neoclássica de que só podem ser punidas concentrações verticais que tenham efeito horizontal.

Não é preciso muito para entender que essa afirmação constitui contradição em termos. Com efeito, se os critérios para avaliação de concentrações verticais são horizontais, desnecessário seria a própria análise independente das concentrações verticais.

O que essas análises deixam de perceber é que o verdadeiro efeito das concentrações verticais não se dá, ao menos não diretamente, sobre a oferta, demanda ou escassez relativa, mas sim sobre o grau de informações. Os chamados custos de transação na verdade geram um resultado informacional que não deve ser desconsiderado. As fricções entre agentes econômicos de uma mesma cadeia produtiva importam a revelação de importantes informações para os consumidores. O efeito secundário da eliminação dos custos de transação é, portanto restrição a informações sobre inúmeros fatores sensíveis para a esfera concorrencial como escassez relativa, ponto de equilíbrio, etc.

A pergunta que surge então é como estabelecer critérios que tornem a restrição de informação relevante o suficiente para justificar medidas concorrenciais preventivas ou repressivas. Na verdade em uma análise teórica, esse critério só pode mesmo ser formulado em termos gerais.

A formulação em termos gerais deve seguir as bases teóricas da economia da informação. A assimetria de informação será relevante sempre que for capaz de alterar as condições de funcionamento do mercado. Na verdade é isso que está por trás da famosa postulação de Akerloff para os mercados de carros usados e planos de saúde. O problema da assimetria de informação surge quando ela é capaz de alterar as condições de funcionamento do mercado. Essas alterações surgem tipicamente quando a diferença de informação criada ou a possível diferença de informação criada leva um dos agentes a alterar seu comportamento no mercado. Hipótese muito comum é a da integração ou concentração vertical que permite ou implica eliminação da concorrência intra-marca.⁶ Não há que se contrargumentar, como fazem os neoclássicos, que não haverá efeitos na linha vertical e que atenção exclusiva deva ser dada à concorrência inter-marcas. A eliminação da concorrência intra-marcas leva a uma enorme restrição de informação para os

⁶ V. a respeito do autor Direito concorrencial: as condutas, cit. (item custos de transação: restrições verticais e horizontais).

consumidores. O produtor é capaz então de limitar variedade de produtos, restringir oferta, etc. Verificada a restrição de informação e a possibilidade de mudança no comportamento no mercado, já existe então o risco ao sistema concorrencial.

Mas não param aí as hipóteses de restrição de informação em que há riscos para o sistema concorrencial. Muitas vezes e isso ocorre com frequência em setores regulados, a concentração vertical é um meio de garantir que a estrutura de custos torne-se mais obscura ou seja que haja menos informação sobre ela. Novamente aqui, é a eliminação dos custos de transação que produz esse efeito negativo sobre o fluxo de informação.

O elemento comum a todas essas hipóteses é uma restrição à informação por assim dizer “qualificada”. Em todas elas essa restrição tem a capacidade de se auto-reproduzir se não se acentuar com a continuidade das transações. A ausência de informação patológica do ponto de vista jurídico é aquela que impulsiona aquele específico mercado para uma seleção adversa, em que como para os “lemons” de Akerloff, a ausência de informações convida sempre e cada vez mais compradores interessados em piores produtos, revertendo a diferença entre a utilidade relativa de uma transação e outra ou a diferença preço necessariamente para o agente econômico que passou a concentrar a informação. Toda vez, portanto, que houver a expectativa que os agentes econômicos venham a restringir demanda, limitar oferta, retirar-se do mercado por força da restrição de informação ocorrida e que essa situação venha a perdurar e até se reproduzir no tempo, a concentração ou restrição vertical criará riscos para o sistema concorrencial.

b) Redes e assimetria de informação

Uma outra aplicação interessante da discussão da assimetria de informação se dá nos setores caracterizados pela existência de redes. Nesses mercados de alta tecnologia, poder sobre redes e assimetria de informação estão fortemente correlacionados. A dominação da rede permite ao seu titular ter informação extensa sobre padrões de uso e gosto do consumidor. Pode ter mais informação do que qualquer concorrente –especialmente novo entrante – sobre os padrões de uso do consumidor.

Mais que isso. O titular da rede detém mais informações sobre o padrão de uso do consumidor de seus serviços que o consumidor tem ou terá sobre os usos da nova tecnologia. Ou seja, a assimetria de informação a favor dos titulares da rede já existente não se dá só em relação aos con-

correntes mas também em relação aos consumidores. Novamente aqui o comportamento dessas estruturas guarda grande semelhança com a situação descrita por Akerloff, em seu trabalho já citado (nota 5).

Imagine-se a estrutura (cada vez mais comum nas áreas de alta tecnologia), de uma rede estabelecida e uma nova rede, introduzida por mudanças tecnológicas.

Exatamente como nos caso dos planos de saúde descritos pelo autor, os titulares de uma rede, caso possam se estabelecer na rede que se está criando com a nova tecnologia, terão mais informações sobre os padrões de utilização daquele determinado serviço pelos consumidores do que concorrentes e consumidores tem sobre o serviço a ser prestado. Isso permitirá aos primeiros oferecer pacotes que retirem o máximo sobre preço possível de cada consumidor (ao menos os economicamente rentáveis), através alternativamente de sua rede já estabelecida ou da nova rede. O que restará para os concorrentes será tão irrisório (ou ruim em termos econômicos) que, exatamente como no modelo de Akerloff, esse mercado (nova rede) tenderá a retroceder, reduzir oferta ou até desaparecer.

Em face do exposto acima fica clara a necessidade, em setores caracterizados pela existência de redes, de bem interpretar o sentido da concorrência, em especial compreendendo a necessidade de preservar a possibilidade de escolha através da garantia de concorrência entre redes.

O que se quer dizer é simples. Em alguns setores, a mudança tecnológica permite a criação de novas redes sem custos fixos impeditivos. É importante então garantir um grau de concorrência adequado entre as redes.

Através dessas novas redes os concorrentes são capazes de obter retornos crescentes de escala com muita mais facilidade que se tentarem concorrer em redes já dominadas internamente pelos detentores de infra estrutura. Nesses casos, do ponto de vista econômico, a curva de custos do detentor da rede (por hipótese rede A) atinge nível incomensuravelmente menor que o do entrante que tenta contestá-lo. Esse jamais conseguirá alcançá-lo pois o preço do detentor da infra estrutura será sempre menor.

Não assim se nova tecnologia permite a ele criar nova rede (por hipótese rede B) a custos competitivos. Note-se, no entanto, que isso só será verdadeiro se não for permitido ao detentor da rede A dominar a rede B. Se tiver acesso a ela e conseguir dominá-la, nenhuma concorrência mais será possível. Mesmo a inovação tecnológica não terá efeitos sobre o nível de concorrência. Mais do que isso. A própria ampliação de oferta ao consumi-

dor poderá não ocorrer, pois poderá ser preferível ao monopolista da rede A não oferecer o serviço permitido pela rede B.

O raciocínio é semelhante o desenvolvido na famosa discussão do direito antitruste entre concorrência inter e intra-marca, correspondendo a concorrência entre marcas (intermarcas) à concorrência entre redes. Tradicionalmente a doutrina antitruste tende a considerar mais relevante a concorrência intermarcas, exatamente por seu potencial de atrair o consumidor.⁷ Essa observação ainda que careça de certas qualificações (pois a concorrência intra-marca é importante e não pode ser desconsiderada)⁸ põe em destaque um ponto importante.

É fundamental garantir uma estrutura do mercado que estimule o consumidor para alternativas realmente diversas. Essas alternativas podem significar ligação subjetiva ou objetiva com uma marca ou então padrões de serviço a custo e acessibilidade suficientes para constituir uma verdadeira alternativa. As alternativas não devem ser só formais ou potenciais mas configurar real opção de escolha. Só assim o processo de descoberta das melhores alternativas, instrumentalizado pela concorrência, realmente ocorrerá.

O que se quer dizer é que uma real alternativa é composta de vários fatores, que tornam necessário que o mercado tenha conformação estrutural adequada para garantir a concorrência. Essa conformação estrutural é, em alguns setores, garantida pela existência de concorrência entre redes. Essa conclusão, ainda que contrarie uma visão neoclássica mais conservadora baseada nas possíveis eficiências produzidas por apenas uma rede, é a única capaz permitir a existência de alternativas e escolha para o consumidor em setores como os de rede, onde a informação é estruturalmente concentrada

III – Poder econômico e subdesenvolvimento: perspectiva jurídica neo-estruturalista do direito antitruste

Mais importante que as hipóteses discutidas no item anterior, todas de uma forma ou outra gestadas na academia e prática das economias desenvolvidas, é tentar identificar e desenvolver teoria que ajude a explicar a gênese e efeito da concentração de poder econômico em economias subdesenvolvi-

⁷ Cfr. nesse sentido, entre outros H. Hovenkampf, *Federal antitrust policy*, St Paul, West Publishing Co, 1994, p. 428 e ss.

⁸ V. a respeito C. Salomão Filho, *Direito concorrencial – as condutas*, São Paulo, Malheiros, 2.003, p. 349 e ss.

das como a brasileira. Esse esforço leva necessariamente à compreensão do quanto as estruturas de poder econômico existentes ainda servem de barreira ao processo de desenvolvimento brasileiro.

Obviamente, não se pretende que a explicação apresentada, baseada no predomínio histórico e estrutural nessas economias do poder econômico seja a única para o subdesenvolvimento. Não há dúvida que muitas das preocupações trazidas pela escola neoclássica, pela nova economia institucional e pela economia evolucionista envolvem aspectos interessantes que devem ser levados em conta pelos teóricos do desenvolvimento. Ocorre que esses aspectos são, segundo a tese aqui defendida, de importância secundária em comparação com as características estruturais, conformadoras das economias dos países subdesenvolvidos.

Recorrentemente mencionada, a expressão estrutura merece ser bem esclarecida. É intuitivo relacioná-la aos famosos movimentos estruturalistas dos anos 50 e 60, sobretudo na América Latina. A ligação metodológica sem dúvida existe, mas é bastante limitada pois deve conviver com fundamentais diferenças de fundo e conteúdo. Existe sim a intenção de identificar estruturas, i.e traços formadores e constitutivos do sistema econômico e do funcionamento das relações econômicas que influenciam e determinam essas relações. Há duas diferenças fundamentais, no entanto, uma no método, outra no conteúdo. Em primeiro lugar inexistente a crença de que as estruturas são exógenas ao sistema. Elas, como as demais variáveis por ela influenciadas, são endógenas. O que há é que essas estruturas, historicamente determinadas, de tão importantes para a organização dos sistemas econômicos de países subdesenvolvidos, tornaram-se extremamente enraizadas e não mais podem ser alteradas por modificações no sistema produtivo (tecnológicas, forma de produção, etc.), até porque são capazes de resistir a elas. Essa é a razão pela qual o estruturalismo que aqui se propõe poder ser chamado de novo estruturalismo jurídico. As variáveis influenciadas e que podem influenciar as estruturas não são mais apenas as econômicas mas sim – e talvez principalmente – as jurídicas.

A segunda distinção está no conteúdo. O estruturalismo que aqui se propõe não pretende identificar na dependência externa sua base central. Ainda que possa ser a raiz histórica de muitos dos problemas, é nas estruturas internas criadas a partir da herança colonial (de dependência, sem dúvida) que devem ser identificados os problemas a serem resolvidos.⁹

⁹ Assim há diferença importante de visão tanto em relação aos teóricos da dependência (v. F. Henrique Cardoso, E. Faletto, *Dependency and development in Latin America*, Berkeley, University of California Press, 1979, quanto aos teóricos originais do estru-

Essa última observação resolve um problema e cria outro. Permite que esse novo estruturalismo (jurídico) seja por assim dizer menos pessimista e talvez mais propositivo que o anterior. Coloca portanto parte importante do ônus das mudanças nas próprias sociedades subdesenvolvidas. Cria outro, no entanto. É preciso diferenciá-lo claramente do novo institucionalismo econômico. Novamente aqui há uma diferença de conteúdo e também uma importantíssima diferença de método.

D. North, idealizador e representante mais famoso do neo-institucionalismo econômico, também utiliza o termo estrutura. Ocorre que para ele estruturas são as características da sociedade que acreditamos serem os determinantes básicos do desempenho econômico.¹⁰ Destaca entre elas o direito de propriedade e o Estado (sobretudo por sua influência sobre os direitos de propriedade) além de outros determinantes econômicos e culturais como tecnologia e ideologia. Instituições são portanto regras que não afetam a distribuição de poder ou renda mais sim o comportamento econômico dos indivíduos. Ora, estruturas, na concepção aqui defendida são exatamente as formas de distribuição de poder e renda, essas sim constitutivas de uma so-

turalismo (v. R. Prebisch, *The economic development of Latin America and its principal problems*, New York, United Nations, 1949). Ambos vêem nas relações de comércio exterior e nas relações de troca desiguais a principal razão da concentração de renda e em última análise do subdesenvolvimento. Daí o pessimismo dos últimos quando a política de substituição de importação por eles imaginada, de um lado não gerou o desenvolvimento desejado e de outro gerou ainda mais dependência (em função da importação de bens de capital) e mais desequilíbrio externo. Não identificando a origem do subdesenvolvimento em estruturas internas (como logicamente deveria se concluir de suas próprias análises) não podiam compreender como a ênfase no mercado interno não podia ser transformadora mas ao invés intensificadora da dependência. Daí também o realismo exacerbado dos segundos que viram na ligação com as economias centrais a única possibilidade de desenvolvimento periférico. Essas políticas foram as maiores responsáveis pelo desastre neoliberal dos anos 90, particularmente no Brasil e na Argentina. Na hipótese aqui defendida as relações de troca desiguais são apenas uma das conseqüências da herança colonial monopolista. É portanto, conseqüência e não causa do subdesenvolvimento. Da estrutura econômica interna, monopolista e concentradora de renda, é que decorrem todos os reais problemas, inclusive e principalmente os verificados na substituição de importações. A estrutura industrial monopolista desses países não foi e não será obstáculo para o crescimento mais sim para a distribuição de renda (v. infra item 3).

¹⁰ Cfr. D. North, *Structure and change in economic history*, New York – London, Norton, 1981, p. 3 ao definir “estrutura” em seu sentido institucional.

cidade e em última instância, elementos fundamentais na definição de seu comportamento econômico.

Essa a distinção de fundo. A distinção metodológica, já aventada, está em que o esforço que ora se propõe pretende basear-se nas experiências dos países subdesenvolvidos e não naquelas dos países desenvolvidos, como pretendem os neo-institucionalistas.

a) *Poder econômico e distribuição de renda como determinantes estruturais das economias dos países subdesenvolvidos.*

Algo muito importante deve ser dito a respeito das economias dos países subdesenvolvidos. Também essa proposição não é nova, mas suas conseqüências para a economia e para o ordenamento jurídico interno dos países subdesenvolvidos foram desconsideradas pelos trabalhos estruturalistas iniciais e continuam sendo menosprezadas.

Trata-se do fato de que o poder econômico, diferentemente dos países hoje desenvolvidos, foi constitutivo das relações econômicas nos países subdesenvolvidos. A maioria senão a quase totalidade delas tem sua história intimamente ligada à colonização européia. E aí está um elemento muito importante a enfatizar. A condição de colônia, muito além da dependência externa, criou estruturas internas de poder no campo econômico que marcaram e marcam todo o processo de desenvolvimento (ou subdesenvolvimento) dessas sociedades.

Essa é a razão pela qual parece possível recontar o processo de desenvolvimento a partir das estruturas de poder econômico criadas e da estrutura de distribuição de renda que as acompanha. São elas, de acordo com a tese aqui defendida, as causas principais do subdesenvolvimento de tais países. Os laços de dependência colonial que as motivaram, ainda que sejam sua raiz original não são a causa última do subdesenvolvimento. E isso por uma razão simples mas que deve ser bem compreendida. São as estruturas econômicas internas que possibilitam ou não, nos momentos necessários, o rompimento de situações de dependência. Como bem sabido, isso raramente ocorreu na história dos países subdesenvolvidos. A não ser em situações raras e excepcionais, nesses países os laços de dependência não são jamais contratados, o que não dizer rompidos. Isso em função da estrutura interna de poder e distribuição de renda que se beneficia, ainda que indiretamente, desse laços.

É portanto nessas estruturas que deverá se focar a análise. Desde já é necessário adiantar um ponto ao qual se retornará mais tarde, à luz da evi-

dência histórica. Trata-se da relação entre poder econômico e distribuição de renda. A relação é intensa e muito diversa daquela que se estabelece nos países desenvolvidos.

Nos países desenvolvidos a relação também existe, mas refere-se basicamente ao valor do lucro extraordinário do monopolista que é retirado da sociedade de consumo via cobrança de preços monopolistas. Como já demonstrado em pesquisas empíricas, esse valor não é desprezível e responde por montante relevante de concentração de renda.¹¹

Nas sociedades subdesenvolvidas essa relação é muito mais extensa e profunda. De um lado ela é mais extensa no mercado de produtos, afetando

¹¹ Essa relação foi objeto alguns trabalhos empíricos importantes nos anos 70. O mais importante e mais citado deles é sem dúvida o trabalho de W. Comanor e R. Smiley, *Monopoly and the distribution of wealth*, *The Quarterly Journal of Economics* 89, 2 (1975), p. 177 e ss. Os autores fazem uma comparação entre a situação vigente (à época) nos EUA e a que existiria em ausência de monopólio. Admitindo que o lucro monopolista correspondia à época a 3% do PIB americano (essa conclusão foi obtida por F. Scherer em seu famoso trabalho *Industrial market structure and economic performance*, Chicago, Rand Mc Nally, 1970, p. 409). Os resultados sobre a distribuição de renda são impressionantes. No ano de 1962, lares com mais de meio milhão de dólares representavam 0,27% do total. Esses respondiam por 18,5% da riqueza total. Na ausência de monopólio e nas condições do modelo apresentado o percentual da riqueza total detido por esse grupo diminuiria para 3 a 10% do total. Nas camadas intermediárias (mais de US\$100.000,00), que correspondiam a 2,4% do total de lares, a diferença era ainda maior. De uma concentração de 40% da riqueza total passar-se-ia a algo entre 16,6 e 27,5% do total. Inversamente, nas camadas inferiores da população, representando 28,25% do total de unidades, a riqueza total deixaria de ser inferior a zero passando a percentuais variando entre 1 e 2% (no modelo dos autores a variação do percentual depende da expectativa de vida do monopólio subsistente que é presumida). Também bastante interessante nesse trabalho é a referência a dados empíricos que sugerem que a concentração de riqueza torna-se menos desigual nos EUA entre 1890 e 1963, o que coincide exatamente com o período de aplicação mais incisiva da legislação anti-monopólio. Outros trabalhos interessantes na mesma linha seguiram-se – v. nesse sentido I. Powel, *The effect of reduction in concentration in income distribution*, *The Review of Economics and Statistics* 69, 1 (1987). Infelizmente, a partir de meados dos anos 80, com a prevalência das idéias neoliberais, esses estudos escassearam, não havendo dados recentes disponíveis. De todo modo, é possível a partir desse dados tomados em uma economia de base acionária bem mais diluída que a brasileira (essa base é relevante porque é nas sociedades anônimas que se distribui o sobrevalor retirado da sociedade através do sobrepreço monopolista), inferir que na realidade brasileira os efeitos sobre a concentração de renda dos monopólios são bem mais negativos.

a própria organização industrial. Além do desequilíbrio nas relações entre consumidores e produtores, com as conseqüentes ineficiências alocativas e distributivas, leva a uma absoluta desproporção entre setores econômicos. O setor dinâmico da economia é geralmente concentrado nos produtos primários ou manufaturas de baixa tecnologia exportados e nos bens de consumo duráveis a serem consumidos internamente pelos extratos de alta renda da população. Esses dois setores, monopolizados ou oligopolizados, concentram inversões e ganhos de produtividade (a partir, como se verá abaixo, sobretudo da redução de salários reais). Drenam portanto recursos do sistema econômico ou diretamente, através de lucros monopolista obtidos de seus fornecedores ou então indiretamente, a partir de atração direta de investimentos que seriam de outro modo investidos em outros setores (de agora em diante denominados setores econômicos periféricos).

Os efeitos são também mais profundos. Além do mercado de consumo e dos setores econômicos periféricos, há também forte interferência no mercado de trabalho. Assim é que, como se verá ao se tratar da história econômica, nesses países em grande parte, senão na maioria deles, o que ocorre é que a concentração de renda acaba por se tornar condição fundamental para o crescimento econômico.¹² Exatamente porque baseados na fabricação de produtos primários e matérias primas com baixo grau tecnológico, seja para o mercado interno ou o externo, o ganho de produtividade nessas economias não pode ser obtido apenas a partir de melhorias tecnológicas (que são insuficientes, em muitos momentos, nesses setores de baixa tecnologia). Para que exista o ganho de produtividade, fundamental para o crescimento econômico, deve ele então basear-se em aumento de produtividade da força de trabalho, o que se faz através do rebaixamento dos salários reais ou então da redução efetiva da força de trabalho (fonte primeira das chamadas economias de escala obtidas com a concentração econômica). Esse movimento só se torna possível, no entanto, pelo alto grau de monopolização do sistema econômico, que torna os grandes conglomerados monopolistas também no mercado de trabalho. Como já mencionado, não só porque são poucas e pouco relevantes as empresas concorrentes em seu próprio setor mas também porque nas economias subdesenvolvidas o padrão colonial –monopolista faz com que não haja grande concorrência entre setores econômicos.

¹² Cfr. F. de Oliveira, *A economia da dependência imperfeita*, 5. ed., Rio de Janeiro, Edições Graal, 1989, p. 127 e ss.

São poucos e concentrados aqueles com verdadeiro dinamismo econômico, capazes de acumular capital e absorver mão de obra.

Só assim é possível haver acumulação de capital e portanto investimento produtivo que leve ao crescimento. Ora, tal padrão de crescimento requer para sua própria existência uma redistribuição de renda ao inverso, com empobrecimento (relativo para os trabalhadores empregados e absoluto para aqueles que perdem o emprego) do extrato social inferior e também com empobrecimento relativo dos setores econômico periféricos .

Colocar o foco nas estruturas implica também não aceitar a preponderância de explicações sociológico-individualistas das razões do subdesenvolvimento. Essa explicações são frequentemente incorporados nos raciocínios neo-institucionalistas para explicar as razões do subdesenvolvimento e acabam por ajudar a justificar as soluções propostas. Assim, sendo a motivação individual dos colonizadores da América Latina e Ásia, de exploração colonial, diverso dos imigrantes para a América o Norte e Oceania, isso se refletiu em toda a estrutura institucional da sociedade. Esse tipo de afirmação peca pelo excesso e pela falta ao mesmo tempo. Assim, de um lado exagera as diferenças no espírito individual dos colonizadores. Interessantes estudos vem demonstrando que na verdade a experiência colonial é mais rica em diversidade do que essa distinção parece sugerir. Dentro das mesmas colônias existiam regiões de mera exploração extrativa com regiões onde os colonizadores se estabeleciam com intenção de permanência. Ambas conviviam nos países colonizados da América Latina, Ásia e mesmo África (África do Sul, por exemplo). Nessas regiões, seja na Argentina, na Austrália ou na Índia, o espírito colonial capitalista era semelhante.¹³

Essa última observação nos traz diretamente à falta a pouco identificada. O que essas teorias sociológico-individualistas deixam de lado é exatamente o estudo das estruturas econômicas criadas pela colonização extrativa. Essas estruturas e não a motivação individual são os principais fatores que levam a diferenças entre economias baseadas no monopólio extrativo e sociedades em que essas estruturas não prevaleceram. Elas acabam por determinar os ciclos econômicos e influenciam todo o sistema social e econômico, sobrepondo-se a diferenças que regiões de estabelecimento definitivo das populações e regiões meramente extrativas podem ter do ponto de vista da motivação individual dos exploradores. Assim regiões de espírito

¹³ Cfr. D. Denoon, *Settler capitalism: the dynamics of dependent development in the southern hemisphere*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 18 e ss.

colonizador semelhantes como as de Buenos Aires na Argentina e Sidnei na Austrália acabam por resultar em países e regiões de grau de desenvolvimento econômico e social absolutamente díspar.

b) A hipótese: seu método de pesquisa e suas principais conseqüências

A hipótese principal do presente tópico é, portanto, de que a concentração estrutural de poder econômico nas economias periféricas produz efeitos sobre todo o sistema, concentrando a renda entre setores industriais e entre extratos sociais. Essa concentração de poder e renda faz também com que o padrão de crescimento econômico desse tipo de economia mude substancialmente. O crescimento passa a basear-se fortemente (entre outros fatores) em ganhos de produtividade baseados em redistribuição inversa de renda, da força de trabalho (tanto a empregada quanto a de reserva) para a os grandes conglomerados (e seus poucos acionistas).

Essa hipótese deverá ser investigada através da análise histórica e de dados empíricos. Por ser considerada hipótese geral decorrente do próprio conceito de colonização, é preciso descrever linhas da história econômica do subdesenvolvimento (da mesma forma que se faz com os países desenvolvidos) destacando-se, apenas quando necessário as peculiaridades de particulares processos históricos. Essa forma descritiva não denota exagero de pretensão, mas sim a profunda convicção que o processo de subdesenvolvimento é um processo estrutural nas colônias, decorrente dos monopólios privados e públicos que ali se instalaram, que acompanha, em sentido e direção inversos, o processo de desenvolvimento das nações do Norte. Como tal, unitariamente, portanto, deve ser descrito. As conclusões deduzidas do processo histórico serão então submetidas a verificação empírica em países considerados emblemáticos.

É importante observar desde já que essa hipótese, se demonstrada, pode ajudar a resolver dois aparentes paradoxos da histórica econômica contemporânea, ambos aliás diretamente correlacionados.

O primeiro consiste na reprodução da situação de subdesenvolvimento (com deterioração absoluta ou ao menos relativa dos principais indicadores sociais e de distribuição de renda) mesmo em países que experimentam taxas importantes de crescimento econômico. Admitida a hipótese da concentração de poder econômico como geradora de distribuição inversa de renda no mercado de consumo, de trabalho e inter-industrial nos países subdesenvolvidos, então é possível entender a razão do crescimento econô-

mico com deterioração dos índices sociais. O crescimento se dá exatamente a partir da distribuição de renda ao inverso, ou seja a partir de ganhos de produtividade decorrentes de perda de salário real. O resultado final é a existência de economias constantemente subdesenvolvidas, em que por mais que e até mesmo quanto mais crescem os agregados econômicos, mais pobreza e desigualdade social se produz.

O segundo aparente paradoxo está na convergência de preços relativos entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos identificadas por recentes trabalhos empíricos.¹⁴ Segundo esse estudos é possível demonstrar uma correlação positiva entre convergência internacional nos preços de *commodities* e convergência de preços relativos de fatores de produção (em especial salário e preço da terra, o chamado *wage-rental ratio*). Essa convergência é acompanhada, e aí estaria o aparente paradoxo, por um aumento das diferenças entre padrão de vida no mundo desenvolvido e subdesenvolvido. Obviamente não basta, como fazem esse estudos (v. Nota 3) invocar o fator tecnológico para explicar esses resultados. A aproximação dos preços das *commodities* acompanhada da aproximação dos *wage rental ratios* deveriam levar a aproximação e não a maiores discrepâncias nos padrões de vida, mesmo em presença de tecnologias diversas. Afinal, preço de *commodities* e preço da terra respondem por boa parte das necessidade básicas associadas à elevação dos indicadores econômicos da população. Ainda que existam outros fatores importantes a influenciar esses indicadores, seu sentido absolutamente discrepante só pode indicar que existe uma peculiar camada da população apropriando-se dos melhores *wage rental ratios*.

Exatamente por corresponder a estágios econômicos diversos e sucessivos típicos dos países subdesenvolvidos em que a economia agrária é substituída por indústria de manufaturas e matérias primas, esses dados na verdade são indicadores de concentração econômica e redistribuição ao inverso de renda e não de melhorias de padrão de vida. Nessas economias, no momento de industrialização, a redução do preço da terra é mais do que proporcional à redução dos salários reais, que no entanto continua existindo. Isso porque a procura por terra diminui mais em períodos de industrialização que a procura por trabalho e também porque nesse período ocorre

¹⁴ Cfr. J. Williamson, Land, labor and globalization in the third world, 1870-1940, *The Journal of Economic History*, n. 62 (1), mar. 2002, p. 55 (68); v. também trabalho anterior do mesmo autor Globalization, convergence and history, *Journal of Economic History*, n. 56 (2) jun. 1996, p. 277 e ss.

o início da organização sindical na maioria dos países subdesenvolvidos, o que impede deterioração ainda maior dos níveis de salário real. Assim, na verdade o que está acontecendo é a concentração de riqueza nas mãos das camadas mais favorecidas que podem inclusive acumular mais capital através da aquisição de terras. Isso explica além da convivência entre melhores *wage/rental ratios* e piores indicadores sociais, também uma outra característica peculiar das economias subdesenvolvidos. Trata-se do fato de que, cinquenta anos após o início do processo de industrialização da maioria dos países subdesenvolvidos vive-se um processo de reconcentração da propriedade agrária e de exclusão social no campo. A acumulação de capital, tendo-se feito de forma desigual leva a que a melhoria (queda) do preço da terra possa ser apropriada apenas pelas camadas mais favorecidas. Para o operariado, empregado e mesmo desempregado, não há acesso possível à propriedade agrária. Daí a permanência e caráter endêmico dos conflitos agrários nessas economias, apesar da abundância relativa de terras.

Mas não é só. Como dito acima, a história da colonização e a estrutura monopolística que a partir dela se estabelece impacta de tal forma as sociedades do sul do hemisfério a ponto de constituir estruturas sociais e econômicas que vão marcar todo o seu processo de desenvolvimento econômico futuro.

A menção a estruturas sociais e econômicas é proposital. Não se considera correto partir de uma predefinição unilateral do sentido do comportamento humano, movido exclusivamente por uma racionalidade econômica, como quer G. Becker¹⁵ ou predominantemente social, como tão apaixonada e eficazmente defendeu K. Polanyi.¹⁶ A definição entre essas duas tendências em se tratando de estudo sobre o (sub) desenvolvimento é de resto desnecessária. Ambas se associam na indução do processo e assim, devem ambas ser aprofundadas.

Na verdade, a colonização deixa profundas marcas não só nas estruturas econômicas mas também nas sociais, conformando ela própria essas próprias estruturas. O apego à cultura e aos padrões de vida dos países desenvolvidos e o certo desprezo nutrido pelas classes abastadas e até mesmo pelas classes médias por sua própria civilização é característica comum desses países. Mais importante do que isso: o monopólio do saber econômi-

¹⁵ Cfr. G Becker, *The economic approach to human behavior*, Chicago, The University of Chicago Press, 1976.

¹⁶ K. Polanyi, *The great transformation*, Boston, Beacon Press, 1957, esp. p. 46.

co introduzido pelos monopólios coloniais lança raízes na estrutura social, esgarçando os tecidos sociais e dificultando a cooperação. Essas crenças e estruturas dificultam e muito o processo de desenvolvimento.

Uma última e importantíssima ressalva deve ser feita. Salientar a importância central da estrutura monopolística criada nas colônias para o seu processo de subdesenvolvimento não implica dizer que o se busca é sempre o seu oposto, i.e a existência generalizada na economia de estruturas econômicas descentralizadas. Trata-se de erro comum e talvez proposital entre os teóricos neoclássicos: opor os grandes conglomerados monopolísticos a uma estrutura econômica (ineficiente, segundo eles) de pequenas e médias empresas.

Sequer do ponto de vista lógico existem apenas essas duas alternativas. Na verdade, a real alternativa ao poder econômico concentrado é uma estrutura econômica equilibrada (em matéria de informação e capacidade de barganha) entre oferta e demanda. Estudar a correta organização das forças de oferta e demanda e não apenas a melhor conformação da estrutura industrial de oferta é o real objetivo do sistema econômico e das leis que procuram protegê-lo.

IV – Conclusão: esperanças

Em face de uma realidade aplicativa tão sombria, com tão pouca alternância de idéias e tão escassa atenção à realidade que nos cerca, a conclusão de uma artigo sobre a teoria antitruste pode limitar-se no máximo a expressar esperanças.

Esperanças de que o direito antitruste volte a ser objeto de atenção de teóricos preocupados com a organização da sociedade e não apenas de aplicadores práticos, preocupados exclusivamente com os interesses envolvidos em uma determinada operação, dos mais nobres aos mais mesquinhos.

Esperanças de que influxos teóricos novos venham a reconstruir um direito cujas base econômicas, jurídicas e fáticas estão muitos distantes daquele mundo ideal de mercado livre idealizado pelos defensores das teses neoclássicas ou neo institucionalistas. Aceito esse desafio, os exemplos e sugestões de novas linhas aqui mencionados parecerão um minúsculo pedaço aparente do imenso *iceberg* teórico que precisa ser descongelado e desenvolvido.



A DESCONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

*Luis Fernando Schuartz**

O termo “concorrência” aparece três vezes na Constituição Federal (“CF”). Em duas delas, ambas no Capítulo I do Título VII (“Da Ordem Econômica e Financeira”), em um sentido *prima facie* relevante para o direito da concorrência:¹ na primeira vez, o art. 170 proclama a “livre concorrência” como um dos princípios da ordem econômica constitucional; e na segunda, o § 4.º do art. 173 determina que a “lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise (...) à eliminação da concorrência (...)”. Neste último caso, a expressão não mais se refere diretamente ao princípio jurídico, mas ao estado de coisas que, junto com a “dominação de mercado” e o “aumento arbitrário de lucros”, deve ser reprimido pela lei. A menção à livre concorrência enquanto princípio jurídico reaparecerá no art. 1.º da Lei 8.884/94, que dispõe, precisamente, sobre a “prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica (...)”. De acordo com o art. 1.º, a livre concorrência é um dos “ditames constitucionais” a “orientar” as referidas prevenção e repressão – ao lado da liberdade de iniciativa, da defesa dos consumidores, da função social da propriedade e da repressão ao abuso do poder econômico. E no texto do art. 20 da mesma lei, que introduz o conceito de “infração contra a ordem econômica”, iremos reencontrar, conforme esperado, a referência à eliminação da concorrência, ao domínio de mercado e ao aumento arbitrário de lucros, entre os “objetos” e “efeitos” aos quais a lei se dirige repressivamente (o análogo “preventivo” pode ser encontrado no art. 54 da Lei 8.884/94).

Há várias questões interessantes para formular e responder sobre a relação entre o conteúdo dos arts. 170 e 173, § 4.º, da CF, de um lado, e a interpretação dos principais artigos da Lei 8.884/94, de outro lado. Por exemplo, está o legislador infraconstitucional *circunscrito* às hipóteses previstas no § 4.º do art. 173 para restringir, em nome de uma política de defesa da concor-

* Professor da FGV Direito Rio.

¹ A CF ainda faz uso deste termo no seu art. 146-A (introduzido pela Emenda Constitucional 42/2003), segundo o qual “critérios especiais de tributação” poderão ser criados por lei complementar para prevenir “desequilíbrios da concorrência”.

rência, a liberdade de iniciativa dos agentes detentores de poder econômico? Em caso positivo, em que medida a limitação afeta a interpretação do art. 20 da Lei 8.884/94, em particular, como ela repercute sobre a discussão acerca da admissibilidade da “regra *per se*” na repressão das condutas anticompetitivas no direito brasileiro, ou ainda acerca da necessidade da prova do elemento de intencionalidade na caracterização de infrações desta espécie? A direção escolhida neste artigo, no entanto, não é a da busca hermenêutica de implicações do texto constitucional para as atividades de interpretação e aplicação da Lei Antitruste ou a da investigação de como evoluiu a referida relação ao longo do tempo. Surpreendentemente, apesar das óbvias conexões semânticas entre as “partes” constitucional e infraconstitucional da afirmação da defesa da concorrência no direito brasileiro, bem como da aparente semelhança estrutural entre as formas desta afirmação nos arts. 170 e 173, § 4.º, da CF, e 1.º e 20 da Lei 8.884/94, os processos de decisão das autoridades responsáveis pela implementação da Lei Antitruste têm permanecido *impermeáveis* a argumentos substantivos de natureza constitucional. Em particular, a fundamentação das decisões tem dispensado quaisquer referências aos princípios constitucionais expressos, inclusive, no art. 1.º da lei e seguido um caminho alternativo à divisão das normas em princípios e regras e à construção dos argumentos a partir da sua combinação (entre si e uns perante as outras) segundo métodos de decisão jurídica razoavelmente difundidos (*e.g.*, a “ponderação de princípios”). O propósito do presente artigo é apresentar e discutir o significado desse peculiar e notável fenômeno de impermeabilização e “desconstitucionalização metodológica” do direito de defesa da concorrência brasileiro.

I. Duas estratégias de solução de problemas jurídicos

Em um artigo publicado em 1992,² Richard Posner diferencia duas espécies de “raciocínio jurídico” como preâmbulo metodológico à sua análise sobre a questão dos “direitos constitucionais não-enumerados”, a saber, o “de cima para baixo” (*top down*), e o “de baixo para cima” (*bottom up*):

² Legal reasoning from the top down and from the bottom up: the question of unenumerated constitutional rights, *The University of Chicago Law Review*, 59 (1992), p. 433-450. Para uma análise mais completa e focada na questão metodológica, v. Cass Sunstein, On analogical reasoning, *Harvard Law Review*, 106 (1993), p. 741-791.

In top-down reasoning, the judge or other legal analyst invents or adopts a theory about an area of law – perhaps all law – and uses it to organize, criticize, accept or reject, explain or explain away, distinguish or amplify the existing decisions to make them conform to the theory and generate an outcome in each new case as it arises that will be consistent with the theory and with the canonical cases, that is, the cases accepted as authoritative within the theory. The theory need not be, perhaps never can be, drawn ‘from’ the law; it surely need not be articulated in lawyers’ jargon. In bottom-up reasoning, which encompasses such familiar lawyers’ techniques as ‘plain meaning’ and ‘reasoning by analogy’, one starts with the words of a statute or other enactment, or with a case or a mass of cases, and moves from there (...) The top-downer and the bottom-upper do not meet.³

A rigor, a diferença entre essas duas estratégias de teorização não corresponde à diferença entre as teorias “dedutivas” e “não-dedutivas”. Uma teoria *top-down* pode ser composta indutiva, abduativa⁴ ou analogicamente a partir da agregação de observações isoladas de comportamentos dos agentes que exercem influência relevante em processos de aplicação do direito. Por outro lado, ainda que, segundo a caracterização de Posner, inferências não-dedutivas aparentem estar necessariamente presentes na construção das premissas normativas de que partirá a solução dos casos concretos nas teorias *bottom-up*, as complicações filosóficas que permeiam o uso dos conceitos de indução, abdução e analogia, bem como a crença de que se pudesse fabricar, *exclusivamente* com o auxílio destes métodos, proposições e normas *gerais*, tornam nebuloso o isomorfismo entre os referidos tipos de teoria. O exemplo do *common law*, em vez de negá-lo, apenas parece confirmar que a

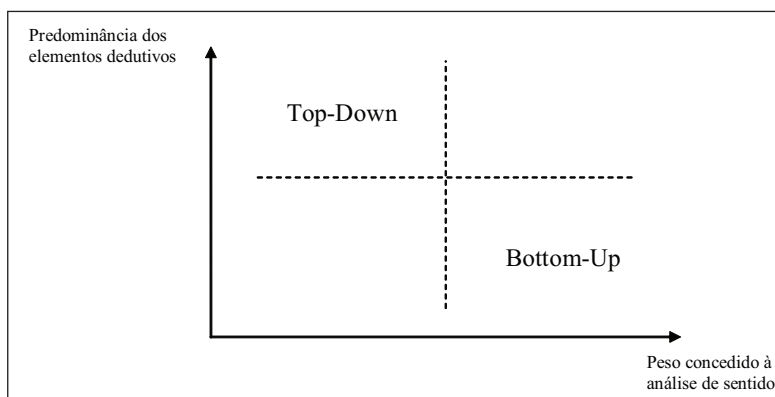
³ Posner, op. cit., p. 433.

⁴ O termo “*abdução*” refere-se a um tipo de inferência que, de um dado conjunto de fatos, procura extrair uma hipótese que melhor explica tais fatos. Inferências abduativas são extremamente comuns no âmbito da aplicação do direito, em especial na determinação das premissas factuais das inferências que racionalizam os processos de adjudicação (cf. David Schum, *Species of abductive reasoning in fact investigation in law*, *Cardozo Law Review*, 22, 2001, p. 1645-1681). O mesmo tipo de raciocínio também poderia, em princípio, servir para a descrição de processos inferenciais envolvidos na operação de teorias normativas no sentido especificado acima (para os presentes fins, não é relevante saber se o método indutivo pode ou não ser visto como caso particular de abdução, conforme sugerido, por exemplo, por G. Harman ou John Josephson).

gênese puramente analógica ou indutiva do direito a partir do caso é ilusória, já que pressupõe sempre a existência de um critério *normativo* que direcione a seleção *dos* casos que estarão, ao longo dessa gênese, sendo tratados como relevantes ou exemplares. E a justificação de uma inferência abduativa pode depender da confirmação da hipótese geral por meio dela inferida a partir da combinação de outras modalidades de raciocínio, incluindo a dedutiva.

A diferença entre teorias normativas *top-down* e *bottom-up* ficaria mais precisa se pensássemos na separação entre métodos dedutivos e não-dedutivos em um contínuo de estratégias de construção de critérios normativos, onde “elementos” de uma ou outra origem fossem *preponderantes em maior ou menor grau*, e a ele acrescentássemos uma *segunda* dimensão metodológica, referente ao peso que, nesta construção, se concedesse à *análise de sentido dos textos de direito positivo prima facie aplicáveis*. Neste espaço bidimensional, representado graficamente na figura a seguir, uma determinada teoria será tanto mais *top-down* quanto maior for a predominância de elementos dedutivos, e menor for o peso da análise do sentido dos textos de direito positivo aplicáveis, na aquisição de seus critérios normativos.

ESPAÇO DAS ESTRATÉGIAS



Teorias do direito ou de partes específicas do direito do tipo *bottom-up* são mais afins ao modelo dominante, nas nossas escolas de direito, de educação para o exercício das profissões jurídicas. Obviamente, isso não é um acaso, pois a formação dos juristas está vinculada às concepções nor-

mativas vigentes a respeito dos modos de produção do direito,⁵ em particular aos processos mais amplos de sua positivação e de configuração de hierarquias quanto às suas “fontes” produtoras. Por exemplo, a primazia concedida à dogmática jurídica de estilo europeu-continental, que enfatiza a exegese de textos legais usando um conjunto de “cânones” hermenêuticos bem-estabelecidos e a reconstrução de conceitos e institutos jurídicos a partir de processos de classificação e abstração; ou à casuística de estilo anglo-saxão, que enfatiza a análise semântica de decisões individuais valendo-se de técnicas de extração de diretrizes gerais a partir de casos tratados como paradigmáticos e do raciocínio analógico para sua transmissão aos casos futuros, talvez possam ser, ambas, reconduzidas a determinadas concepções acerca da autoridade para o exercício do poder de criar normas jurídicas e acerca das modalidades deste exercício: no primeiro caso, a concepções mais inclinadas em direção aos membros do Legislativo e à expressão escrita de sua “vontade racional” tal como reconstruída dos textos de leis em vigor; e no segundo caso, a concepções mais inclinadas em direção aos membros do Poder Judiciário e à evolução do direito vigente por meio dos mecanismos de formação e transformação da jurisprudência.⁶

Ainda na linha desta hipótese, as estratégias *top-down* de solução de problemas jurídicos usualmente carregariam consigo elementos de resistência ou indiferença com relação a tais autoridades e modos normativamente reconhecidos de criação do direito.⁷ Isto pode manifestar-se de formas tão diferentes entre si como a consideração somente de pequenos conjuntos de

⁵ O que não quer dizer que a relação de condicionamento não possa dar-se também na outra direção, *i.e.*, dos modelos de formação de juristas dominantes nas escolas de direito, para as concepções normativas a respeito dos modos de produção do direito. Porém, minha conjectura é que esse é um fenômeno bastante marginal. Provavelmente, a relação é bilateral, com uma forte assimetria entre os dois pólos ou sentidos de determinação.

⁶ Para diferenças quanto à percepção social com respeito à importância da função dos juizes nas tradições do *civil law* e do *common law*, cf. J. H. Merryman e R. Pérez-Perdomo, *The civil law tradition*, Stanford, 2007, cap. VI.

⁷ A rigor, a conclusão vale só para as teorias *normativas*, *i.e.*, as que incluem propostas acerca de como as normas gerais ou as decisões dos casos concretos *deveriam* ser. Nas demais hipóteses, não há que se falar em resistência ou desobediência, mas em explicação ou descrição do direito ou dos modos de decisão dos casos concretos tais como eles *seriam* (segundo a teoria). Um exemplo de teoria *top-down* explicativa é a que afirma que os juizes que gerenciam o *common law* norte-americano decidiriam “como se” buscassem maximizar a riqueza agregada.

textos legais ou julgados para fins de aquisição das premissas normativas a serem utilizadas nas decisões dos casos concretos (desconsiderando-se o conjunto complementar), ou a decretação de que o direito deve ser aplicado de maneira a maximizar alguma função-objetivo. Em ambas, a adoção da estratégia *top-down* faz-se tacitamente acompanhar da negação mais ou menos radical de estratégias alternativas (de aquisição de normas gerais para a decisão dos casos concretos) predominantemente orientadas nos textos em que estaria expressa a “vontade” das autoridades competentes ou formalmente legitimadas.

O recurso a uma estratégia *top-down* é revelador da tentativa de *superposição*, às premissas normativas de imediata extração dos textos *prima facie* disponíveis, de outras mais alinhadas às preferências de quem recorre à estratégia. O seu sucesso dependerá da constelação de forças em jogo ou da capacidade de criação e consolidação de padrões e rotinas nos processos decisórios que possam tornar proibitivamente elevados os custos sociais de uma mudança. Em regra, o campo de batalha desses conflitos – quase sempre inarticulados – se localiza na cúpula do Judiciário. É para lá que costumam convergir as disputas *pelo conteúdo semântico* de textos ou “manifestações de vontade” que aspiram ao status de fator de produção de normas jurídicas. Em algumas situações, não obstante, a convergência ou não ocorre ou ocorre apenas após um período significativo de tempo. Isso pode facilitar, para estratégias *top-down*, a ocupação de nichos jurídicos específicos e viabilizar a cristalização dos padrões e rotinas aos quais se referiu acima. A principal conjectura deste artigo é que algo assim verificou-se nos últimos 20 anos no Brasil com o direito de defesa da concorrência, assentando o terreno para o cultivo de um solo fértil à sua desconstitucionalização.

II. Três fatores que contribuíram para a institucionalização de uma teoria *top-down* do direito de defesa da concorrência no Brasil

A primeira lei de defesa da concorrência (em sentido próprio) do País surgiu em 1962. Trata-se da Lei 4.137, que então regulamentava o art. 148 da Constituição Federal de 1946⁸ e criou o Conselho Administrativo

⁸ Art. 148 da CF de 1946: “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais e sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais,

de Defesa Econômica (CADE).⁹ O desenho institucional escolhido pelo legislador de 62 previa um órgão administrativo composto de cinco membros nomeados pelo Presidente da República por indicação do Presidente do Conselho de Ministros, todos “de notório saber jurídico ou econômico e de reputação ilibada” (art. 9.º): um presidente, que “exercerá o cargo como Delegado do Conselho de Ministros e será exonerado quando o Conselho assim decidir” (art. 9.º, § 1.º), mais quatro Conselheiros dotados de mandato de quatro anos, permitindo-se a recondução (art. 9.º, § 2.º). Além disso, as competências de investigação e julgamento, hoje alocadas a diferentes órgãos do “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, concentravam-se no CADE (arts. 17 e 18). Estas características, aliadas a uma definição relativamente ampla das competências do Presidente (art. 23), faziam do CADE um órgão que, embora técnico, *deveria* ser capaz de agir *também* de acordo com orientações de política *governamental*. Isso ficou evidenciado durante os anos de vigência da Lei 4.137, ao menos até a entrada em vigor da Lei 8.158/91. Ainda que não saibamos se a história teria sido diferente na ausência do golpe que depôs o governo de João Goulart em 64 e do período de ditadura que a ele sucedeu-se, o fato é que a orientação intervencionista, concentracionista e até certo ponto cartelizante dos militares era incompatível com uma política consistente de defesa da concorrência e acabou, sem a necessidade de revogação, esvaziando as partes substantivas da lei vigente. Ironicamente, a abertura da Lei 4.137/62 para a recepção de influxos e sinalizações estritamente políticos colaborou para enfraquecer e quase anular sua própria eficácia social, que praticamente apenas sobreviveu, durante a década de 80 e de maneira espasmódica, em iniciativas demagógicas de controle de preços no âmbito da execução dos planos econômicos.

Quando os ventos da economia mudaram de direção no final da década de 80 e a política econômica viu-se impelida a vergar para o lado da liberalização, era natural que a competição assumisse um papel de maior destaque e o governo passasse a preocupar-se efetivamente com a sua promoção e proteção. Neste contexto, a política de defesa da concorrência ganhou não somente novo alento, mas também um novo marco legal e um novo quadro

eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros” (texto em Campanhole, *Constituições do Brasil*, Atlas, 1989).

⁹ Art. 8.º da Lei 4.137/62: “É criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, incumbida da apuração e repressão dos abusos do poder econômico, nos termos da presente lei”.

institucional. Criou-se a Secretaria Nacional de Direito Econômico e, com a já mencionada Lei 8.158/91, um esboço de bipartição do poder de implementação da política de defesa da concorrência *no interior da Administração Pública*, em particular do Ministério da Justiça. Esse esboço, que só seria completado três anos mais tarde com a Lei 8.884, começa a separar, organizacionalmente, o exercício da função investigatória do exercício da função judicante, alocando (mesmo que imperfeitamente) este último ao CADE e o primeiro à recém-criada SNDE. Ao papel judicante do CADE corresponderá um procedimento de seleção dos seus cinco membros politicamente menos concentrado com a entrada em cena do Senado Federal, todos eles agora nomeados para o cargo com um mandato de dois anos e possibilidade de recondução (art. 14). O espaço de influência política *na aplicação* da lei pelos dois órgãos competentes desloca-se para a Secretaria, cujo titular é pessoa escolhida exclusivamente pelo Ministro da Justiça para a ocupação de um cargo de confiança. Não obstante, o legislador de 91 hesitará em levar a cabo este movimento de despolitização dos processos de julgamento, reservando um lugar para o ponto de vista governamental na previsão de um recurso ao Ministro da Justiça perante as decisões do CADE (art. 21) – lugar que lhe foi expressamente recusado poucos anos depois pelo art. 50 da Lei 8.884/94.¹⁰

A Lei 8.158/91 foi uma lei de transição. Ela serviu para colocar na pista certa a política de defesa da concorrência no País. Mas a decolagem só veio com a lei vigente, a Lei 8.884/94, e um conjunto de sinais mais explícitos e unívocos por parte do governo no sentido da relevância desta política e do apoio aos sujeitos encarregados de executá-la. Apesar das imperfeições e instabilidades, a estrutura organizacional que emergiu da nova lei, combinada com a boa vontade dos responsáveis pela escolha dos membros do que passou a ser denominado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” (*i.e.*, dos Secretários da antiga SNDE, agora SDE, e da Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE, bem como dos Conselheiros do CADE), desencadeou um acelerado processo evolutivo cujos resultados, avaliados em termos qualitativos segundo os *standards* internacionais e comparativamente ao desempenho de órgãos em alguma

¹⁰ Art. 50: “As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições”.

medida equiparáveis da Administração Pública e do Poder Judiciário, foram razoavelmente satisfatórios.

Entre os fatores que mais contribuíram para este desfecho – bem improvável, do ponto de vista dos seus pressupostos –, há três que se complementam e me interessa destacar para a explicação do fenômeno da desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. Em *primeiro* lugar, teve-se um fator de natureza *político-institucional* que se gerou à sombra da sucessão de eventos resumidamente narrada acima. A peculiar combinação entre desinteresse político, isolamento organizacional e falta de efetividade, que caracterizou a defesa da concorrência no País no período entre a entrada em vigor da Lei 4.137/62 e a transição iniciada com a Lei 8.158/91, resguardou a implementação desta singular política pública de um controle mais intrusivo e estruturante por parte do Judiciário. Mantidos porém, de prontidão, a lei e o aparato administrativo necessários a uma implementação que permaneceria politicamente desamparada e contida, criou-se a possibilidade de propostas de teorização que precedessem e *antecipassem* a prática da aplicação do direito. De modo diverso do que se verificou com outras áreas do direito no Brasil, nas quais a teoria perde o atrito com a realidade institucional e se divorcia da prática que deveria orientar normativamente ou reconstruir racionalmente, o direito de defesa da concorrência aclimatou-se inicialmente entre nós sobretudo enquanto um bem de consumo cultural desprovido de uma experiência prática em relação à qual pudesse ou não alienar-se. Quando, enfim, as circunstâncias econômicas e políticas cambiaram e autoridades competentes e advogados foram convocados a fazer valer o direito vigente, as ferramentas conceituais e analíticas para a sua aplicação *tecnicamente consistente* já estavam relativamente difundidas e eram intersubjetivamente compartilhadas pelos seus principais representantes.

Para esta difusão e este compartilhamento foi ainda importante a participação de um *segundo* fator, de caráter distinto e complementar ao apontado acima, para assegurar uma qualidade satisfatória ao *enforcement* do direito concorrencial no País. O fator em questão é *cultural* e, uma vez mais, iria ligar-se aos resultados por ele condicionados de maneira pitoresca. Este não é o espaço adequado para rediscutir as notórias vicissitudes da recepção de idéias estrangeiras no País, especialmente no direito. No entanto, não é sempre que se percebe, no mimetismo ligeiro que costuma determinar tal recepção, um importante fator de produção de estados de coisas juridicamente elogiáveis – e quando isto ocorre, é fato digno de menção. Pois foi na competição pela importação dos autores estrangeiros de vanguarda

que se transplantaram para cá, em curto período de tempo, as produções mais avançadas de quase dois terços de século de jurisprudência e sofisticada discussão acadêmica norte-americanas, preenchendo um vazio teórico que, na ausência de padrões decisórios arraigados que lhes desconfirmassem, por aqui se instalaram sem resistências significativas. Aquilo que, nos Estados Unidos, era resultado parcial de uma complexa interação entre direito e ciência econômica e de uma evolução jurisprudencial com fissuras e tensões, celebrou-se, no Brasil, como referencial normativo indisputado, pronto e acabado para uso imediato. E o que Posner afirmou com verve polêmica acerca de si mesmo e de Robert Bork quanto à escolha da melhor teoria normativa do direito antitruste nos Estados Unidos, vale dizer: que os juízes deveriam interpretar a legislação aplicável tendo em vista exclusivamente a maximização de alguma medida de bem-estar econômico (para os dois autores, identificada com a soma dos excedentes do produtor e do consumidor),¹¹ estava, deste lado do equador, pacificamente em vias de se tornar uma norma quase auto-evidente.

Essa aclimação foi bastante facilitada pelo *terceiro* dos fatores mencionados anteriormente, ao qual corresponderá mais uma singularidade institucional: a influência dos economistas, seja no papel de autoridades, seja no papel de consultores privados. Economistas orientam-se predominantemente em teorias, não em textos legislativos ou precedentes judiciais e administrativos. Aos seus olhos, as *doctrines* da Suprema Corte e os manuais dos especialistas norte-americanos deviam aparecer como cristalizações imperfeitas, menos sofisticadas e desnecessariamente prolixas na forma de expressão, de resultados publicados em artigos acadêmicos por cientistas no sentido institucional do termo, *i.e.*, agentes em uma empreitada coletiva permanente, mediada por teorias e metodologicamente rigorosa, de formulação e teste de hipóteses. Daí para a conclusão de que valia mais a pena ir direto aos originais e amparar-se no processo de evolução da literatura econômica foi um pequeno passo. De mero repositório para o uso ornamental de citações, o *antitrust economics* foi então se convertendo silenciosamente, poder-se-ia dizer com apenas um pouco de exagero,¹² em *fonte* do direito

¹¹ Cf. Posner, *op. cit.*, p. 433-434.

¹² A asserção não é rigorosamente correta, pois a transformação da teoria antitruste *diretamente* em fonte do direito da concorrência teria resultado numa des-diferenciação entre ciência e direito que, na realidade, não se verificou. Para observações mais detalhadas sobre a tensa relação entre ciência econômica e direito da concorrência, ver *infra*.

brasileiro, *i.e.*, em fator de produção, modificação e seleção das premissas *normativas* empregadas nos julgamentos de casos concretos.

III. A desconstitucionalização enquanto subproduto da “Revolução do Antitruste” no Brasil

A narrativa apresentada na Seção II indicou três fatores improváveis a partir dos quais se institucionalizou no País uma teoria normativa *top-down* do direito de defesa da concorrência, ou seja, fatores que contribuíram para que uma teoria deste tipo tenha se difundido pela comunidade dos agentes envolvidos na aplicação do direito de defesa da concorrência brasileiro e se convertido, sem rupturas ou traumas, em teoria dominante e oficial. A finalidade desta Seção é caracterizar, resumidamente, a *forma específica* dessa teoria, reservando à Seção IV os comentários conclusivos sobre diferenças importantes entre a mesma e uma possível teoria *top-down* alternativa e “constitucionalizante”, *i.e.*, uma teoria normativa do direito de defesa da concorrência cuja aplicação remetesse, de modo essencial, a normas constitucionais.

O uso intensivo, direto ou indireto (via apropriação de proposições dos manuais ou documentos oficiais das autoridades estrangeiras, sobretudo as norte-americanas), da economia antitruste na solução de problemas jurídicos revolucionou o direito de defesa da concorrência no País. Mais do que isso: não há no direito brasileiro exemplo análogo de colonização, por uma teoria originalmente extrajurídica, dos programas normativos e argumentos substantivos utilizados enquanto premissas nas atividades de interpretação e aplicação do direito.¹³ Esta revolução discreta e silenciosa operou em diversos níveis, mas é sem dúvida no nível *metodológico* que se encontram seus impactos mais radicais e ricos em implicações teóricas.

Em *primeiro* lugar, a teoria normativa do direito da concorrência é uma teoria *consequencialista* do direito. Isto quer dizer que a teoria define os critérios de correção das soluções propostas enquanto decisões para os casos concretos por referência à sua contribuição para a obtenção de um estado de coisas positivamente valorado segundo a teoria. Em geral, dados um conjunto *P* de propriedades normativas que uma dada teoria *t* especificar como necessárias para uma valoração positiva de um estado de coisas que

¹³ Para exemplos, ver C. Matos (org.), *A revolução do antitruste no Brasil*. Teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Ed. Singular, 2 vols.

as possua e um conjunto D de decisões possíveis, diremos que t é consequencialista se, entre os critérios de correção definidos em t para avaliação das decisões em D , existir ao menos um que responda (i) positivamente a contribuições positivas das decisões em D para obtenção de um estado de coisas com as propriedades normativas especificadas em P ; e (ii) negativamente, na hipótese contrária. Noutras palavras, uma determinada teoria jurídica será consequencialista se algum dos critérios de correção (jurídica) definidos na teoria em questão para avaliação de decisões (jurídicas) for “monotonicamente sensível” às consequências das decisões.

A teoria oficial do direito de defesa da concorrência brasileiro não é apenas uma teoria consequencialista neste sentido amplo. Em *segundo* lugar, trata-se de uma teoria do direito que é consequencialista em um sentido mais restritivo ou *forte*, vale dizer, no sentido da *supremacia* do critério relativo à valoração de consequências sobre os demais critérios de correção eventualmente considerados como relevantes. As implicações desta característica no que se refere à operacionalização da teoria pelos seus usuários não são triviais. Em quaisquer das versões em que tem sido proposta, seja na mais alinhada com a opção normativa convencional da “Economia do Bem-Estar”, que identifica a decisão socialmente desejável como aquela que maximiza a soma dos excedentes do produtor e do consumidor, seja ainda naquelas mais viesadas na direção da proteção do excedente do consumidor, as complicações operacionais diagnosticáveis no âmbito da aplicação da teoria – diagnosticáveis também em teorias consequencialistas referentes a outras áreas do direito, pois são complicações do próprio consequencialismo e não de suas instâncias particulares – podem ser severas. A ignorância quanto a essas complicações, sobre as quais há comentários mais específicos abaixo, é a principal responsável por aquilo que, em outro artigo, denominei “consequencialismo festivo”,¹⁴ a mais jovial das ideologias conservadoras do País. Embora no Brasil o direito da concorrência tenha sempre estado relativamente mais protegido desse mal, sobretudo pela vigilância dos economistas com seus efeitos inibidores, os riscos subsistem, ainda que de forma latente e sutil, também com relação a ele.

Esses riscos estão ligados ao problema das condições de racionalidade dos juízos consequencialistas no direito. Essencialmente, o argumento

¹⁴ Ver Schuartz, *Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem*, 2008. Disponível em: http://www.diretorio.fgv.br/view_pub.asp?section_id=49&sub_section=40&category_id=183&id=339 (Texto para Discussão #1).

consequencialista compõe-se de duas partes, uma parte *descritiva* ou positiva, e outra *normativa*. A parte descritiva deve especificar, para cada decisão possível, a sua consequência, ao passo que, na parte normativa, as consequências previamente determinadas devem ser ordenadas de acordo com algum critério de valoração. Cada parte desta estrutura dual está sujeita a condições de racionalidade *distintas*. Dos critérios valorativos, que caracterizam a parte normativa do argumento, poder-se-á cobrar a *consistência interna* e, no máximo, a não-contradição e a compatibilização com normas e valores aceitos como devidos por uma *comunidade jurídica particular*. A pretensão que acompanha a componente descritiva do argumento consequencialista, por sua vez, é *universal* ou “*erga omnes*”, pois presta contas à “razão instrumental” e às regras (de validação de hipóteses) vigentes na *comunidade científica* tematicamente pertinente. Ocorre que este direito, universal e estruturalmente garantido, de circulação pela ciência como etapa da verificação das condições de racionalidade de juízos consequencialistas lançados no interior da argumentação jurídica pode revelar-se mais como maldição que como bênção.

Nas teorias mais reflexivas do direito da concorrência, particularmente, no qual a interação com a economia é permanente e intensiva no emprego de ferramentas teóricas e metodológicas sofisticadas, já se tornaram reconhecíveis o perigo da superexposição à sua complexidade, bem como a necessidade de enfrentá-lo mediante o controle *jurídico* da transição do direito à ciência e vice-versa. O caráter aberto, hipotético e disputável de todo conhecimento científico; a rápida velocidade da sua atual evolução e, em diversos casos, a incerteza radical quanto a suas futuras trajetórias; a coexistência de paradigmas academicamente credenciados, mas concorrentes e incompatíveis entre si com respeito à seleção das premissas e à aceitação de resultados; a fragilidade e falta de confiabilidade das prognoses efetivamente informativas e interessantes do ponto de vista político: estas são só algumas das características *estruturais* da ciência econômica moderna que vão de encontro à função, própria ao direito, de generalização e estabilização de expectativas normativas, e necessitam, logo, ser tentativamente domesticadas. A idéia do juiz como “*gatekeeper*”, a qual Werden, Froeb e Scheffman tomaram de empréstimo da decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Daubert* para utilização numa análise do uso de modelos de simulação

no controle antitruste de concentrações econômicas,¹⁵ serve para ilustrar um tipo de reflexão cada vez mais usual entre juristas e economistas americanos atuantes na área do direito concorrencial e conscientes da importância da preservação da fronteira entre direito e ciência econômica aplicada via adoção de estratégias de redução de complexidade *pelo direito*.

Mas o uso teoricamente especulativo, socialmente estéril e juridicamente autodestrutivo da ciência econômica no direito concorrencial é apenas uma possibilidade e não um resultado que é gerado inevitavelmente com a institucionalização de uma teoria normativa *top-down* ultraconsequencialista e tão intensivamente ligada a essa ciência. Além dessas características, em *terceiro* lugar deve-se aludir à flexibilidade da teoria para viabilizar diferenciações internas que façam frente ao maior dinamismo da ciência econômica. Prova notável da referida capacidade de autodiferenciação é a criação de camadas de regras e diretrizes com *sensibilidades e graus de resistência variados* às inovações da ciência econômica que ponham em xeque os pressupostos teóricos de tais regras ou diretrizes. Desta forma, pode-se, por exemplo, converter regras ou diretrizes *metodológicas* em regras ou diretrizes *jurídicas*, sem que, com isso, tenha-se que pagar o preço *total* da desatualização e do risco da presença de disparates e irracionalidades no direito, da perspectiva *da ciência*. Ainda que todas as camadas estejam sujeitas à revisão (assim como qualquer norma jurídica), pode-se assegurar que isso ocorra sob condições específicas, segundo os procedimentos apropriados e em tempos diferentes. O mesmo vale para as proposições teóricas incorporadas ao direito e transformadas em conteúdo de expectativas normativas, que podem ser estabilizadas em função da sua robustez ou maior operacionalidade na aplicação por autoridades que se encontram em situações de decisão sob informação incompleta.

A teoria oficial do direito de defesa da concorrência brasileiro, cuja forma pode ser, abstratamente, reconhecida em três características apresentadas acima, quais sejam, (i) a estratégia *top-down* de aquisição de premissas normativas, comandada pela ciência econômica; (ii) o consequencialismo forte; e (iii) a elevada capacidade de diferenciação interna tendo em vista a preservação da diferença entre direito e ciência aplicada, é uma teoria que se construiu e desenvolveu *à margem* da ou *com indiferença* às

¹⁵ Werden, Froeb e Scheffman, A Daubert discipline for merger simulation, *Antitrust*, 18, 2004, p. 89-94. Cf. a respeito também Schuartz, Quando o bom é o melhor amigo do ótimo, *Revista de Direito Administrativo*, 245, 2007, p. 96-127.

Constituições vigentes desde sua gestação, e isto não obstante as expressas referências, em todas elas (ou seja, nas Constituições de 1946, 1967, 1969 e 1988), à “repressão ao abuso do poder econômico” que “tenha por fim” (CF 46), “seja caracterizado por” (CF 67 e CF 69), ou “vise” (CF 88) a eliminar a concorrência, dominar mercados ou aumentar arbitrariamente os lucros; a definição da “livre concorrência”, pela CF 88, como um “princípio geral da atividade econômica”; e a previsão, no art. 1.º da Lei 8.884/94, da prevenção e repressão às infrações “contra a ordem econômica” e dos “ditames constitucionais” da liberdade de iniciativa, função social da propriedade, defesa do consumidor e repressão ao abuso do poder econômico. Apesar desse conjunto bastante explícito de pistas no sentido de que o texto da Constituição devesse penetrar, de maneira constitutiva, nos processos de interpretação e aplicação do direito de defesa da concorrência, isso definitivamente não aconteceu. Claro, não faltaram entre os juristas recomendações doutrinárias na direção de uma maior ou menor constitucionalização dessa parte do direito, mas a presença delas basicamente limitou-se ao mundo dos manuais, dos artigos e das notas de aula. Sua sina foi sobreviver nas mentes e nos corações dos adeptos como teorias normativas *não juridicamente institucionalizadas*.

Seria ingênuo descrever tal estado de coisas como “ilegal” ou “inconstitucional”. O texto não se confunde com a norma, e a mediação entre ambos requer uma teoria que competirá com outras por recepção e domínio na comunidade dos agentes que exercem influência determinante nos processos de institucionalização jurídica. Nesse sentido, a invocação do texto como decisivo para a determinação do conteúdo semântico da norma já pressupõe uma teoria normativa *particular* (e.g., a do “*plain meaning*”) que, enquanto tal, coexiste com outras teorias normativas concorrentes em um espaço no qual não há vencedores *a priori*. A sucessão de eventos narrada na Seção II, junto com os três fatores que contribuíram para a concepção, difusão e institucionalização jurídica de uma teoria para o direito da concorrência brasileiro com as características supramencionadas, revela que, não importa quão contingentes e improváveis forem as condições para o seu sucesso nesta disputa, este pode ocorrer, em princípio, para qualquer teoria. Isso não é o mesmo que dizer, evidentemente, que determinadas teorias não possam ser superiores às suas rivais em uma ou outra dimensão, que tal relação de superioridade não possa contar como um argumento racional em seu favor e o resultado da competição entre teorias rivais pela supremacia nos processos de aplicação do direito não possa ser decidido com base em

argumentos racionais. O ponto é que não está escrito nas estrelas que deva ser assim, nem muito menos que a dimensão predominante para a comparação racional das teorias alternativas não possa ser encontrada fora dos textos normativos relevantes, por exemplo na compatibilidade com as proposições de uma teoria filosófica ou os preceitos de um código ético ou moral.

Desconstitucionalização, noutras palavras, não implica inconstitucionalidade. Na acepção original, desconstitucionalização significa institucionalização de uma teoria que governa e organiza, sem referências a normas constitucionais, a aquisição de premissas normativas para uso em processos de aplicação do direito; e secundariamente, aplicação do direito segundo a teoria. Uma estratégia – ou estado – de desconstitucionalização de certo conjunto de normas será, teoricamente, inconstitucional somente se, de acordo com a teoria normativa do direito constitucional juridicamente institucionalizada,¹⁶ deva ser vista como inconstitucional.¹⁷ Nessa avaliação, precisa-se ter em conta que este não é um juízo comparativo envolvendo dois objetos estáticos e independentes entre si. Para o direito da concorrência tal como interpretado e aplicado no Brasil, particularmente, a teoria a partir da qual lhe caberia ser avaliado do ponto de vista do direito constitucional está, ela própria, sujeita a modificações pelo peso que o *fato* da sua institucionalização traz consigo. Como em qualquer interação entre normas e fatos, há também aqui espaço para uma inversão dialética: se normas que consideramos devidas vão colidir com fatos dos quais não gostaríamos de abrir mão, é possível que sejam as normas, e não os fatos, as preteridas para prevenir a colisão. Uma teoria do direito constitucional brasileiro que, consistentemente, devesse afirmar a inconstitucionalidade da desconstitu-

¹⁶ Este argumento pressupõe que tal teoria efetivamente exista (um pressuposto de verificação empírica), mas isso não precisa ocorrer necessariamente. Não há contradição em afirmar, para uma dada constelação de circunstâncias, que *não existe* teoria institucionalizada oficial para certo conjunto de normas, ou então que *mais de uma* existe.

¹⁷ As condições teóricas de inconstitucionalidade de uma norma jurídica evidentemente não se confundem com as condições de declaração da sua inconstitucionalidade pela autoridade competente. Por exemplo, a norma teoricamente inconstitucional pode subsistir enquanto tal e ser aplicada por juízes e tribunais, seja porque a autoridade competente para declará-la inconstitucional ainda não foi instada a fazê-lo ou não se manifestou a respeito, seja porque, embora tenha sido instada a fazê-lo, manifestou-se equivocadamente pela sua constitucionalidade.

cionalização do direito da concorrência talvez fosse uma teoria normativa que desejássemos repensar a fim de escaparmos da conclusão.

Posto isto, o tratamento do fato da desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência como inconstitucional é somente um entre vários resultados possíveis, mesmo sob condições de crescente judicialização dessa área do direito. Adicionalmente, há a possibilidade de uma “constitucionalização deferente”, que consistiria na leitura *ex post* das passagens relevantes da CF de modo a garantir a compatibilidade material entre o seu conteúdo semântico e as proposições correspondentes formuladas no vocabulário da Teoria Oficial. Esse seria um interessantíssimo exemplo de concretização de sentido dos textos constitucionais, que suavizaria o absolutismo do postulado da “interpretação conforme à Constituição”: a releitura do texto constitucional, que surge posteriormente como determinante para a interpretação dos dispositivos da lei, é, ela própria, mediada por uma construção racional do sentido destes últimos. Este me parece ser um desfecho preferível à ruptura implicada pela declaração de inconstitucionalidade e a subsequente “constitucionalização colonizadora” do direito da concorrência pela teoria dominante do direito constitucional brasileiro, e é certamente superior ao que poderíamos denominar de sua “constitucionalização cínica”, vale dizer, da combinação entre, de um lado, o uso exclusivo da Teoria Oficial desconstitucionalizada para fins de aquisição das premissas normativas que comandarão os processos decisórios, e, de outro lado, o uso ornamental do texto da CF para fins de blindagem estratégica, ante o Poder Judiciário, das decisões assim tomadas.

IV. O futuro da desconstitucionalização do direito da concorrência

Há várias razões para querer evitar a referida afirmação de inconstitucionalidade e a “força normativa do fático” é só uma delas. Nesta Seção introduz-se um argumento adicional, tirado da comparação hipotética dos desempenhos da teoria oficial do direito de defesa da concorrência e de uma teoria normativa rival que advogasse por sua ampla constitucionalização. Esta teoria alternativa representa um *tipo ideal* de teoria *top-down* com inclinação fortemente constitucionalizante – uma característica que será entendida no sentido específico de demanda por constitucionalização ao longo de duas dimensões: a dimensão *semântica* da determinação do conteúdo das normas infraconstitucionais por meio do significado das normas constitucionais; e sobretudo, a dimensão *metodológica* da decisão dos casos

levando-se em conta uma *pluralidade* de princípios, interesses ou valores constitucionais, a serem “ponderados” nos processos de aplicação em função de alguma medida relativa à *importância* dos princípios, interesses ou valores que estão em jogo (*e.g.*, dos seus “peso abstrato” e “peso concreto”, como faz a teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy¹⁸).

A variável de desempenho será definida um tanto vagamente como a capacidade da teoria de induzir decisões que lidem com incertezas de modo juridicamente racional, tendo sido selecionada pela generalidade do problema ao qual responde e sua crescente relevância e constante presença em análises teóricas sobre as condições de racionalidade de decisões jurídicas. O atributo do “juridicamente racional” se refere, especificamente, ao sucesso de uma determinada decisão jurídica na satisfação dos critérios de adequação definidos pela teoria normativa em questão e, especialmente, à possibilidade do controle intersubjetivo desta satisfação *no interior* de um procedimento *jurídico*. Como veremos, esta é uma qualidade essencial que a teoria do direito da concorrência já se revelou apta a exibir, mas que parece difícil de conquistar por teorias que recomendam a ponderação de objetivos constitucionais.

O primeiro passo do argumento consistirá no reconhecimento, a *ambas* teorias (*i.e.*, à teoria oficial e à teoria alternativa constitucionalizante do direito da concorrência, de aqui em diante, respectivamente, a “Teoria Oficial” e a “Teoria Alternativa”), de uma *componente consequencialista*. Para a Teoria Oficial esta é uma característica explícita, já descrita anteriormente. A característica é menos visível na Teoria Alternativa, mas ali também comparece implicitamente na sua referência à *realização de objetivos*, seja na forma do cumprimento de um conjunto de *Optimierungsgebote* ou “mandamentos de otimização”, seja na forma da implementação de um conjunto de valores. Em qualquer dos dois casos, com efeito, a avaliação de decisões segundo a teoria requer do avaliador *juízos de determinação de consequências* para cada decisão possível, bem como *juízos comparativos* que ordenem, monotonicamente, as decisões possíveis de acordo com sua contribuição à realização dos objetivos normativos postulados. Ainda que a componente consequencialista possa variar de peso na Teoria Oficial e na Teoria Alternativa, ela está essencialmente presente em ambas.

¹⁸ Ver, por exemplo, On balancing and subsumption. A structural comparison, *Ratio Juris*, v. 16, 4, nov. 2003, p. 433-449.

A estrutura lógica dos juízos e as demandas informacionais envolvidas no exame da sua racionalidade, contudo, diferem substancialmente entre as duas teorias. A Teoria Oficial procura determinar premissas normativas e decisões a partir da maximização de um *único objetivo* normativo (e.g., a soma dos excedentes do consumidor e do produtor), *diretamente mensurável* em unidades monetárias. Na sua versão mais forte, uma decisão *D* qualquer é uma decisão adequada para um determinado caso concreto se e somente se não existir, no conjunto das demais decisões possíveis, outra que seja estritamente preferível a *D* no *exato sentido* de produzir como consequência um valor, em unidades monetárias, estritamente maior que aquele produzido em consequência de *D*, em termos das mesmas unidades. Da perspectiva informacional, a demanda por condições para um controle intersubjetivo do exame da referida relação de adequação é, em tese ao menos, inteiramente passível de satisfação: ela se traduz na demanda pela coleta de informações em terrenos mapeados ou mapeáveis extensa e profundamente pela ciência econômica, em razão da precisão dos conceitos e definições bem como da sofisticação das técnicas e análises quantitativas aplicáveis.

Os problemas da seleção da decisão adequada e do controle da sua racionalidade ficam bem mais complexos no âmbito da Teoria Alternativa. Para exemplificar, tome-se o caso, relativamente mais simples, de previsão de *dois* valores ou princípios a realizar, digamos P_1 e P_2 . Neste caso, a escolha da decisão mais adequada requer a determinação não mais de apenas *uma* consequência para cada decisão possível, mas *quatro*, a saber, as consequências de cada decisão para P_1 , P_2 , P_1 via realização de P_2 , e P_2 via realização de P_1 . A explicação para este incremento de complexidade está no fato de que, agora, as consequências relevantes também deverão incluir eventuais *trade-offs* entre a realização de um princípio ou valor e a dos demais princípios ou valores. Em geral, se n denota o número de princípios ou valores considerados na teoria como relevantes para a decisão, então o número de relações de determinação a serem examinadas previamente à tomada da decisão é igual a n^2 .¹⁹

¹⁹ Por exemplo, tomando-se os quatro princípios nominalmente referidos no art. 1.º da Lei 8.884/94, ter-se-ia 16 relações de determinação a examinar. É possível pensar em uma forma alternativa de descrição da relação entre decisões e consequências de modo que os *trade-offs* sejam incluídos também entre as consequências *diretas* que cada decisão gera para os princípios relevantes. Isso reduziria o número de consequências que deveriam ser descritas, mas não, obviamente, a complexidade da tarefa, já que os *tipos* de consequência a descrever permaneceriam os mesmos.

Há várias outras complicações. A seguir destacarei três que se complementam e reforçam mutuamente. Em *primeiro* lugar, tem-se o problema das *unidades de medida*. Qual utilizar para mensurar as contribuições negativas ou positivas de uma dada decisão para a realização, *e.g.*, dos princípios da função social da propriedade ou da liberdade de iniciativa? Ilustrativamente, se quisermos levar a sério a sugestão de Robert Alexy no sentido de modelar a solução dos casos de colisão – *i.e.*, de *trade-off* – entre princípios jurídicos valendo-nos de conceitos como os de “curva de indiferença” ou “taxa marginal de substituição”, colocando a questão acerca do quanto estaríamos dispostos a conceder, em termos de realização de um dado princípio, a fim de aumentarmos de um Δ qualquer a de um outro, estaremos logicamente pressupondo a existência de uma *medida* que nos permita respondê-la. Evitar esta conclusão reservando um papel alegórico ou decorativo ao modelo somente agravará o problema, tornando mais opacos os processos de seleção e de justificação de decisões.

Ao problema da unidade de medida junta-se, em *segundo* lugar, o da *construção formal dos instrumentos de medição*. Suponhamos que o primeiro tenha sido resolvido por meio da invenção de uma nova unidade, digamos, o “contentamento ético-político”. Semelhantemente à “utilidade”, que aparece na teoria do consumidor para representar as preferências dos indivíduos com relação a conjuntos de bens, esta unidade serviria para representar as preferências de uma comunidade jurídica ou ordem jurídica particular em relação aos graus de realização de um dado conjunto de valores. Definir uma unidade de medida, entretanto, é bem diferente de construir uma escala de acordo com ela, fabricar dispositivos para realizar medições nela e medir objetos com o auxílio deles. Em particular, a construção, para controle das atividades de aplicação de princípios, de algo semelhante a uma “função utilidade”, ou seja, de uma escala que associe números reais a combinações de valores que, por sua vez, expressem, para cada decisão possível, a sua contribuição à realização dos princípios relevantes, é tarefa complexa e extremamente exigente em termos informacionais.

Para ilustrar algumas das dificuldades envolvidas, imagine-se que D_1 e D_2 sejam as duas únicas decisões possíveis, e V_1 e V_2 , respectivamente, as combinações de quatro índices que expressam as contribuições de D_1 e D_2 à realização dos princípios P_1 e P_2 .²⁰ A função deverá atribuir números a

²⁰ Formalmente, isso pode ser escrito da seguinte forma: $V_i = (v_1(D_i), v_2(D_i), v_3(D_i), v_4(D_i))$, onde $v_i(D_i)$ representa a consequência do tipo i para os princípios P_1 e P_2

V_1 e a V_2 de maneira tal que a atribuição represente as preferências da comunidade ou ordem jurídica particular com relação a V_1 e a V_2 , no seguinte sentido: se a comunidade preferir V_1 a V_2 , o número atribuído pela função a V_1 deverá, necessariamente, ser maior que o atribuído pela função a V_2 .²¹ A ponderação de princípios nos casos de *trade-off* e seu controle por terceiros exigem informações ainda mais finas e difíceis de coletar. Para isto, é preciso conhecer não só os valores da função para cada V , mas também *como* esses valores *variam* à medida, por exemplo, que varia a realização de um dos princípios considerados relevantes, mantendo-se constante a realização de outros; ou alternativamente, *qual variação* na realização de um princípio seria suficiente para manter-se constante o valor da função, dada uma variação qualquer na realização de outro princípio, *e.g.*, qual variação (positiva) na realização do princípio da função social da propriedade bastaria para compensar uma variação (negativa) no princípio da livre-iniciativa – que seria, precisamente, a definição da “taxa marginal de substituição” entre os dois princípios.

Em cima disso, em *terceiro* lugar, tem-se o problema da *determinação de ordens de preferências* que induzam mecanismos *controláveis* de seleção de decisões corretas para os casos concretos. Na Teoria Oficial, este é um problema relativamente simples de resolver, pois a decisão correta é postulada como aquela que maximiza alguma medida de bem-estar econômico (*e.g.*, o excedente agregado ou o excedente do consumidor), de definição unívoca e determinação – mesmo nas formas simplificadoras – objetivamente acompanhável por terceiros. Para a Teoria Alternativa, a tarefa é novamente mais árdua e onerosa. A definição de uma função nos moldes indicados nos parágrafos precedentes e a caracterização da decisão adequada como a que maximiza o valor da função em cada caso seriam o caminho seguro, mas alcançá-lo esbarra nos problemas mencionados e no

(por exemplo: para P_1 , *via* realização de P_2), decorrente da decisão D_1 ; e $V_2 = (v_1(D_2), v_2(D_2), v_3(D_2), v_4(D_2))$. O trabalho da função é, então, associar a cada V , *i.e.*, a cada combinação de valores que expressam as conseqüências de decisões possíveis para os princípios relevantes, um número que representaria as preferências da comunidade jurídica em relação às referidas combinações.

²¹ Ressalte-se que a ordem de preferências a ser respeitada nesta atribuição não é a do *indivíduo* chamado a decidir, mas a da comunidade a que o decisor presta contas. A construção da função deverá, portanto, se valer de um mecanismo de *agregação de preferências individuais* – uma tarefa não trivial, como mostra a Teoria da Escolha Social.

custo de obtenção de informações confiáveis para a identificação da solução desejada. Na teoria de Alexy, por exemplo, em que princípios são prescrições de objetivos a serem maximamente realizados observadas as restrições impostas pelas “possibilidades fáticas e jurídicas”, são deste terceiro tipo as principais dificuldades presentes na operação dos modelos propostos para estruturar os processos de argumentação jurídica que deveriam levar racionalmente à decisão correta. Especificamente, a idéia do ótimo de Pareto (para a concepção das restrições dadas pelas “possibilidades fáticas”) apresenta o problema da indeterminação potencial nas hipóteses de multiplicidade de decisões Pareto-ótimas e de incomparabilidade entre decisões, nas quais algum outro critério terá que ser adicionado para escolha da melhor decisão;²² e a *Gewichtsformel* ou “fórmula da ponderação” (para a concepção das restrições dadas pelas “possibilidades jurídicas”) reclama, inclusive na sua utilização enquanto ponto de referência e não algoritmo decisório, o acesso a dados que raramente estarão disponíveis, confiavelmente, nos procedimentos de aplicação do direito.²³ Nos dois casos, o “máximo possí-

²² Sejam $X = \{a, b, c\}$ um conjunto de estados e A e B dois indivíduos tais que: A prefere estritamente a a b e B prefere estritamente b a a ; A prefere estritamente a a c e B é indiferente entre estes dois estados; e B prefere estritamente b a c e A é indiferente entre estes dois estados. Neste caso, diz-se que os estados a e b são *Pareto-incomparáveis*; a é *Pareto-superior* a c ; b é *Pareto-superior* a c ; e tanto a como b são *Pareto-ótimos* (um estado x será *Pareto-superior* a um y se pelo menos um indivíduo preferir estritamente x a y e ninguém preferir estritamente y a x ; e um estado z será *Pareto-ótimo* se não existir outro que seja *Pareto-superior* a ele. Se, de dois estados x e y , não se puder dizer que x é *Pareto-superior* a y nem que y é *Pareto-superior* a x , então x e y serão *Pareto-incomparáveis*). O mesmo valerá, por analogia, supondo que X é um conjunto de decisões e A e B são princípios; a promove a realização de A e inibe a de B; b inibe a realização de A e promove a de B; c inibe a realização de A e de B. Suponha-se agora que exista mais um princípio, digamos C, e as relações de determinação sejam tais que: a promove a realização de A e inibe a de B ou C; b promove a realização de B e inibe a de A ou C; e c promove a realização de C e inibe a de A ou B. Neste caso, *todas* as decisões são *Pareto-incomparáveis*. Para o uso do modelo de Pareto em Alexy, ver, deste autor, *Individuelle Rechte und kollektive Güter*, em *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Suhrkamp, 1995, p. 232-261 e 258-259. Tal uso é mais complicado do que o ilustrado acima, pois pressupõe a comparabilidade entre as “intensidades” das contribuições positivas ou negativas para a realização de princípios.

²³ Na sua versão simples (para dois princípios, P_1 e P_2), a *Gewichtsformel* é dada pela seguinte expressão: $w_{1,2} = \frac{I_1 G_1 S_1}{I_2 G_2 S_2}$, onde $W_{1,2}$ é o “peso concreto” de P_1 em relação a P_2 ; I_1 é a “intensidade da intervenção” em P_1 associada à decisão sob consideração;

vel” não parece ser suficientemente seletivo para disciplinar o processo de decisão.

Esses problemas são todos turbinados quando a eles acrescentamos o ingrediente da *incerteza*. O salto de complexidade que segue a passagem da situação de decisão sob condições de certeza à situação de decisão sob condições de incerteza potencializa de tal forma as exigências informacionais para uma aplicação rigorosa da Teoria Alternativa, que seria surpreendente encontrar um caso em que elas seriam plenamente satisfeitas. Situações de decisão sob condições de incerteza caracterizam-se pela ausência de uma relação determinística entre alternativas de decisão e conseqüências. Para cada decisão possível não há mais como determinar a conseqüência que será por ela produzida. Em vez disso, dever-se-á ter agora, associada a cada decisão possível, uma *distribuição de probabilidade* definida sobre o conjunto das *conseqüências possíveis* – distribuição que *quase sempre* será *subjéctiva*, *i.e.*, desigual para indivíduos racionais que observassem a mesma situação de decisão. Nos casos interessantes do ponto de vista prático, nos quais, por exemplo, estão em jogo decisões políticas ou jurídicas, isto quer dizer que diferentes decisores poderão, *racional e legitimamente*, chegar a diferentes estimativas acerca das probabilidades de ocorrência dos eventos (incertos) que condicionarão as conseqüências de suas decisões – fato que, por sua vez, implica que tais decisores poderão, *racional e legitimamente*, identificar, como ótimas, *diferentes* soluções para o *mesmo* problema de decisão. O déficit de informações conduz, assim, ao de uma base firme para viabilizar a formação racional de consensos.

De Herbert Simon a autores mais recentes, como Daniel Kahneman, as correntes menos ortodoxas da Teoria da Decisão têm contornado este problema da incerteza com táticas de relaxamento das premissas dos modelos e dos pressupostos normativos que caracterizariam a decisão racional. As inovações mais produtivas desta literatura, como o conceito de “racionalidade limitada”, a substituição do ótimo por algum critério de “satisfação”

G_1 é o “peso abstrato” de P_1 ; S_1 é o grau de certeza sobre as hipóteses teóricas e empíricas relativas a resultados da intervenção em P_1 . Os significados dos termos do denominador são análogos, e P_2 é o princípio que “colide” com P_1 . Se o peso concreto de um princípio for superior ao dos outros com os quais colide (na fórmula, se o resultado da sua aplicação for maior que 1), então a decisão que gera efeitos (positivos ou negativos) para a realização de cada princípio do conjunto é correta em face do conjunto.

ajustável em função de mudanças em “níveis de aspiração” e a observação sistemática e catalogação de “heurísticas e vieses” em processos de decisão em diversos âmbitos foram, pouco a pouco, penetrando na ciência econômica e daí migraram para a teoria do direito, onde se tornaram palavras de ordem numa luta – tanto teórica quanto política – por regras (*versus standards*) e pela valorização do formalismo jurídico. Seja qual for o partido que se pretenda tomar com relação à parte mais geral e abstrata desta discussão, não se pode ignorar que, em uma área tão dependente de prognoses acerca do futuro como o direito da concorrência, o uso extensivo de algoritmos que simplifiquem os processos decisórios é indispensável. Isto, por si só, não implica qualquer predileção por regras em detrimento de *standards* ou princípios, mas requer, outra vez, a adoção de estratégias de diferenciação interna que sejam capazes de *redescrever* os problemas e as situações de decisão de modo a lhes proporcionar quantidades suficientes de *certezas socialmente compartilhadas*.

Uma condição de sucesso desta empreitada é a *condicionalização*²⁴ das normas finalísticas ou teleológicas de que se compõe o direito de defesa da concorrência, *i.e.*, a tradução de normas do tipo “deve-se realizar o estado de coisas X”, em normas do tipo “se Y, deve ser Z”, bem como a *redefinição das condições de verificação das hipóteses de incidência* das últimas, *i.e.*, a verificação do estado Y em cada novo condicional, de maneira a que tais hipóteses se refiram *exclusivamente a eventos pretéritos ao ato* que está sendo juridicamente analisado. Para teorias jurídicas consequencialistas, este duplo processo de condicionalização de programas finalísticos e gerenciamento de incertezas na verificação das hipóteses de incidência dos respectivos condicionais é fundamental à garantia das doses necessárias de previsibilidade a processos decisórios e de segurança a expectativas normativas. A Teoria Oficial já produziu este resultado em larga escala, na medida em que foi quebrando a prescrição da maximização do bem-estar econômico em um conjunto sistemático e operacional de comandos de linguagem relativamente precisa e implementação, embora orientada para o futuro, predominantemente condicionada ao acesso a dados sobre fatos passados. Exemplos proeminentes estão nos *Guias* de análise de concentrações econômicas, espalhados por quase todas as jurisdições com conceitos e diretrizes

²⁴ A expressão (“*Konditionierung*”) é de Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, 1995, p. 203.

virtualmente idênticos em todas elas;²⁵ ou então nas presunções que foram se sedimentando, de maneira mais ou menos explícita, nos precedentes relacionados ao tratamento jurídico das condutas anticompetitivas horizontais e verticais – tudo isso de forma alinhada e consistente com os resultados teóricos e empíricos acumulados na literatura especializada. Na verdade, poder-se-ia dizer que a operação da Teoria Oficial, que despontou enquanto teoria decididamente *top-down* na sua indiferença com relação à exegese de textos normativos, começa a criar as condições de possibilidade para uma reconstrução *bottom-up*, que tome como pontos de partida não os artigos de lei, mas os precedentes. Contrariamente à profecia de Posner, *top-downer* e *bottom-upper* poderão finalmente encontrar-se.

Não me parece que esteja de forma alguma comprovada a capacidade da Teoria Alternativa de reproduzir este desempenho. Mesmo nas áreas em que se estabeleceram e institucionalizaram há tempo suficiente para se tornarem reflexivas acerca das próprias condições de operação, as teorias similares com fortes inclinações constitucionalizantes aparentemente pouco lograram em termos da produção, difusão e estabilização de um vocabulário e de diretrizes metodológicas comuns que de fato domassem os respectivos processos de aplicação do direito. Aos olhos de um observador interessado mas casual, as anedotas a respeito de incontinências, incongruências, imprecisões e falta de rigor no uso das expressões relevantes, tais como “princípio da dignidade da pessoa humana”, “princípio da moralidade da Administração Pública” ou “princípio da função social da propriedade (do contrato)”, são pretexto menos para divertimento que para perplexidade e consternação. Diante desta impressão, é difícil esconder o alívio diante dos caminhos pelos quais o direito de defesa da concorrência enveredou no País, e deixar de imputar a eventuais opositores da sua desconstitucionalização um ônus argumentativo redobrado, que incluirá, enquanto preliminar, a obrigação de demonstrar, empiricamente, o sucesso das estratégias de constitucionalização completa ou parcialmente institucionalizadas em outras áreas do direito brasileiro.

É oportuno mencionar, para desfazer mal-entendidos, que o “sucesso” a que se referiu acima não deve ser entendido de modo superficial e reducionista, como ocorreria certamente se fosse confundido com o estrito cumprimento dos itens que figuram nos receituários de *best practices* para

²⁵ No Brasil, cf. a Portaria 50/2001, da SEAE/SDE, que apenas explicitou uma metodologia já consagrada nos julgados do CADE.

o crescimento econômico e apregoam genericamente a adoção de reformas institucionais que garantam “proteção aos direitos de propriedade” e “respeito aos contratos”. O ceticismo acerca das promessas da constitucionalização do direito está alojado em um nível mais abstrato, remetendo à possibilidade de erosão dos requisitos necessários à generalização e à estabilização de critérios que nos permitiriam distinguir *objetivamente*, por exemplo, o que é constitucional do que é inconstitucional. Esta ressalva também deveria prevenir tentativas de escavar, por debaixo desta atitude, alguma “negação pressuposta” de que as teorias normativas devem ser “legítimas” e não apenas “operacionais”, ou que, em um *trade-off* entre legitimidade e operacionalidade, é o primeiro que deve prevalecer. Novamente, o ponto que se questiona é mais elementar, uma vez que, sem os referidos requisitos, tende a desaparecer a *norma* somente em face da qual faz sentido inventar uma teoria normativa e discutir a respeito de atributos como legitimidade e operacionalidade. A perspectiva que governa a instituição de uma norma é uma perspectiva intersubjetivamente compartilhada por um conjunto de indivíduos (i) que orientam reciprocamente os seus comportamentos na expectativa (ou na “crença”) de que a expectativa dos outros seja que se comportem desta maneira; e (ii) cujas ações possam ser tratadas como conformes ou não conformes ao conteúdo da expectativa dos demais, como louváveis, no primeiro caso, e criticáveis, no segundo. A norma, portanto, existe apenas na medida em que é possível, a qualquer indivíduo do conjunto relevante de indivíduos, criticar as ações de qualquer outro pertencente ao mesmo conjunto. Sem esta possibilidade de crítica recíproca não há como assegurar a unicidade de referência e a identidade necessárias à constatação da existência de uma norma; e sem pressupor que uma norma existe, não há como garantir a possibilidade de crítica recíproca e, com ela, a constatação objetiva de que algo foi cumprido ou violado. A possibilidade de crítica objetiva e a pressuposição da existência da norma, logo, condicionam-se mutuamente. Uma não se sustenta sem a outra.

Isto não quer dizer que toda e qualquer tentativa de constitucionalização material esteja condenada à permanência no limbo, mas deve nos fazer pensar sobre as vantagens de possíveis rumos alternativos. Teorias normativas do direito, como exposto, não estão imunes à dialética entre normas e fatos. Se as condições para o uso *correto* da teoria são exigentes demais, no sentido de corresponderem a uma probabilidade de erro superior à que estaríamos dispostos a tolerar, isto pode ser problema exclusivo *da teoria* e não dos seus usuários. Esta é a principal mensagem por trás do slogan da

“virada institucional” na teoria do direito. Não obstante as diferenças nos sintomas, diagnósticos e remédios, os resultados são similares na *hipótese oposita, i.e.*, se tais condições forem *permissivas* demais e a probabilidade de erro no manuseio da teoria aproximar-se de zero. Nas duas situações a norma arrisca-se a sucumbir, na primeira delas *desconfirmada* pelos fatos, e na segunda *assimilada* a eles. Para teorias desta natureza a perda da capacidade discriminatória entre o certo e o errado é fatal para a teoria, mas quando se trata de uma teoria oficial, ou seja, de uma teoria institucionalizada que faz o trabalho de preparação de premissas normativas para processos decisórios, suas conseqüências são socialmente desastrosas, pois ela arrasta consigo a perda da capacidade de distinção objetiva entre o *lícito* e o *ilícito*. É por esta via que a despreocupação com consistência teórica, precisão conceitual e rigor argumentativo e metodológico se convertem, no plano do julgamento dos casos, em capricho, arbitrariedade e injustiça. No afã de constitucionar o direito, é preciso segurança de que com isto não se esteja colocando em perigo a normatividade da própria Constituição.



ARBITRABILIDADE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

*Isabel Vaz**

Introdução: Apresentação do problema

No I Seminário Internacional sobre Direito Arbitral realizado em Belo Horizonte, em maio de 2002, e de cuja organização participei, o Professor Guido Soares, da Universidade de São Paulo, ao agradecer o convite recebido para proferir uma palestra, afirmou, referindo-se aos professores que o haviam convidado: “Na verdade, aqueles mestres realizaram o que eu sempre considerei como a tarefa principal de um professor universitário: criar problemas. De fato, a problematização é o instigante desafio que se lança aos alunos, a fim de que busquem eles e encontrem as soluções jurídicas adequadas para as questões misteriosas que acontecem na vida real”.¹

O problema, aqui, não é apresentado a alunos, mas posto à consideração de professores, de colegas e de autoridades especializadas em Direito da Concorrência, o que lhe confere, certamente, melhores perspectivas de discussão e de apreciação. Fica claro, desde logo, que não se trazem soluções. Não é este o escopo desta reflexão. Trata-se, simplesmente, de levantar questões que vêm surgindo ao longo do tempo de aplicação da Lei de Arbitragem no Brasil, que trilha caminho de sucesso e, pouco a pouco, vai ganhando a confiança de grande número de empresários, de juristas e de estudiosos.

* Especialista, mestra e doutora em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora aposentada no Curso de Bacharelado e no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Ex-Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Membro honorário do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e de Relações Internacionais. Membro da Diretoria do Centro Jurídico Brasileiro – CJB. Membro da Comissão de Seleção do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

¹ SOARES, Guido Fernando Silva. Common law e direito arbitral: direito consuetudinário sem precedentes? In: *I Seminário Internacional sobre Direito Arbitral*. [Trabalhos apresentados: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais e Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Del Rey Editora] Belo Horizonte, 2003, p. 319.

A pergunta básica é a seguinte: se nos contratos administrativos, que têm como escopo a realização do interesse social, existe arbitralidade, por que não seria possível submeter certas questões antitruste à arbitragem? De outra forma: seria possível aplicar a arbitragem ao Direito da Concorrência?

O que se vai fazer é mais um levantamento de problemas do que um aporte de respostas. O texto não tem essa pretensão.

1. Arbitragem

1.1 Conceito

A Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, “dispõe sobre a arbitragem”, mas não lhe traz o conceito, como é de praxe com os textos normativos. A Professora Selma Lemes, uma das redatoras do Projeto convertido nessa lei e uma das mais conceituadas autoridades em matéria de arbitragem, foi buscar em René David o conceito daquela instituição. Para o mestre comparatista francês, a arbitragem é “uma técnica que visa a dar a solução a uma questão, que interessa às relações entre duas pessoas, por uma ou mais pessoas – o árbitro ou árbitros [tribunal arbitral] – que detêm os seus poderes de uma convenção privada e julgam com base nessa convenção, sem serem investidos dessa missão pelo Estado”.²

O Ministro Carlos Mário Velloso cita a lição do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, segundo o qual “(...) o processo, na solução de conflitos, pode realizar-se de três formas: a) pela mediação, técnica de negociação, com vista ao acordo de vontades, b) pela arbitragem, mediante decisão de um árbitro imparcial, ‘desprovido de poder estatal e não integrante do quadro dos agentes públicos jurisdicionais’ e c) pela sentença judicial, obra do magistrado no exercício da atividade jurisdicional, ‘tipicamente, pois, composição particular, composição paraestatal e composição estatal da lide’”.³

² DAVID, René. *L'Arbitrage dans le commerce international*. Paris: Economica, 1982, p. 9 apud LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 59, tradução de Selma Lemes.

³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro, *Revista dos Tribunais*, 735/39, apud VELLOSO, Carlos Mário. A arbitragem no contexto constitucional brasileiro. Conferência Magna In: I Seminário Internacional sobre Arbitragem, cit., p. 11-12.

A arbitragem, apesar de situar-se no campo da justiça privada, recebeu da lei legitimidade, como forma alternativa de solução de conflitos, fazendo as vezes, com a autorização legal e a observância de certos limites, “da função jurisdicional do Estado”.⁴

É um “modo extrajudiciário”, diz Selma Lemes, “de solução de conflitos em que as partes, de comum acordo, submetem a questão litigiosa a uma terceira pessoa, ou várias pessoas, que constituirão um tribunal arbitral. A decisão exarada por esse tribunal arbitral tem os mesmos efeitos de uma sentença judicial (art. 31 da Lei n. 9.307, de 23.09.1996)”.⁵

Lembra René David que “a arbitragem deve ser distinguida da justiça dos tribunais. O árbitro é uma simples pessoa privada. Ele profere sua decisão apoiando-se sobre uma convenção celebrada entre os interessados; ele não a impõe em virtude de um poder conferido pelo Estado. As jurisdições arbitrais podem ver sua existência reconhecida e suas decisões sancionadas nos diferentes direitos; elas não estão integradas na administração estatal da justiça”.⁶

Essas características destacam o papel da “convenção celebrada entre as partes”, de onde a arbitragem auferi a sua legitimidade e a sua conformação ao espírito da lei. Na verdade, segundo o art. 3.º da Lei 9.307/96, “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

O art. 4.º esclarece que a cláusula compromissória é a convenção por meio da qual as partes em um contrato se comprometem, em relação a qualquer litígio dele decorrente, a submeter a controvérsia à arbitragem. O compromisso arbitral, nos termos do art. 9.º, é também uma convenção,

⁴ VELLOSO, Carlos Mário, op. cit., p. 12.

⁵ LEMES, Selma, op. cit., p. 59.

⁶ DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Collection Études Juridiques Comparatives. Paris: Economica, 1982, p. 13. Tradução livre do original: “L'arbitrage doit être distingué de la justice des tribunaux. L'arbitre est une simple personne privée. Il prononce sa décision en s'appuyant sur une convention intervenue entre les intéressés; il ne l'impose pas en vertu d'un pouvoir à lui conféré par l'État. Les juridictions arbitrales peuvent voir leur existence reconnue et leurs décisions sanctionnés dans les différents droits; elles ne sont pas intégrées dans l'administration étatique de la justice”.

mediante a qual as partes decidem submeter um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

1.2 *Natureza jurídica*

Entre os autores que se debruçam sobre esse tema não existe concordância a respeito da natureza jurídica da arbitragem. Já se pode ver, de acordo com os dispositivos legais mencionados, que ela tem uma origem contratual. Por outro lado, o que legitima e atribui autoridade ao laudo arbitral é a lei, que lhe confere a natureza de sentença, incluindo-a entre os “títulos executivos judiciais”, conforme dispõe o art. 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil.

A arbitragem possui, assim, uma natureza mista, ou “híbrida”,⁷ decorrente de sua própria origem legal e convencional e não há como arredar-se

⁷ DAVID, René, op. cit., p. 109, afirma: “Les discussions relatives à la nature juridique de l’arbitrage ne peuvent mener à des conclusions sûres car l’arbitrage a une nature hybride et la réglementation qu’il comporte va de ce fait être elle même composite. [...] C’est une simplification abusive ne vouloir retenir q’un seul de ces caractères [referindo-se ao aspecto convencional e ao jurisdicional] pour lui rattacher toute la réglementation de l’arbitrage. Il existe autant de raisons pour se prononcer en faveur de l’une ou de l’autre de ces thèses qui s’affrontent, affirmant la nature contractuelle ou juridictionnelle de l’arbitrage. Aussi bien les auteurs qui, adeptes d’une *Begriffsjurisprudenz* nouvelle, ont cherché à déterminer la nature juridique de l’arbitrage sont-ils généralement arrivés à la conclusion, inévitable, que l’arbitrage avait une nature mixte, à la fois juridictionnelle et contractuelle; il n’était peut-être pas besoin de tant d’efforts pour arriver à une lapalissade qui n’offre au législateur ni au juge aucune directive. Ayant constaté que l’arbitrage avait une nature mixte, mi-contractuelle ou mi-juridictionnelle, on est libre de faire prévaloir, à l’occasion d’une question donnée, l’un ou l’autre de ces caractères, en fonction de facteurs d’ordre politique ou pratique qui conduisent à préférer telle ou telle solution” (*L’arbitrage dans le commerce international*). “As discussões relativas à natureza jurídica da arbitragem não podem levar a conclusões seguras porque a arbitragem tem uma natureza híbrida, e a regulamentação que ela comporta vai por isso ser ela mesma compósita. [...] É uma simplificação abusiva querer reter apenas uma dessas características para lhe atribuir toda a regulamentação da arbitragem. Existem tantas razões para se pronunciar em favor de uma ou de outra dessas teses que se contradizem, afirmando a natureza contratual ou jurisdicional da arbitragem. Assim como os autores que, adeptos de uma nova *Jurisprudência dos conceitos*, procuraram determinar a natureza jurídica da arbitragem chegaram, geralmente, à conclusão, inevitável, que a arbitragem tinha uma natureza mista, ao mesmo tempo jurisdicional e contratual; talvez não fossem necessários tantos esforços para se

dessa constatação.⁸ Não obstante, surgiram três correntes segundo as quais, para uns, a arbitragem teria natureza *contratual*, “no sentido de que nasce de uma convenção firmada pelas partes e os poderes dos árbitros derivam dessa autorização”.⁹ Segundo outros autores, ela se revestiria da característica *jurisdicional*, em razão do resultado da arbitragem, “(...) que é um julgamento por um terceiro imparcial que define a controvérsia”.¹⁰ E finalmente, alguns afirmam também a sua natureza híbrida, que parece ser a que “(...) melhor se coaduna com a arbitragem”, salientando “(...) ser ela contratual na fonte, mas jurisdicional no objeto”.¹¹

O Professor José Carlos de Magalhães adverte – referindo-se, ao *laudo arbitral* e não à *arbitragem* propriamente dita – para o fato de que “o laudo arbitral não é ato integrativo do compromisso, nele tem seus fundamentos e seus limites, mas seus efeitos decorrem da lei e não da vontade das partes”,¹² posição que parece não contestar nem a natureza contratual da *arbitragem* nem a sua legitimação decorrente de disposição de *lei*.

O Ministro Sálvio Figueiredo Teixeira atribui à arbitragem a *forma paraestatal*, destacando que ela se encontra “(...) sob os auspícios e a garantia do Estado, mas com a decisão delegada a particular, cujas razões se estatizam após serem proferidas, inclusive com as sanções típicas da sentença judicial”.¹³

Como se pode ver, as opiniões variam a respeito da natureza jurídica da arbitragem. Não se chega ao extremo, conforme a posição de René

chegar a uma verdade ridícula que não oferece ao legislador nem ao juiz nenhuma diretiva” (tradução livre desta autora).

⁸ Confira-se LEMES, Selma, op. cit., p. 60. A autora relaciona outras opiniões, p. 60 e ss. de sua obra.

⁹ Cf. CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. In: *Participação e processo*, RT, p. 304, 1988, apud LEMES, Selma, op. e loc. cit.

¹⁰ Cf. LEMES, Selma, op. e loc. cit.

¹¹ Idem, p. 60-61.

¹² MAGALHÃES, José Carlos de. Arbitragem internacional privada. In: MAGALHÃES, José Carlos de & BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986, p. 20, apud LEMES, Selma, op. cit., p. 61.

¹³ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Arbitragem no sistema jurídico brasileiro. In: GARCEZ, José Maria Rossani (org.). *A arbitragem na era da globalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 24, apud LEMES, Selma, op. cit., p. 62, onde a autora colaciona outras opiniões.

David, antes mostrada, de menosprezar essa preocupação, que tem natureza científica. Trata-se de optar por uma das muitas correntes, reconhecendo-se, com René David, Selma Lemes e outros, a natureza híbrida da arbitragem.

1.3 Surgimento

Este não seria o espaço nem o momento para se propor a realização de um histórico sobre o surgimento da arbitragem. Muitos autores conceituados já o fizeram, com proficiência.¹⁴ Importa registrar que, desde o tempo do Império, a arbitragem era conhecida e praticada no Brasil. Lembra Cachapuz de Medeiros que, não obstante, ao longo de nossa história, tenhamos grande apreço pela arbitragem, hesitamos no seu emprego.¹⁵

“Demonstramos grande apreço pela arbitragem no plano das relações entre Estados. É obra do patrono da diplomacia brasileira, o Barão do Rio Branco, marcada pelo emprego do arbitramento, da arbitragem, na solução dos conflitos internacionais que envolviam o nosso país. O nosso território foi demarcado graças ao emprego da arbitragem pelo Brasil.”¹⁶

No plano internacional, um dos mais importantes diplomas é a Convenção de Nova York, de 1958, sobre o reconhecimento e a execução

¹⁴ Confira-se a obra já citada de LEMES, Selma, p. 63 e ss., na qual registra que, historicamente, a arbitragem foi bastante utilizada, com destaque para os contratos de concessão no tempo do Império, referindo-se, entre outros, ao contrato de arrendamento das Termas de Lambari (MG), em 1912, pelo Estado de Minas Gerais (p. 69) ao engenheiro Américo Werneck. Esse processo foi interessante, pois, descumprindo o Estado de Minas suas obrigações, resolveu o arrendatário, em 29 de julho de 1913, acioná-lo, pedindo a rescisão do contrato de arrendamento e a indenização por perdas e danos. O Estado, representado por Ruy Barbosa, propôs, em 1915, ao arrendatário, que a controvérsia fosse solucionada por meio da arbitragem, que, aceita, teve como árbitros José Xavier Carvalho de Mendonça e Edmundo Pereira Lins. O laudo arbitral foi ditado em 13 de março daquele ano, favorável ao arrendatário e condenando o Estado a pagar perdas e danos. Contrariando a irrecorribilidade da cláusula arbitral por ele mesmo redigida, o Estado recorreu ao Supremo Tribunal Federal, que manteve os termos do laudo arbitral (cf. LEMES, Selma, op. cit., p. 63 e ss).

¹⁵ Confira-se MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *Intervenção como debatedor*, no I Seminário Internacional sobre Arbitragem, cit., p. 54. Também no Direito Comparado as experiências apontam a preferência pela arbitragem nas relações internacionais. Confira-se Cap. 4, adiante.

¹⁶ *Idem*, p. 55.

de sentenças arbitrais estrangeiras,¹⁷ e as leis modelo sobre vários assuntos, a arbitragem, inclusive, concebidas e divulgadas pela UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Direito Comercial Internacional –, entidade a que o Brasil pertence desde o começo de sua criação.

A UNCITRAL é responsável, lembra Cachapuz de Medeiros, pelas regras de arbitragem adotadas em 1998 e destinadas, principalmente, à resolução de litígios que envolvam contratos comerciais e particulares, e pela Lei Modelo da UNCITRAL (LMU) sobre arbitragem comercial internacional, aprovada em 1985, dispondo sobre as controvérsias mercantis em que os Estados sejam parte.

Feito esse brevíssimo esforço, importa tratar de questões ainda não resolvidas e que, certamente, apresentarão grandes dificuldades, quando se cuidar de uma possível interseção entre a arbitragem e o Direito da Concorrência.

1.4 Arbitrabilidade subjetiva e objetiva

A distinção entre arbitrabilidade subjetiva e objetiva decorre dos próprios termos da Lei 9.307/96, que, em seu art. 1.º, diz quem pode se submeter à arbitragem e que bens podem ser suscetíveis a essa forma de justiça privada, quando em litígio seus detentores: “As pessoas capazes de contratar” [*arbitrabilidade subjetiva*] “poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” [*arbitrabilidade objetiva*].¹⁸

O conceito de arbitrabilidade subjetiva toma de empréstimo ao Direito Civil a noção de capacidade de contratar, referindo-se a todas as pessoas, físicas, jurídicas, de Direito Público ou de Direito Privado. O Estado, enquanto pessoa jurídica de Direito Público e quando se reveste da qualidade de pessoa jurídica de Direito Privado, projetando-se nas empresas públicas e nas socie-

¹⁷ Nas palavras de Alejandro GARRO, essa convenção constitui um dos maiores êxitos em matéria de tratados multilaterais que facilitam a resolução de conflitos de direito privado. Mais de 115 países a ratificaram. Arbitraje comercial internacional en las últimas décadas: aciertos y desaciertos, no I Seminário... cit., p. 33.

¹⁸ Confira-se LEMES, Selma, op. cit., p. 116.

dades de economia mista, possui capacidade legal para assumir responsabilidades, direitos e obrigações, podendo, portanto, contratar com particulares.¹⁹

Os contratos celebrados pela Administração Pública com particulares possuem a natureza de *contrato administrativo*.²⁰ Para Hely Lopes Meirelles, “contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.²¹

O sentido atribuído à expressão Administração Pública, “no aspecto subjetivo representa”, diz Selma Lemes, “todos os órgãos integrantes das pessoas jurídicas de Direito Público interno, consoante definido no art. 41 do Código Civil em vigor (Lei n. 10.406, de 10.01.2002): a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; os Municípios, as autarquias e as demais entidades de caráter público criadas pela União, Estados da Federação e Municípios, na forma de sociedades de economia mista e empresas públicas, que são consideradas pessoas jurídicas de Direito Privado”.²²

Sem maiores aprofundamentos, deduz-se que se o Estado, personificado na Administração Pública, e suas entidades, podem contratar, despidendo-se de parte de suas prerrogativas, eles podem também transacionar no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, categoria de bens sobre a qual os detentores têm liberdade de dispor.

O fator *arbitrabilidade objetiva* diz respeito à identificação da categoria de bens cuja discussão ou controvérsia poderia ser submetida à arbitragem.

Há que se ter presente, todavia, que quando a Administração Pública celebra um contrato administrativo, ela o faz com vista à realização de um

¹⁹ Idem, p. 42. Veja-se, mais adiante, o conceito de arbitrabilidade segundo a doutrina francesa.

²⁰ Pode-se dizer que é administrativo um contrato submetido não às regras do Direito Privado, mas às regras do Direito Público.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 214.

²² LEMES, Selma, op. cit., p. 40. Obs.: Todas as vezes que se mencionar, neste estudo, “Hely Lopes Meirelles” ou “Meirelles,” considere-se a edição de 2008, com as atualizações feitas pelos autores citados.

interesse público específico, residindo nesse fator o mais importante elemento caracterizador desse tipo de contrato.²³ Os administrativistas afirmam tratar-se de “um conceito elástico de difícil precisão”,²⁴ envolvendo “certa dose de discricionariedade, pois [a decisão estatal] consiste na escolha de um entre vários interesses concorrentes”.²⁵

Não obstante as dificuldades apontadas pela doutrina, pode-se compreender o interesse público como “(...) o que representa a esfera de necessidade a que a iniciativa privada não pode responder e que são vitais para a comunidade na sua totalidade e para cada um de seus membros”.²⁶

O Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta, diz Selma Lemes, uma classificação das atividades da Administração Pública de acordo com a natureza do interesse público. Entende ele que as funções exercidas pelo Estado podem ser consideradas como “atividades-fim” e “atividades-meio”. Aquelas – as atividades-fim – seriam as funções desempenhadas pelo Estado para a satisfação dos interesses públicos primários, que são referidos às necessidades dos administrados, e desempenhadas pela Administração Pública externa. E estas – as atividades-meio – destinam-se a operacionalizar os interesses institucionais do Estado, respeitantes aos seus atos, pessoas e serviços, objetivando a satisfação dos interesses secundários ou instrumentais e são exercidas pela Administração Pública Interna.²⁷

Para realizar as atividades-fim, o Estado protege interesses de grande relevância para a sociedade, como aqueles ligados ao bem-estar, à saúde e à segurança, classificados como afetos ao “*interesse público*”.²⁸

²³ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 159, apud LEMES, Selma, op. cit., p. 43.

²⁴ Cf. LEMES, Selma, op. cit., p. 125 e ss.

²⁵ SALLES, Carlos Alberto de. A definição do interesse público. In: *Processo civil e interesse público*. São Paulo: RT, 2003, p. 79, apud LEMES, Selma, op. cit., p. 126.

²⁶ AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de direito administrativo*. 3. reimp. Lisboa: Almedina, p. 35, v. II, apud LEMES, Selma, op. cit., p. 128.

²⁷ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 112, apud LEMES, Selma, op. cit., p. 130-131.

²⁸ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 225-226, apud LEMES, Selma, op. e loc. cit.

Hely Lopes Meirelles refere-se ao *princípio da supremacia do interesse público* ou *da finalidade pública*, que o art. 2.º, *caput*, da Lei 9.784/99 chama de *interesse público*, colocando-o como um dos princípios de observância obrigatória pela Administração Pública, correspondendo ao “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei” (art. 2.º, parágrafo único, II).²⁹

Referindo-se a esse mesmo *interesse público*, Diogo de Figueiredo Moreira Neto diz que os interesses tutelados “são considerados supremos e indisponíveis”. Observa, contudo, que “essa indisponibilidade, apesar de ser regra, comporta relativização”. Afirma que “a indisponibilidade pressupõe a inegociabilidade, que só pode ocorrer por vias políticas e na forma legal”. Para a realização das *atividades-meio*, porém, a indisponibilidade é relativa, pode ser negociada, recaindo sobre os “*interesses públicos derivados*”, acrescentando que, para atuar nessa órbita, a Administração precisa obter autorização constitucional genérica, na forma dos arts. 18, 37, *caput* e, às vezes, autorização legal (por exemplo, aquela referida nos arts. 49, I, XVI e XVII da Constituição vigente).³⁰

Prosseguindo em seu raciocínio, Diogo de Figueiredo Moreira Neto classifica os interesses públicos em “primários” e “secundários”,³¹ classificação também adotada por Hely Lopes Meirelles, que afirma a necessidade de se distinguir “o *interesse público primário*” do “*interesse público secundário*”.

“O primeiro é a meta, o objetivo a ser atingido pela Administração no atendimento das necessidades sociais. O segundo é instrumental, ou seja, é a utilização de meios capazes de permitir a consecução do primeiro.”³²

A conclusão a que chegam Selma Lemes e Hely Lopes Meirelles é de que a matéria relativa aos interesses públicos derivados, de natureza instrumental e com características patrimoniais, pode ser submetida à arbitra-

²⁹ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 105, com os destaques no original.

³⁰ CF. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações...* cit., p. 226, apud LEMES, Selma, op. cit., p. 131. Os destaques constam no original.

³¹ Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações...* cit., p. 226, apud LEMES, Selma, op. e loc. cit.

³² MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 254.

gem.³³ A propósito, Meirelles afirma: “Se é verdade que ‘na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza’, ‘enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe’, a Lei n. 9.307/96 permitiu expressamente a *todas as pessoas capazes de contratar* (aí incluindo-se a Administração Pública direta e indireta) a possibilidade de se valerem da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais. Autorização legal, portanto, existe. Facultativa é a sua utilização. Somente nos contratos de concessão e permissão de serviço público torna-se obrigatória a inserção de cláusula que disponha expressamente sobre o foro e sobre o modo amigável de solução das divergências contratuais (Lei 8.987/95, art. 23, XV)”.³⁴

2. Direito da Concorrência

2.1 Conceito

O Direito da Concorrência é formado por um conjunto de normas, regras, princípios e instituições destinado a apurar e a reprimir as infrações contra a ordem econômica, assegurando o exercício da livre-iniciativa e o respeito aos princípios constitucionais aplicáveis às atividades econômicas.

Esse conceito, calcado na Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, contempla as normas, as regras e os princípios constitucionais inseridos no Capítulo I do Título VII da Constituição vigente e a legislação infraconstitucional destinada a densificá-los e a conferir-lhes eficiência e aplicabilidade. Alguns desses princípios estão inseridos, sob a denominação de “ditames constitucionais”, no art. 1.º da Lei 8.884/94.³⁵ E andou bem o legislador, pois nem todas as proposições enumeradas no *caput* do art. 1.º daquela lei estão revestidas da característica de “princípios”. É o que ocorre com a “livre-iniciativa”, *fundamento* da República, por força do disposto no inciso IV do art. 1.º, e no *caput* do art. 170 da Constituição. A “repressão aos abusos do poder econômico”, que é classificada como *parágrafo* 4.º do

³³ Cf. LEMES, Selma, op. cit., p. 131-132; MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 254 e ss.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 255.

³⁵ O art. 1.º da Lei 8.884/94 diz: “Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

art. 173 da Constituição, também não possui mais a natureza de princípio constitucional.

A Lei 8.884/94 constitui o diploma legal básico da proteção à livre concorrência, além de trazer a importante transformação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE – em autarquia, com todo o séquito de valorização que a Instituição passou a usufruir: personalidade jurídica, capacidade de estar em juízo, de requerer ao Poder Judiciário a execução de suas próprias decisões, de celebrar convênios, autonomia administrativa, e muitas outras atribuições previstas no art. 7.º da lei, além da competência para decidir sobre a existência de infrações à ordem econômica e para definir as medidas necessárias para a sua cessação.

O CADE, a Secretaria de Direito Econômico – SDE –, entidade criada no âmbito do Ministério da Justiça, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE –, do Ministério da Fazenda, representam as instituições referidas no conceito antes proposto e compõem, junto com as leis de regência, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC. Aquelas instituições são as responsáveis pela adequada aplicação da Lei 8.884/94, vale dizer, pela apuração e pela repressão às infrações contra a ordem econômica.

Importa chamar a atenção para o fato de que aquela lei não se restringe à defesa da concorrência, o que permite reafirmar seu caráter instrumental, destacando-se a necessidade de se considerar, na sua aplicação, a defesa da *ordem econômica*, principalmente o respeito aos princípios constitucionais enumerados no art. 170 e classificados como “princípios aplicáveis às atividades econômicas”.

Foi dito, no conceito proposto, que esse conjunto de princípios, regras e instituições deve assegurar a livre-iniciativa, que, para ser exercida, não obstante o matiz liberal, precisa de um arcabouço legal bem-definido. Sob esse ângulo, a liberdade de empreendimento, entidade definidora da *ideologia adotada no ordenamento constitucional*,³⁶ configura um direito *subjetivo* dos agentes econômicos, à disposição dos quais se encontra aquele conjunto de regras, de princípios, de leis e de instituições que se propõe denominar

³⁶ Credita-se ao Professor Washington Peluso Albino de Souza a criação dessa expressão, entendida como um “conjunto harmônico de princípios” inspiradores da vida social, os quais, consagrados pela ordem jurídica, configuram a ideologia constitucionalmente adotada. Cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 32, 49 e 53.

Direito da Concorrência. Esse sub-ramo do Direito, enquanto composto por um corpo de regras, princípios e instituições, representa o aspecto *objetivo* do Direito da Concorrência.

Outra peculiaridade da Lei 8.884/94 consiste na atribuição à *coletividade* da titularidade dos bens jurídicos por ela protegidos, conforme consta no parágrafo único de seu art. 1.º. Não se cuida, assim, de proteger apenas os interesses dos agentes econômicos, enquanto credores do direito à livre-iniciativa, pautada pelas regras do Direito da Concorrência. Trata-se também da defesa de toda a sociedade, enquanto consumidora e usuária de bens e serviços, aos quais quer a lei tenha ela acesso, como imposição do direito à saúde, à moradia, à educação, à dignidade, enfim. Para tanto, devem ser apuradas e reprimidas quaisquer distorções que ocorram nos mercados, pois os abusos do poder econômico e outras práticas infrativas da livre concorrência repercutem negativamente no poder de compra dos consumidores, restringindo-lhes, muitas vezes, o acesso a bens e serviços de primeira necessidade.

Tendo em vista o comprometimento do Direito da Concorrência, tal como positivado no ordenamento jurídico brasileiro, com a defesa dos consumidores, com a função social da propriedade e demais princípios informadores da ordem econômica, pode-se compreendê-lo como um sub-ramo do Direito Econômico, posição aceita por inúmeros doutrinadores.³⁷

2.2 *Aplicabilidade do direito da concorrência. Evolução legal*

Diz o art. 15 da Lei 8.884/94 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”.

³⁷ Confira-se VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 264 e ss. Mais recentemente, o Prof. Gérard Farjat usou a seguinte expressão: “Un regard distancé permet une première observation: *le droit économique contemporain de la concurrence* nous est apparu aussi riche en ‘instruments’ juridiques que l’ordre public économique qui, il y a près d’un demi-siècle, était essentiellement constitué par l’intervention de l’État” (Observations sur la dynamique du droit de la concurrence. *La modernisation du droit de la concurrence*. Paris: LGDJ, 2006. p. 3-4, sem destaques no original).

A submissão das entidades *estatais*, aí compreendidas as empresas públicas e as sociedades de economia mista ao regime da Lei de Defesa da Concorrência, constitui um avanço que, a meu ver, tem origem em uma mudança constitucional. As constituições de 1946³⁸ e de 1967, com a redação da EC 1/1969, privilegiavam a “repressão ao abuso do poder econômico”. A Carta Política de 1967, no inciso I do art. 157, tratava da “liberdade de iniciativa” e, no inciso V, vinha a “repressão ao abuso do poder econômico caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros”. Na EC 1/69, os incisos I e V do art. 169 reproduziam os mesmos preceitos. Importa destacar que nesses princípios informadores da ordem econômica então vigente privilegiou-se a “repressão”, ocorrendo mudança importante na Constituição de 1988, que elevou a “livre concorrência” à classe de *princípio* aplicável às atividades econômicas (art. 170, inciso IV), relegando a *repressão* à categoria de *parágrafo* do art. 173.³⁹

Uma conseqüência importante decorreu da localização da “repressão ao abuso de poder econômico” como parágrafo do art. 173, pois este artigo trata, exatamente, de entidades estatais que explorem atividade econômica, determinando, em razão de tal fato, a aplicabilidade a elas da Lei 8.884/94.

³⁸ As Constituições de 1934 e de 1937 continham dispositivos referentes à defesa da economia popular, enquanto o art. 148 da Constituição de 1946 inaugurava as expressões “repressão aos abusos do poder econômico” que visassem ao domínio dos mercados nacionais, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros, revelando nítida tendência de proteção da economia do País contra eventuais investidas de empresas estrangeiras, com as quais as nacionais não tinham condição de competir em igualdade de condições. O art. 148 da Constituição de 1946 está na origem da Lei 4.137/62.

³⁹ O art. 173 determina que, com exceção dos casos previstos na Constituição, a exploração direta de atividades econômicas pelo Estado só será permitida quando for necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme a lei definir. Segundo o disposto no § 1.º, o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços será estabelecido em lei, que disporá (nos termos do inciso I) sobre sua função social e as formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; e, nos termos do inciso II, impõe a sua sujeição ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. O § 4.º do art. 173 determina: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Por essa razão, certamente, o art. 15 da Lei 8.884/94 incluiu, em seu campo de aplicação, as entidades estatais que explorem atividade econômica, já que estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas quanto aos direitos e obrigações civis, trabalhistas e tributários. E mais, é inconcebível que o parágrafo de um artigo não se refira às entidades e às instituições de que trata o *caput* do respectivo texto legal.

Não houve, como afirmam alguns, um “cochilo” do constituinte, ao colocar, segundo dizem, uma regra de repressão ao abuso do poder econômico como parágrafo de um artigo que trata do regime das empresas estatais. A meu ver, isso foi proposital, com o objetivo de submeter também aquela categoria de agentes econômicos ao império da lei de defesa da concorrência. A Lei 8.884/94, que viria a ser promulgada seis anos depois, incorporou aquela diretriz e deu-lhe aplicabilidade, na forma do art. 15.

Houve um tempo, no Brasil, em que as entidades estatais que exploravam atividade econômica em regime de competição com as empresas privadas se agigantaram e muitas delas passaram a adotar condutas abusivas e mesmo predatórias, em relação aos agentes econômicos privados, menos capitalizados e desprovidos de informações privilegiadas que as políticas econômicas públicas lhes proporcionavam em primeira mão. Em um período de alta da inflação, o conhecimento das diretrizes públicas de natureza econômica beneficiava as empresas estatais, permitindo-lhes adotar estratégias inalcançáveis para suas concorrentes da iniciativa privada.

Sob a égide das Leis 4.137/62 e 8.158/91, não havia respaldo legal para que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência usasse os instrumentos legais para apurar e, muito menos, reprimir algumas condutas abusivas das entidades estatais. Empresas ligadas ao setor de mineração e outros, não explorados em regime de monopólio, desencadeavam uma competição predatória com empresas privadas menores, acabando por absorvê-las, concentrando enorme poder econômico, mas as leis vigentes até então não previam a possibilidade de imputação de práticas restritivas da concorrência às entidades estatais que exercessem atividades econômicas. Por essas razões, aquelas alterações constitucionais e infraconstitucionais – decorrentes do parágrafo 4.º do art. 173 da CF/88 e do art. 15 da Lei 8.884/94 – representaram uma evolução significativa, no sentido de se aprimorar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Atualmente, algumas leis que criaram as Agências Reguladoras atribuem a essas entidades competência para apurar e denunciar ao SBDC práticas significativas de distorção da livre concorrência incorridas por empresas

de economia mista e por aquelas que explorem, em regime de concessão, certas atividades, ou prestem serviços em setores importantes, tais como petróleo, mineração, telecomunicações, telefonia e outros. Pode-se afirmar que a coletividade dispõe, atualmente, de um número de instrumentos mais expressivo do que antes para a defesa de seus interesses.

Normas legais, outrora dificilmente aceitáveis, passaram a integrar o ordenamento jurídico brasileiro, despidendo o Estado de algumas funções e prerrogativas que não eram exercidas em função do interesse público e que agora, realizadas por agentes econômicos privados, ou submetidas certas entidades estatais aos princípios de defesa da ordem econômica, servem melhor à coletividade.

3. Levantamento de questões

3.1 Perfil das duas instituições

Apresentadas algumas características da arbitragem e do Direito da Concorrência, retoma-se a indagação feita no início, sobre a possibilidade de se levar questões antitruste à solução arbitral. Para a construção desse raciocínio, podem-se comparar algumas características das duas instituições jurídicas.

A arbitragem tem, por lei, a finalidade de decidir litígios apresentados por pessoa capaz, e que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. O Direito da Concorrência tem como escopo a defesa da ordem econômica, apurando e reprimindo distorções praticadas por agentes econômicos nos mercados.

A Lei de Arbitragem não possui, para a sua aplicação, uma corte, um juízo ou um tribunal fixo. Existem, não obstante, “cortes de arbitragem”, “tribunais arbitrais”, “câmaras de arbitragem” vinculadas a associações comerciais, a federações de indústrias e outras instituições fisicamente localizadas em endereços certos, e competentes para sediar e proceder a arbitragens. Mas o trabalho dos árbitros – que pode ser apenas um – se desenvolve à medida que surgem os litígios, e eles são convocados caso a caso.

A Lei 8.884/94 é aplicada por uma corte, que pode ser chamada de tribunal, mas no Brasil é denominada “conselho”, CADE, e possui um “plenário” composto por um presidente e seis conselheiros, nomeados pelo Presidente da República, tendo mandato de dois anos. Exige a lei que os conselheiros sejam escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta anos de

idade e sejam portadores de notório saber jurídico ou econômico e de reputação ilibada (art. 4.º, *caput*, da Lei 8.884/94).

Os árbitros podem ser quaisquer pessoas capazes e que tenham a confiança das partes. Não é preciso que exerçam uma profissão determinada, e sim que observem as mesmas regras de impedimento ou suspeição aplicáveis aos juízes, sendo-lhes atribuídos os mesmos deveres e responsabilidades imputáveis aos magistrados. Outra grande vantagem para as partes é que elas podem escolher como árbitros profissionais especialistas nas matérias que lhes serão submetidas, o que aumenta a possibilidade de uma decisão mais consentânea com a expectativa das pessoas envolvidas.

No CADE os processos são distribuídos pelo Presidente por sorteio, nas reuniões do Plenário (art. 8.º, III, da Lei 8.884/94).

O Tribunal Arbitral atua apoiado pelos serviços de uma Câmara de Arbitragem, que possui funcionários e age de acordo com um regulamento.

O CADE situa-se no sistema operacional do Ministério da Justiça, onde também se acha a Secretaria de Direito Econômico – SDE, a quem compete receber as representações, instruir, oferecer pareceres, opinando pelo arquivamento da representação ou pela conversão da averiguação preliminar em processo administrativo. Conta, ainda, com a colaboração, por meio de estudos econômicos e pareceres técnicos, da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, do Ministério da Fazenda. O CADE possui uma estrutura administrativa complexa e atua com o assessoramento de uma Procuradoria e das duas secretarias, dotadas, cada uma, de competências extensas, previstas em lei e em seus respectivos regulamentos.

Os árbitros são escolhidos livremente pelas partes interessadas, bem assim as regras de direito que serão aplicadas, respeitando-se a ordem pública e os bons costumes (art. 2.º, § 1.º da Lei 9.307/96). Em geral, cada parte indica um árbitro, e os dois escolhem um terceiro para presidir os trabalhos. Podem elas, contudo, indicar um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, sendo-lhes permitido indicar também os suplentes (art. 13, § 1.º da Lei 9.307/96). Instala-se, assim, via de regra, o *juízo arbitral*. As partes podem estabelecer, em seus contratos, convenção de arbitragem para a solução de litígios deles decorrentes.

O direito aplicável aos que litigam perante o CADE está contido na Lei 8.884/94 e no Código de Processo Civil, subsidiariamente.

As questões sobre condutas infrativas de agentes econômicos podem ser levadas ao CADE ou ao Poder Judiciário. No primeiro caso, a iniciativa

cabe a qualquer pessoa interessada, ou às autoridades de defesa da concorrência, de ofício. A parte *representante* não pode requerer nenhum tipo de indenização perante o CADE, ainda que a representação seja julgada procedente. O pedido deve indicar uma conduta ou um ato – a título exemplificativo, os enumerados no art. 21 da Lei 8.884/94 – que constitua infração à ordem econômica – as situações ou fatos descritos no art. 20 daquela lei – e requerer que a autoridade determine a sua cessação e aplique as penas cabíveis (arts. 23 e ss.). Se o interessado recorrer ao Poder Judiciário, na forma prevista pelo art. 29 da lei antitruste, o juiz pode aplicar a lei de defesa da concorrência e conceder indenização, se for o caso. A decisão do CADE comporta recurso para o juízo federal de primeira instância, obedecendo, tanto à decisão da Autarquia quanto à do Poder Judiciário, aos trâmites da lei processual civil em matéria recursal. Não é preciso que a parte representante esteja diretamente interessada na solução do litígio. O interesse de agir e a legitimidade, exigidos pelo art. 3.º do Código de Processo Civil, foram atribuídos, pelo parágrafo único do art. 1.º da Lei 8.884/94, à *coletividade*. Ela é a titular dos valores protegidos por aquela lei. O processo administrativo para a cessação de infrações à ordem econômica pode, portanto, ser proposto por qualquer membro da coletividade.

Se as partes, em um contrato, firmarem a convenção de arbitragem, elas se obrigam a recorrer àquela forma de solução de litígios, ficando excluída a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, exceto nas situações previstas na Lei 7.903/96. O laudo arbitral pode impor condenação pecuniária a uma das partes e não haverá recurso da decisão para o Poder Judiciário. Tanto no juízo arbitral quanto na prática da lei antitruste é possível recorrer ao Poder Judiciário para obrigar a parte condenada recalcitrante a cumprir a decisão proferida. No âmbito do CADE a condenação *pecuniária* só pode significar a aplicação de multas, a serem recolhidas a favor do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, previsto na Lei 7.347, de 24/07/1985 (cf. art. 84 da Lei 8.884/94). Outras penas estão previstas no art. 24, podendo ser aplicadas cumulativamente com as penas pecuniárias.

O juízo arbitral tem competência para impor as sanções decorrentes do descumprimento do contrato, tais como multas e indenizações.

Aplicam-se, no chamado processo antitruste, tanto quanto no juízo arbitral, os princípios do contraditório e da ampla defesa. Em ambas as instâncias a decisão deve ser fundamentada.

Na SDE e no CADE, se e enquanto a questão estiver na fase das *investigações preliminares*, a parte interessada – caso seja notificada, o que

nesta etapa ainda não é obrigatório – pode requerer o benefício da confidencialidade das informações e dos dados, tais como tabelas de preços, segredos industriais, políticas e estratégias de venda, que reputar sigilosos. Convertida investigação em *processo administrativo*, este será público, com exceção dos documentos sigilosos que a parte tiver de apresentar e para os quais requerer a confidencialidade. As sessões de julgamento dos processos administrativos no CADE são públicas.

Uma das características do juízo arbitral é o sigilo que os *árbitros* são obrigados a manter em relação ao objeto do litígio. No âmbito do antitruste, a notícia de que uma empresa está sendo processada por alguma infração à ordem econômica costuma prejudicar a sua imagem, principalmente quando possui capital aberto e tem ações negociadas em bolsas de valores.

A sigilosidade é considerada uma das maiores vantagens da arbitragem, ao lado da celeridade da instrução processual, da especialização dos árbitros e da rapidez da decisão. É de seis meses, em média, o prazo para os árbitros proferirem a sentença arbitral, caso outro não seja estipulado pelas partes.

A Lei de Defesa da Concorrência estabelece prazos para a realização das *averiguações preliminares*, etapa em que a SDE promove a instrução processual, com ou sem os pareceres da SEAE. Apesar dos esforços de todas as autoridades antitruste, raramente os prazos são obedecidos. A Lei 8.884/94, em seu art. 40, diz que “as averiguações preliminares e o processo administrativo devem ser conduzidos e concluídos com a maior brevidade compatível com o esclarecimento dos fatos”.

O CADE, dotado da natureza jurídica de autarquia federal, tem sede em Brasília – DF e possui jurisdição em todo o território nacional. O juízo arbitral pode instalar-se em qualquer cidade, em qualquer país.

Entre as características enumeradas, algumas são comuns às duas instituições, outras se apartam. A questão que se apresenta é a de saber se as infrações previstas pela Lei 8.884/94 (cf. arts. 20 e 21) poderiam ser submetidas à arbitragem. Importa indagar se a matéria, ou os valores jurídicos protegidos pelo SBDC, poderiam também ser protegidos e efetivados mediante arbitragem. Não existem, ao que se sabe, precedentes no Direito Brasileiro, embora, *en passant*, alguns arbitralistas, ao discorrerem sobre a arbitragem, se refiram à possibilidade do recurso a essa jurisdição para solucionar questões antitruste. No Direito de outros países há casos confirmados.

3.2 Identificação da matéria objeto do litígio

Foi dito antes que poderiam ser submetidas à arbitragem, quando se tratasse de contratos administrativos, as questões referidas a *interesse público secundário*. Nessa expressão estariam compreendidas as controvérsias que versassem sobre direitos patrimoniais da Administração. Os administrativistas consultados concordam com essa hipótese, conforme visto linhas atrás. Selma Lemes dedicou ao tema importante obra, pioneira no País, pela riqueza de argumentos científicos, de referências ao Direito Comparado e pelas fartas demonstrações jurisprudenciais favoráveis. Hely Lopes Meirelles transcreve trecho de Cláudio Vianna de Lima, enaltecendo as vantagens da arbitragem na solução de controvérsias jurídicas:

“a) possibilita a intervenção de especialistas na matéria em litígio; b) desafoga o Poder Judiciário, resguardando-o para atuar nas demandas que lhe são próprias; c) tende ao ideal de pronta justiça do caso; d) promove uma justiça coexistencial, pois leva à obtenção de um consenso, antes do que uma condenação”.⁴⁰

É fora de questão que, mesmo nos contratos administrativos, em que a Administração tem o dever de procurar realizar o interesse público – desde que não se trate do interesse público primário –, as inúmeras leis que vêm sendo promulgadas têm previsto a opção pela justiça arbitral.

Entre esses diplomas legais estão, inicialmente, a Lei 8.987, de 13/02/1995, que dispõe sobre as concessões e permissões de serviços (com as alterações da Lei 9.648, de 27/05/1995), constituindo o “marco regulatório das concessões públicas brasileiras na esfera federal, na linha do que preceitua o art. 175 da Constituição Federal [...]”.⁴¹

Hely Lopes Meirelles⁴² e Selma Lemes⁴³ apontam a Lei 11.079, de 30/12/2004, que instituiu as normas gerais para a licitação e a contratação de parceria público-privada – PPP e autorizou o contrato de PPP a prever “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em Língua Portuguesa, nos termos da

⁴⁰ LIMA, Cláudio Vianna de. A Lei de Arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões, *RDA* 209/91, apud MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 255. Confira-se, no Cap. 4, a noção de “competência *ratione materiae*”.

⁴¹ LEMES, Selma, op. cit., p. 46.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 255.

⁴³ LEMES, Selma, op. cit. p. 46-47.

Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato (art. 11, III)”.

A Lei 11.196, de 21/11/1995, que alterou a Lei de Concessões (Lei 8.987/95), lembra Hely Lopes Meirelles, incluiu o novo art. 23-A, cuja redação é idêntica à da Lei de PPPs, prevendo o emprego da arbitragem nos contratos de concessão comum.⁴⁴

O objetivo de se registrar a admissão progressiva da arbitragem nos contratos administrativos é acompanhar a evolução doutrinária, jurisprudencial e legal, em tema envolvendo interesse público. Já se viu que as entidades estatais passaram a ser submetidas à Lei de Proteção da Concorrência e é possível que, com o tempo, se possa admitir a incidência da arbitragem no antitruste. Seriam os obstáculos intransponíveis?

A ordem econômica, que a Lei 8.884/94 tem como escopo proteger, abriga em sua composição grande complexidade de regras e de princípios destinados a conformar o exercício da atividade econômica a valores como a dignidade humana e a justiça social. Os fundamentos da ordem econômica são a valorização do trabalho humano e a livre-iniciativa. Quando se raciocina sobre a *finalidade* da Lei 8.884/94, pode-se ver que o seu objetivo não é apenas a defesa da livre concorrência, um dos princípios, entre os nove enumerados como aplicáveis às atividades econômicas.⁴⁵ O artigo inaugural daquela lei está assim redigido:

“Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único – A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.”

A coletividade é titular daqueles ditames constitucionais enumerados, que são a liberdade de iniciativa, a livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa dos consumidores e a repressão ao abuso do poder

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p. 255-257, registrando que o STJ, no REsp 606.345, decidiu ser plenamente viável o uso de arbitragem pelas sociedades de economia mista se o contrato envolver atividade tipicamente econômica.

⁴⁵ Confira-se, no art. 170 da Constituição vigente, seu *caput* e princípios, a complexidade de diretrizes estabelecidas para o exercício das atividades econômicas.

econômico, que o parágrafo único do art. 1.º classifica como “valores constitucionais”. Qual seria a sua natureza?

Pode-se tentar agrupar aquelas proposições segundo certos graus de “parentesco”, que permitem vislumbrar a verdadeira natureza daqueles valores, ali estipulados pelo legislador um tanto aleatoriamente, para ser objeto de proteção por um único diploma legal.

A liberdade de iniciativa constitui a moldura de um conjunto de prerrogativas de cunho liberal que, ao lado da garantia da propriedade privada, permitem o exercício da atividade econômica. Para que exista liberdade de iniciativa é preciso que haja propriedade privada. A livre-iniciativa, na categoria de valor juridicamente reconhecido, data da Revolução Francesa de 1789, quando a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão pretendeu proclamar uma sociedade política fundada na liberdade, e se traduzindo, no domínio da atividade econômica, pela livre empresa, desembaraçada das corporações e das prescrições do poder público, colocando assim em primeiro lugar a liberdade, e em segundo a regulamentação desta.⁴⁶

A liberdade de empresa foi declarada no art. 4.º daquele documento revolucionário, enquanto a propriedade privada veio assegurada no art. 14 da Declaração, passando a constituir dois dos pilares do liberalismo econômico, junto com a liberdade de contratar. Pertencendo à mesma “família”, porém dotada de natureza instrumental e processual, a noção de livre concorrência, na qualidade de instituto jurídico, surgiu, ao mesmo tempo, como uma garantia da livre-iniciativa e como um freio aos excessos dos próprios beneficiários da liberdade de empreendimento.

Segundo o “Relatório Deringer, feito em nome da Comissão do mercado interno tendo como objeto uma consulta solicitada pela Assembléia parlamentar europeia pelo Conselho da [outrora] Comunidade Econômica Europeia sobre um primeiro regulamento de aplicação dos arts. 85 [atualmente 81] e 86 [hoje 82] do Tratado CEE” [Tratado da União Europeia, TUE, nos dias que correm], “a história nos ensina que a liberdade não pode ser preservada a menos que seja protegida contra os ataques do exterior e também contra os abusos de seus próprios partidários (...). No que se refere à liberdade econômica, o perigo de abuso consiste principalmente

⁴⁶ Cf. DRAGO, Guillaume. Pour une définition positive de la liberté d’entreprendre. *Les libertés économiques*. Paris: LGDJ Diffuseur. Éditions Panthéon-Assas, 2003. p. 30, tradução livre.

em ver esta liberdade se autodestruir pelas concentrações e a formação de monopólios”.⁴⁷

O terceiro elemento da “família” proposta se revela, na forma da figura do abuso do poder econômico, atualmente entidade integrada no Direito da Concorrência como uma das modalidades de infração à ordem econômica.

A “função social”, outro “ditame constitucional”, vem temperar o matiz capitalista liberal da ordem econômica, segundo o qual a propriedade seria um direito absoluto, inalienável, intangível. Enquanto princípio da ordem econômica, a função social se refere à empresa, que é a forma de dinamização das propriedades. Atualmente, condicionamentos de natureza vária incidem sobre as prerrogativas detidas pelo titular da propriedade, no sentido de usar, gozar e dispor de seus bens como lhe aprouver. São injunções ditadas pelas limitações de construir, de explorar os recursos naturais, e outras decorrentes do próprio exercício da atividade empresarial, a exemplo das normas de segurança, de ordem pública e de defesa do consumidor.

Último elo da cadeia produtiva, a figura do consumidor quase nunca era lembrada pelo legislador. Na Constituição de 1988 ganhou status de *sujeito* protegido,⁴⁸ um moderno Código para a sua defesa e passou a ser parte importante do raciocínio antitruste. O respeito aos interesses do consumidor é sempre levado em consideração na análise de condutas e de atos de concentração por parte do SBDC.

Cada um desses ditames constitucionais componentes dos valores jurídicos protegidos pela lei antitruste possui uma origem, uma natureza distinta, sendo todos vocacionados à realização dos fins da ordem econômica. E como se poderia analisar o peso desses valores e sua importância, em face dos interesses públicos secundários presentes em certos contratos administrativos e que podem ser objeto de arbitragem?

Se se considerar apenas a livre concorrência, porém englobando aqueles valores que deve proteger, vê-se que sua titularidade foi atribuída pelo

⁴⁷ DERINGER, A. Rapport fait au nom de la commission du marché intérieur ayant pour objet une consultation demandée par l’Assemblée parlementaire européenne par le Conseil de la Communauté économique européenne sur un premier règlement d’application des articles 85 e 86 du Traité de la CEE, apud SIBONY, Anne-Lise. *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*. Paris: LGDJ, 2008, p. 76. Nota 134 (tradução livre da autora).

⁴⁸ Confirmam-se os arts. 5.º, XXXII, 170, V, e a Lei 8.078/90, entre outros textos legais.

legislador à coletividade. Dentro desse raciocínio encontram-se algumas injunções legais que devem ser observadas durante o processo de apuração de infrações. É cediço que, a partir da instauração de um procedimento administrativo, quando iniciado por meio de representação de uma parte, mesmo que o representante o queira, até por ter atingido o objetivo desejado, vale dizer, a modificação do comportamento do representado, a cessação de uma prática predatória, de uma recusa de venda, ou a criação de qualquer dificuldade injustificável no mercado, a parte prejudicada não pode desistir da representação. Esta prossegue, até decisão final, impulsionada pelas próprias autoridades de defesa da concorrência.

São essas autoridades as defensoras da coletividade, encarregadas de fazer cessar eventuais distorções nos mercados. Ainda que um membro dessa mesma coletividade – um agente econômico, como no exemplo dado – desista de prosseguir na ação, por ter obtido a satisfação de seu direito individualmente considerado, as autoridades antitruste assumem a defesa daquela entidade e conduzem o processo até a decisão final.

Pode ocorrer, no entanto, que no curso de um processo, em qualquer fase, ocorram transações, ou atos processuais com a natureza de transações, como o termo de compromisso de cessação de uma conduta. Eis o que dispõe o art. 53 da Lei 8.884/94:

“Em qualquer das espécies de processo administrativo, o CADE poderá tomar do representado compromisso de cessação de prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, entender que atende aos interesses protegidos por lei.”

Essa prerrogativa, que representa uma espécie de composição amigável de litígio, pode ser exercida apenas pelo CADE, ou poderia, sem se deixar de atentar para a defesa dos interesses da coletividade, ser delegada à arbitragem?

O que se questiona é se o juízo arbitral poderia assumir, em certos casos, a defesa de um bem quase imaterial, aplicando a lei de defesa da ordem econômica, não obstante a natureza de instituição jurídica atribuída à livre concorrência, com vantagem para a coletividade.

4. A experiência do Direito Comparado

A questão não é novidade no Direito Francês e comunitário europeu, de modo geral. Uma longa discussão sobre a arbitrabilidade de litígios

em matéria de concorrência é conduzida pelo Professor Habib Kazzi, da Universidade Paul Cézanne-Aix Marseille, em sua recentemente defendida tese de doutorado.⁴⁹ O autor dedica parte de sua obra, na Seção 2 do Capítulo II, denominada “Le contrôle de l’institution arbitrale”, à discussão sobre a possibilidade do emprego da arbitragem nas questões concorrenciais. Alguns trechos merecem ser conferidos.

Habib Kazzi oferece o seu conceito de arbitrabilidade, afirmando que o termo apareceu recentemente na literatura jurídica. A arbitrabilidade, afirma, é uma condição da validade da convenção de arbitragem, da qual depende a competência *ratione materiae* do árbitro. Ela é considerada igualmente, prossegue, como uma condição de reconhecimento e de execução da sentença arbitral. Esta noção designa a aptidão de uma matéria ou de uma questão a ser julgada pela via da arbitragem. A arbitrabilidade traça, assim, as limitações de ordem pública trazidas por cada Estado à arbitragem em função de valores sócio-econômicos que ele entende preservar.⁵⁰

Em matéria de arbitrabilidade, acentua Habib Kazzi, a questão preliminar e essencial que coloca a ordem pública se relaciona à estrutura e ao laço que o Direito da Concorrência mantém com a justiça e os órgãos estatais.⁵¹ Partindo-se dessa perspectiva é que se pode analisar a aceitação progressiva em direito positivo de arbitrabilidade do Direito da Concorrência,

⁴⁹ KAZZI, Habib. *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et de concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée: contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, 656p. Já na Introdução, o autor, com apoio em Frédéric Jénny, afirma, depois de referir-se à pluridisciplinaridade do Direito da Concorrência e às dificuldades de sua classificação, situando-o numa zona cinzenta, entre o público e o privado, e de sua aplicação extraterritorial: “L’embarras est d’autant plus grand que le contexte dans lequel ces relations s’insèrent est très évolutif et incertain. De surcroît, le contentieux de la concurrence entraîne une intervention et une communication tripartite, aussi riche que complexe, entre les autorités régulatrices du marché, l’arbitre et le juge judiciaire” (p. 41). “O embaraço é tanto maior quanto o contexto no qual essas relações se inserem é evolutivo e incerto. Ademais, o direito da concorrência acarreta uma intervenção e uma comunicação tão rica quanto complexa, entre as autoridades reguladoras do mercado, o árbitro e o juiz judiciário” (tradução livre).

⁵⁰ Cf. KAZZI, Habib, op. cit., p. 128, tradução livre.

⁵¹ Idem, *ibidem*.

que se operou por meio de uma metamorfose da concepção de ordem pública em matéria de arbitrabilidade.⁵²

Nessa linha de evolução, que ocorreu no Brasil tanto pela submissão de entidades estatais ao Direito da Concorrência quanto dos contratos administrativos à arbitragem, embora por diferentes razões, é que o raciocínio ora desenvolvido procura se sustentar.

Observa Habib Kazzi que “de uma concepção *monista*, em que a justiça estatal era considerada como o único órgão de aplicação do Direito da Concorrência, passou-se a uma concepção *pluralista* que testemunha a explosão do monopólio do Estado na prática das regras de ordem pública da concorrência sobre o plano civil. Admitida a arbitrabilidade, tratar-se-á de examinar o alcance das restrições que lhe são impostas pelo Estado”.⁵³

Habib Kazzi critica ainda o sistema monista, “que vê no Estado o único órgão de criação e de aplicação do direito; [segundo o qual] apenas a jurisdição do Estado detém o monopólio da força e da sanção jurídicas”.⁵⁴

Sob outros aspectos, prossegue o autor citado, “o sistema monista é criticável também em razão de suas conseqüências. Por um lado, ele conduz a uma confusão quanto ao papel da ordem pública em matéria de arbitrabilidade em razão da intervenção da ordem pública tanto no nível da convenção de arbitragem quanto no nível da sentença arbitral.⁵⁵ Por outro lado, a via adotada tanto pelo sistema francês quanto pelo sistema americano deixa o

⁵² Cf. KAZZI, Habib, op. e loc. cit., tradução livre.

⁵³ Idem, ibidem.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Sobre essa distinção Kazzi se reporta a ANCEL (P), Convention d'arbitrage. Conditions de fond. Litiges arbitrables, J.-Cl. Proc. Civ. Fasc. 1024, 1986, n. 6 et s. “La thèse moniste repose sur une confusion des deux modes d'intervention de l'ordre public. L'arbitre peut statuer sur la validité d'un accord ou d'une convention au regard des règles de concurrence mais uniquement pour vérifier sa compétence. Si l'accord est licite, l'arbitre pourra juger le fond du litige. En cas d'infraction aux règles d'ordre public, l'arbitre devra se déclarer incompétent. Or, ce n'est qu'après l'examen au fond du litige que l'arbitre pourra constater cette violation, alors que l'examen suppose que l'arbitrabilité soit admise. Ainsi, la validité du compromis dépend paradoxalement de la solution du litige envisagé, et il faudra attendre que la sentence soit rendue pour conclure si le litige sera arbitral. Cette situation entraîne donc une confusion sur le rôle de l'ordre public dans la sentence arbitrale et la convention d'arbitrage” (KAZZI, op. cit., p. 129, nota 425).

caminho aberto a manobras dilatórias, tendo por objetivo, seja o desvio das prescrições de ordem pública, dependentes do direito da concorrência, seja o desvio da instituição arbitral pela introdução, como elemento fictício, da violação do direito da concorrência, para que o árbitro não seja capaz de decidir o litígio que lhe foi submetido pelas partes”.⁵⁶

Na opinião do professor citado, esses comportamentos dilatórios podem afetar a arbitragem antes de se recorrer ao tribunal arbitral,⁵⁷ durante o desenrolar dos procedimentos arbitrais ou bem após a pronúncia da sentença.⁵⁸

No Direito Arbitral Brasileiro as interferências do Poder Judiciário são muito limitadas. As hipóteses previstas no art. 7.º da Lei 9.307/96 e seus parágrafos procuram preservar a arbitragem, mais do que abrir espaço para a participação do juiz. Quase todas as questões processuais surgidas durante o procedimento são remetidas ao tribunal arbitral. Mesmo quando, na forma do art. 33, a sentença arbitral for declarada nula, pelas razões enumeradas no art. 32 (incisos I, II, VI e VIII), o juiz determinará, nas hipóteses dos incisos III, IV e V, que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo.

⁵⁶ Cf. KAZZI, Habib, op. cit., p. 128-129.

⁵⁷ O autor se refere a SAMUEL (A), Jurisdictional problems in international commercial arbitration: a study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, *US and West German Law*, Publication de L'Institut Suisse de Droit Comparé, Zürich, 1989, spéc. p. 189. “Aux États-Unis et en Angleterre, avant d’ordonner le renvoi du litige à l’arbitrage, l’examen effectué par le juge, ne se limite pas, contrairement à la situation présente en droit français, à un contrôle de l’apparence de la convention d’arbitrage ou de la constatation *prima facie* de sa validité. Le juge procède à un examen au fond du litige lui permettant de rendre une décision finale sur la question de l’existence ou de la portée de la convention d’arbitrage. Les avantages que peuvent tirer les parties de cette disposition sont alors évidents” (apud Kazzi, op. cit., p. 129, nota 426). “Nos Estados Unidos e na Inglaterra, antes de ordenar a remessa do litígio à arbitragem, o exame efetuado pelo juiz não se limita, contrariamente à situação presente no direito francês, a um controle da aparência da convenção de arbitragem ou da constatação *prima facie* de sua validade. O juiz procede a um exame de fundo do litígio permitindo-lhe proferir uma decisão final sobre a questão da existência ou do alcance da convenção de arbitragem. As vantagens que as partes podem auferir desta disposição são, nesse caso, evidentes” (tradução livre da autora).

⁵⁸ Anota KAZZI que, contrariamente ao Direito americano, os meios dilatórios intervêm no Direito francês essencialmente por ocasião do controle da sentença arbitral (cf. KAZZI, op. cit., p. 129, nota 427).

Apesar das intervenções do juiz no direito arbitral praticado na União Europeia, “a consagração atual da arbitragem dos litígios em matéria de concorrência se justifica na realidade pela notável expansão do comércio internacional e o cuidado de fornecer um mínimo de flexibilidade, de previsibilidade e de segurança jurídica aos operadores económicos”.⁵⁹

A evolução ocorrida em vários sistemas jurídicos atesta a eclosão do princípio geral da arbitrabilidade do Direito da Concorrência.⁶⁰ A consagração da arbitrabilidade dos litígios concorrenciais marca o triunfo da concepção pluralista que está na origem de uma descentralização do poder da sanção civil do ilícito concorrencial e o estouro de seu monopólio por meio de um reconhecimento ao árbitro do poder de se pronunciar sobre essa questão.⁶¹

Essa evolução também marcou uma neutralização da noção de ordem pública, segundo Habib Kazzi. Cada sistema jurídico, prossegue, adotou um caminho, mas no Direito americano e no francês o princípio [da arbitrabilidade do Direito da Concorrência] foi consagrado graças a um mecanismo próprio à ordem internacional conducente à neutralização da função de ordem pública no nível da arbitrabilidade.⁶²

No Direito francês essa neutralização da ordem pública interna obedece a um mesmo raciocínio internacionalista baseado na consideração dos interesses do comércio internacional, mas segundo uma técnica jurídica diferente. A arbitrabilidade resulta, assim, do alcance restritivo da ordem pública nas relações internacionais: é arbitrável tudo que não for contrário à ordem pública internacional.⁶³

No Direito norte-americano a arbitrabilidade do Direito Antitruste suscita outras considerações. O Professor Alejandro Garro lembra algumas questões interessantes, a seguir destacadas.⁶⁴ Até o começo do século passado houve muita desconfiança em relação a esse tipo de “privatización de la justicia”, até que foi sancionada a primeira Lei de Arbitragem do Estado

⁵⁹ Cf. KAZZI, op. cit., p. 129, tradução livre.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Idem, p. 129-30.

⁶² Cf. KAZZI, op. cit., p. 130.

⁶³ Cf. KAZZI, op. cit., p.131, tradução livre.

⁶⁴ GARRO, Alejandro. “Arbitraje comercial internacional en las últimas décadas: aciertos y desaciertos” in: I Seminário Internacional... cit., p. 32 e ss.

de Nova York, por volta de 1920. Pouco tempo depois, o Congresso dos Estados Unidos promulgou o *Federal Arbitration Act* (FAA), que sobreviveu a várias críticas, tendo a Corte Suprema confirmado a sua constitucionalidade e, na década de 60, “*florece el arbitraje laboral*”.⁶⁵

Um passo importante foi dado, quando, em 1967, a Suprema Corte interpretou o FAA, no caso *Prima Paint*, e decidiu que o acordo de arbitragem sobrevive a toda impugnação de nulidade do contrato que a contém. Esta doutrina judicial, lembra o Prof. Garro, ficou conhecida com o nome de “separabilidad” ou “autonomia” do acordo de arbitragem e foi recepcionada em todas as leis modernas de arbitragem.⁶⁶

Um pronunciamento da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Mitsubishi Motors Co. v. Soler Chrysler*⁶⁷ teve a virtude, segundo o Prof. Garro, de deixar claro que, em matéria de arbitragem, não há “vacas sagradas”, já que tampouco são imunes à arbitrabilidade temas nos quais está envolvida a ordem pública, como é a regulação destinada a defender a livre concorrência. Ao se questionar que um tribunal em Tóquio poderia chegar a entender e aplicar como corresponde a legislação federal norte-americana de defesa da livre concorrência, a Corte Suprema decidiu dar aos árbitros a

⁶⁵ Cf. GARRO, Alejandro, op. cit., p. 34.

⁶⁶ Cf. GARRO, op. e loc. cit. KAZZI também se refere a esta regra da “separabilidad”, afirmando ter sido definida pelas Cortes de Apelação Federais nos seguintes casos: *Dickinson v. Heinhold securities, Inc.*, 661 F. 2d 638, 644 (7th Cir. 1981). Para uma aplicação em matéria de arbitragem internacional: *Lack Communications, Inc. v. ICC Corp.*, 738 F. 2d 1473 (9th Cir. 1984) (Cf. KAZZI, op. cit., p. 130). Nesses casos, afirma KAZZI, trata-se de verificar se as questões levantadas exercem uma influência determinante sobre a resolução do litígio. Quando for possível separar essas questões das outras que se referem exclusivamente à execução do contrato, ou a problemas de fato, os tribunais ordenam a suspensão do julgamento dos procedimentos judiciais enquanto estiver pendente o procedimento arbitral e autorizam, em seguida, o árbitro a decidir sobre todas as questões que não sejam relativas ao Direito da Concorrência. O Direito americano ostenta, pois, claramente, conclui KAZZI, toda a sua preferência pela manutenção de uma interpretação uniforme e constante das leis antitruste que apenas o juiz americano pode garantir (Cf. KAZZI, op. cit., p. 130, nota 430, tradução livre).

⁶⁷ Trata-se do acórdão proferido em *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc.*, 105 S.Ct 3346 (1985), ao qual KAZZI também se refere, considerando-o “a verdadeira consagração da arbitrabilidade do Direito Antitruste”, proferido pela Suprema Corte em 2 de julho de 1985. Cf. KAZZI, op. cit., p. 130.

oportunidade de julgar a questão, esclarecendo que, no momento de solicitar a execução do laudo nos Estados Unidos, os tribunais terão oportunidade de rever se existiu arbitrariedade manifesta. Mas, em primeira instância, recordou a Suprema Corte, cabe ao tribunal arbitral a quem as partes recorreram dirimir a questão. E essa vontade deve ser respeitada.⁶⁸

Nesse caso controvertido, o raciocínio mantido pela Corte opera-se em dois tempos, afirma Kazzi. Em primeiro lugar, a Corte confirma a presunção de validade da convenção de arbitragem internacional referida a demandas antitruste, em razão da ausência de proibição expressa ou tácita dessa arbitrabilidade pela lei federal sobre arbitragem, ou pelas leis antitruste. Em segundo lugar, prossegue Kazzi, ela consagra a arbitrabilidade das demandas antitruste pelo princípio da cortesia internacional (*international comity*). Esse princípio é fundado na reciprocidade, «um valor sistemático de cooperação» e de «boa vontade» entre os Estados, evocando, dessa maneira, o reconhecimento mútuo de uma interdependência de seus interesses e a procura de uma conciliação das normas jurídicas opondo as autoridades de cada um deles.⁶⁹

Se a arbitrabilidade das questões antitruste vem conhecendo avanços significativos no plano internacional,⁷⁰ pela adoção do princípio da cortesia internacional, no âmbito interno ela é considerada o fruto de uma evolução inevitável e necessária. Esse processo é considerado irreversível, à medida que se estende à arbitrabilidade interna dos litígios antitruste, pelas seguintes razões, enumeradas por Habib Kazzi, para quem o Direito norte-americano desempenhou papel de precursor. Inicialmente, prossegue, nas transações submetidas ao Direito interno, os árbitros são juristas formados na cultura jurídica americana, estão bastante familiarizados com as particularidades

⁶⁸ Cf. GARRO, Alejandro, op. cit., p. 35, tradução livre.

⁶⁹ Cf. KAZZI, op. cit., p. 130-131, tradução livre da autora. Os destaques encontram-se no original.

⁷⁰ O princípio da arbitrabilidade, em matéria internacional, dos litígios de ordem pública foi claramente afirmado nos acórdãos proferidos nos casos *Ganz* (CA Paris, 29 mars 1991, *Sté Ganz c/ Sté nationale des chemins de fer tunisiens*, Rev. arb., 1991, p. 478, note L. IDOT); *Labinal c/ Sté Mors et Wesland Aerospace*, JDI, 1993, p. 957, note L. IDOT; DUBARRY (J. C.) et LOQUIN (E), RTD. Comm., 1993. 495; Europe, juillet, 1993, n. 300, note L. IDOT; et *Aplix* (CA, Paris, 14 octobre 1993, *Sté Aplix c/ Sté Velcro*, Europe, avril 1994, n. 155, obs. L. IDOT) (apud KAZZI, op. cit., p. 131, notas 437, 438, 439).

da análise econômica e com os precedentes jurisprudenciais em matéria de Direito Antitruste. Eles estarão assim mais aptos, acrescenta Kazzi, que os árbitros internacionais ou estrangeiros a defender os interesses públicos, tal como concebidos em Direito americano. Em seguida, ainda é Kazzi que afirma, comparando-se com as situações complexas com as quais os árbitros internacionais seriam confrontados (escolha da lei aplicável, conflito entre leis suscetíveis de reger o litígio, aplicação extraterritorial das leis antitruste, etc.), os árbitros decidindo um litígio de Direito interno teriam, ao contrário, muito mais facilidades e segurança na solução desse litígio pela aplicação do Direito Antitruste.⁷¹

Essas considerações se encerram com as observações do Prof. Kazzi, segundo o qual, longe de suprimir o papel primordial dos órgãos especializados, enquanto reguladores do mercado, este processo traduz o cuidado de readaptação, pelo mercado, de uma modalidade dentre outras de que ele dispõe, para assegurar a eficácia da prática do Direito da Concorrência no plano das relações contratuais de Direito Privado.⁷²

5. Conclusões exploratórias

1. O recurso à arbitragem continua ganhando espaço no Brasil. Em uma perspectiva evolutiva, nota-se que até litígios em que é parte o Estado, como nos contratos administrativos – com observância das exceções legais – pode-se recorrer à arbitragem.

⁷¹ Cf. KAZZI, op. cit., p. 131-132. Este autor enumera ainda acórdãos recentes, proferidos pelas cortes norte-americanas, confirmando a arbitrabilidade em Direito interno de litígios incidentes sobre o Direito Antitruste: “*Ngheim v. NEC Electronic, Inc.* 25 F. 3d 1437 (9th Cir. 1994); *Coors Brewing Co. v. Molson Breweries*, 51 F. 3d 1511 (10th Cir. 1995) (apud KAZZI, op. cit., p. 132). São indicados ainda acórdãos que discutem o papel do Estado (a título de exemplo, o acórdão *Cindy’s Candle Co. Inc. v. WNS Inc.*, 714 F Supp. 979 (N.D.III.1989) e relativos a demandas fundadas no *Clayton Act*, no *Sherman Act* e no *Robinson-Patman Act*. O alcance da arbitrabilidade se estende a todas as leis antitruste do Direito federal ou dos estados federados, desde que essas leis ou as normas que elas editam possam ser objeto de uma ação privada por violação ao Direito Antitruste e que elas se destinem a ser invocadas pelo requerente privado nessa ação. Não podem ser objeto de arbitragem os litígios submetidos ao *FTC Act*, que dizem respeito à aplicação do Direito Antitruste pelas autoridades administrativas (Cf. KAZZI, op. cit., p. 132, nota 444, tradução livre).

⁷² Cf. KAZZI, op. cit., p. 133.

2. Evoluiu também o Direito da Concorrência, à medida que passou a incidir sobre entidades estatais.
3. Neste espaço seria impossível realizar o aprofundamento desejável sobre a arbitrabilidade do Direito da Concorrência. Resta comprovado, contudo, que tanto na União Européia, notadamente na França, quanto nos Estados Unidos, questões referentes ao Direito Antitruste podem ser submetidas à arbitragem.
4. Segundo a literatura consultada, a arbitragem de litígios internacionais estendeu-se às controvérsias internas, o que foi considerado uma evolução da concepção pluralista de ordem pública.
5. Questões relativas ao controle da decisão arbitral pelo Poder Judiciário – além dos casos de eventuais nulidades – parecem reforçar a competência dos árbitros, buscando, outrossim, verificar se foi realmente aplicada a lei de proteção da concorrência. Esta seria uma condição de validade da sentença arbitral.

Fica, portanto, apresentado o problema, na expectativa de que possa atrair a atenção de outros estudiosos e chegar-se a uma conclusão sobre a utilidade ou não de sua aplicação no Direito da Concorrência.

Referências bibliográficas

- DAVID, René. *L'arbitrage dans le commerce international*. Paris: Economica, 1982. Collection Études Juridiques Comparatives.
- DRAGO, Guillaume. Pour une définition positive de la liberté d'entreprendre. In: *Les libertés économiques*. Paris: LGDJ Diffuseur. Éditions Panthéon-Assas, 2003.
- GARRO, Alejandro. Arbitraje comercial internacional en las últimas décadas: aciertos y desaciertos. In: *I Seminário Internacional sobre Direito Arbitral*. Câmara de Arbitragem de Minas Gerais e Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- KAZZI, Habib. *Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles et de concentrations entre entreprises dans une économie mondialisée: contribution à l'étude de l'application internationale du droit économique*. Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007.
- LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. Intervenção como debatedor no I Seminário Internacional sobre Direito Arbitral. Câmara de Arbitragem de Minas Gerais e Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SIBONY, Anne-Lise. *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*. Paris: LGDJ, 2008.
- SOARES, Guido Fernando Silva. Common law e direito arbitral: direito consuetudinário sem precedentes? In: *I Seminário Internacional sobre Direito Arbitral*. Câmara de Arbitragem de Minas Gerais e Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- VELLOSO, Carlos Mário. A arbitragem no contexto constitucional brasileiro. Conferência Magna. In: *I Seminário Internacional sobre Direito Arbitral*. Câmara de Arbitragem de Minas Gerais e Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Diagramação: *Microart Editoração Eletrônica*