

REVISTA DO IBRAC

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***

São Paulo
Volume 14 número 6 – 2007
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: Maria Fernanda Pécora

EDITOR ASSISTENTE: José Carlos Busto

CONSELHO EDITORIAL: *Concorrência*: Barbara Rosenberg, Calixto Salomão, Carlos Francisco de Magalhães, Leonor Cordovil, Mauro Grinberg, Paula Forgioni, Ubiratan Mattos; *Relações de Consumo*: Fábio Ulhoa Coelho, Fernando de Oliveira Marques, Maria Eugênia Finkelstein, Newton de Lucca, Sergio Pinheiro Marçal, Sonia Maria Giannini Marques Döbler; *Comércio Exterior*: Ana Caetano, Antonio Fernando Guimarães Bessa, Marcello Procópio Calliari, Marcos Jank, Pablo Bentes, Rabih Nasser, Rubens Ricupero, Vera Thorstensen; *Economia*: Arthur Barrionuevo, Edgard Pereira, Elizabeth Farina, Gesner de Oliveira, Jorge Fagundes; *Regulação*: Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira; *Secretariado Editorial*: Carolina Guerreiro, Leonardo Peres da Rocha e Silva, Vicente Bagnoli.

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

Periodicidade: 6 números em 2005

Catálogo

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

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

SUMÁRIO

DIRETRIZES GLOBAIS PARA A DEFESA DA CONCORRÊNCIA: IMPRESSÕES A PARTIR DA 6ª ICN	
<i>Vicente Bagnoli</i>	5
O ACESSO A MEDICAMENTOS E AS PATENTES FARMACÊUTICAS	
<i>Patrícia Luciane de Carvalho</i>	19
ACORDOS DE LENIÊNCIA – BREVE ESTUDO COMPARATIVO	
<i>Bruno De Luca Drago</i>	49
O REVERSO DA REGULAÇÃO	
<i>Pedro Dutra</i>	61
CLÁUSULAS DE RAIOS E O CASO IGUATEMI	
<i>Jorge Fagundes</i>	71
INTRODUÇÃO AO REGIME JURÍDICO DA INDÚSTRIA ELÉTRICA – PREMISSAS TÉCNICAS E ECONÔMICAS	
<i>Luiz Gustavo Kaercher Loureiro</i>	95
A TEORIA DO ABUSO DE DIREITO: UMA ALTERNATIVA PARA IN- TERPRETAR A JURISPRUDÊNCIA AMERICANA SOBRE REFUSALS TO DEAL	
<i>Mauro Hiane de Moura</i>	131



DIRETRIZES GLOBAIS PARA A DEFESA DA CONCORRÊNCIA: IMPRESSÕES A PARTIR DA 6ª ICN

Vicente Bagnoli*

Introdução

A 6ª Conferência da Rede Internacional da Concorrência (*International Competition Network* – ICN), realizou-se em Moscou, Federação Russa, no período de 29 de maio a 01 de junho de 2007, oportunidade em que representei a Comissão de Estudos de Concorrência e Regulação Econômica da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo – CECORE/OAB-SP.

Conforme comentário que proferi e foi divulgado no sítio da OAB-SP, “a presença da OAB-SP no 6º ICN reconhece e contribui para a constante atuação da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica na discussão das melhores práticas e na promoção da defesa da livre concorrência”.

“Esse convite reflete a importância desta Comissão, cujos estudos e posicionamentos sobre as várias interfaces que regulam as modernas econo-

* Advogado, sócio de Bagnoli e Gonçalves Advogados, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, na qual leciona nos programas de Graduação e de Pós-graduação em Direito. Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), possui diversos artigos e livros publicados, como *Introdução ao Direito da Concorrência: Brasil-Globalização-União Européia-Mercosul-ALCA*, pela Editora Singular, e *Direito Econômico*, pela Editora Atlas. Conselheiro do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) e Diretor do Grupo de Estudos de Direito Econômico (GEDECON). Membro das Comissões de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica e Cooperativismo da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo, e responsável pelo “Grupo de Trabalho Temporário de Direito da Concorrência”, da Coordenadoria de Novos Mercados de Trabalho da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo. Associado à Câmara Ítalo-Brasileira de Comércio e Indústria, na qual é Coordenador do Grupo de Estudo de Concorrência e Regulação do Comitê Jurídico. Professor-Coordenador do Grupo de Estudos de Direito da Concorrência da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (GEDC-Mack). *correio-E*: bagnoli@bgadv.com.br.

mias e mercados globalizados vêm se cristalizando como referência na área da concorrência e regulação econômica”, avalia o presidente da OAB-SP, Luiz Flávio Borges D’Urso, comentário também divulgado no sítio da OAB-SP em matéria intitulada “Por indicação do CADE, a Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP estará no ICN”.

Outrossim, por meio do Documento Informativo – 36/2007, o Reitor da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Prof. Dr. Manassés C. Fonteles, no uso de suas atribuições estatutárias, comunicou “com muita satisfação, que o Prof. Ms. Vicente Bagnoli, docente da Faculdade de Direito da UPM foi indicado, pela Ordem do Advogados do Brasil – Seção São Paulo, como seu representante na 6ª Conferência Anual da Rede Internacional da Concorrência, evento que se realizará em Moscou, de 29 de maio corrente a 1º de junho”, o que confirma a importância atribuída ao Direito da Concorrência no Mackenzie e o constante trabalho conjunto desta Universidade com a Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP na divulgação da cultura concorrencial, algo observado pelo presidente da CECORE, Dr. Pedro S.C. Zanotta, em correspondência enviada ao Diretor da Faculdade de Direito Mackenzie, Prof. Ms. Nuncio Theophilo Neto, datada de 19 de abril de 2007.

O presente artigo, em que se propõe apresentar as diretrizes globais para a defesa da concorrência, a partir das impressões tidas na 6ª Conferência da ICN, está dividido em itens, quais sejam, (i) Breve Histórico e Apresentação da ICN; (ii) A 6ª Conferência da ICN – Moscou; e (iii) Comentário Pessoal.

A elaboração deste artigo foi a maneira que encontrei para compartilhar minha experiência em Moscou na 6ª ICN, com todos os interessados na temática da defesa da concorrência.

I – Breve Histórico e Apresentação da ICN

A Rede Internacional da Concorrência (*International Competition Network* – ICN) foi criada em outubro de 2001, por 14 autoridades de órgãos antitruste do mundo, com objetivo de promover a convergência global em matéria de concorrência e prover um fórum independente e especializado nesta matéria. A proposta surgiu em 2000 no Relatório do Comitê de Aconselhamento de Política de Concorrência Internacional dos EUA (ICPAC), composto por especialistas em concorrência de vários setores, que funcionou entre 1997 e 2000 para avaliar os desafios de políticas antitruste no século XXI. A proposta de criação da ICN foi endossada pela Direção Geral para Concorrência da Comissão Europeia e por profissionais de destaque nas áreas de concorrência.

A ICN iniciou suas atividades como uma rede virtual composta por autoridades de concorrência. Posteriormente teve sua estrutura institucionalizada e instituídas suas áreas de atuação, critérios de admissão e as competências dos grupos de trabalho criados e do *Steering Group*.

Formada por autoridades de concorrência nacionais ou multinacionais, organizações não-governamentais, organismos internacionais (como OCDE, OMC e UNCTAD), comunidades acadêmicas e setores privados relacionados à concorrência, é composta, atualmente, por cerca de 100 autoridades de aproximadamente 82 jurisdições diferentes. Trata-se do único organismo internacional dedicado exclusivamente à implementação e desenvolvimento da Lei de Defesa da Concorrência.

A ICN é dirigida pelo *Steering Group*, grupo composto por 15 representantes de diferentes autoridades, seguindo um critério geográfico, com mandato de dois anos. Tem como função estabelecer, designar e recomendar a composição dos grupos de trabalho que desenvolvem os projetos aprovados nas Conferências Anuais; revisar e aprovar o plano de trabalho para cada projeto desenvolvido pelos grupos de trabalho; preparar e distribuir agendas e documentos nas conferências e encontros; e aprovar a agenda e os participantes não-membros na Conferência Anual. Como a ICN não conta com um secretariado permanente, as despesas de organização e de secretariado são financiadas, anualmente, pelo país que recebe a conferência anual.

II – A 6ª Conferência da ICN – Moscou

II.1 – Introdução

Com a criação da Rede Internacional de Concorrência (ICN) ficou decidido que anualmente realizar-se-á uma conferência. As Conferências objetivam reunir as autoridades máximas das agências de defesa da concorrência para debater e recomendar novos projetos e revisar o progresso de projetos em andamento. As conferências promovem um diálogo estruturado e focalizando em um número limitado de projetos (entre dois e quatro), selecionados com antecedência a fim de garantir a participação e debate entre os participantes. Qualquer membro da ICN poderá trazer propostas para as conferências. Após os debates e definições das “melhores práticas” em matéria concorrencial, cada agência decidirá pela implementação ou não das práticas tidas ideais e de que maneira aplicá-las em suas jurisdições.

Além da conferência anual, cada conferência é seguida por uma reunião entre representantes do *steering group* para discussão do progresso dos

trabalhos dos específicos grupos de trabalhos (*working groups*) e o progresso de outros projetos em andamento.

A ICN em suas Conferências também busca a contribuição e, ao mesmo tempo contribuir, com organizações internacionais, tais quais a OCDE, ONU e UNCTAD, associações atuantes na defesa da concorrência, como é o caso da OAB/SP por meio da sua Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica, do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC e Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA, todas presentes na 6º ICN a convite do CADE, setores da indústria e associações de consumidores e a comunidade acadêmica. A participação de representantes não-governamentais enriquece a qualidade das discussões da ICN e o resultado dos trabalhos e projetos.

As Conferências Anuais da ICN se realizaram em Nápoles, Itália (2002), Mérida, no México (2003), Seul, Coreia (2004), Bonn, Alemanha (2005), Cidade do Cabo, África do Sul (2006) e a 6ª Conferência Anual, em 2007, realizou-se em Moscou, Federação Russa.

II.2 – A FAS Rússia

Por se realizar em Moscou, Rússia, a organização da 6ª Conferência da ICN ficou a cargo da FAS (Serviço Federal Antimonopólio), autoridade russa de defesa da concorrência.

A preocupação com a defesa da concorrência na Rússia está relacionada com a transição para a economia de mercado no início dos anos 1990, o que exigiu novos mecanismos de regulação para as atividades econômicas emergentes. Um desses mecanismos foi a regulação antimonopólio.

Em 1990 foi criado o “Comitê Estatal para Política Antimonopólio e Promoção das Estruturas da Nova Economia”, com a primeira Lei de Defesa da Concorrência russa datada de 1991. Em 1997 passa-se a denominar “Comitê Estatal Antimonopólio” e em 1998 “Ministério para a Política Antimonopólio e Apoio ao Empreendedorismo”. Até que em 09 de março de 2004 foi criada a FAS (Serviço Federal Antimonopólio), sigla em inglês para *Federal Antimonopoly Service*.

A FAS é uma autoridade federal executiva subordinada ao primeiro ministro da Federação Russa. Atualmente conta com 2.277 servidores federais, dentre os quais 420 trabalham em sua sede e 1.857 em 74 escritórios regionais.

Apesar da história relativamente curta da defesa da concorrência na Rússia, apenas 16 anos, a necessidade da existência da autoridade antimonopólio (termo utilizado pela FAS) é fundamental para a proteção da competição, que se torna uma tarefa tanto na esfera do Estado, quanto do Governo.

Em 2006 a FAS conduziu mais de 44 mil investigações, incluindo o exame prévio de 6.149 concentrações econômicas e a análise de outras 15.800 concentrações, sendo vetadas 131 operações e 345 aprovadas com condições. No tocante às infrações à legislação antimonopólio, 86% foram extintas voluntariamente no curso do processo ou diante de medidas impostas pela FAS, sendo 67 casos de condutas concertadas, 707 casos de abuso de posição dominante e 196 casos de concorrência desleal. O total da receita transferida ao orçamento Federal Russo em razão das infrações à legislação concorrencial em 2006 totalizou 365 milhões de *rublos*, ou seja, € 10,4 milhões.

A FAS, atualmente presidida por Igor Artemiev, pretende avançar sua luta em casos de monopólio no território russo, por meio da aplicação de legislação recentemente adotada em proteção e desenvolvimento da concorrência, tornando a competição cada vez mais igualitária e eficiente.

II.3 – O Evento

A 6ª Conferência da ICN teve início aos 29 de maio com o registro dos participantes no evento e um Coquetel de Recepção oferecido pela União Russa dos Industriais e Empreendedores e a Organização Social Russa do Pequeno e Médio Negócio.

Em 30 de maio, pela manhã, ocorreu a cerimônia de abertura com os discursos de diversas autoridades, dentre as quais a do Primeiro Ministro da Federação Russa, Michail Fradkov, que enfatizou que “por muitos anos a economia russa tem demonstrado um crescimento sustentável como resultado do desenvolvimento da concorrência”. O presidente da FAS, Igor Artemiev, leu aos participantes do evento a saudação enviada pelo presidente da Federação Russa, Vladimir Putin.

Os trabalhos começaram na seqüência com o painel de discussão do grupo de trabalho sobre “conduta unilateral” (*Unilateral Conduct Working Group*) que abordou a “evolução da dominação” (*Assessment of Dominance*) e “monopólios criados pelo Estado” (*State-created monopolies*). No mesmo dia ocorreu o painel de discussão do grupo de trabalho sobre “implementação de política de defesa da concorrência” (*Competition Policy Implementation Working Group*), que analisou a assistência técnica entre agências de defesa da concorrência e a temática da concorrência e o judiciário.

Merece destaque o fato do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) coordenar por dois anos o Grupo de Trabalho sobre Implementação de Política de Defesa da Concorrência, sendo representado no evento pela sua presidente, Elizabeth Farina, que proferiu palestra, bem como coordenar o subgrupo e trabalho que desenvolveu o projeto sobre a relação entre autoridades de defesa da concorrência e o Judiciário, com a apresentação do trabalho feita pela assessora internacional do CADE, Patrícia Agra.

As atividades se encerraram neste dia com uma Recepção oferecida pelo Governo da Federação Russa e pela FAS.

No dia 31 de maio os trabalhos tiveram início com o painel de discussão do grupo de trabalho sobre concentrações (*Merger Working Group*) e as discussões envolvendo notificações e convergências como temas futuros deste grupo de trabalho. Na seqüência ocorreu a discussão do grupo de trabalho sobre cartel (*Cartel Working Group*), tendo destaque a temática das cooperações internacionais para a investigação de cartéis, com a participação da Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico (DPDE/SDE), Ana Paula Martinez.

Ao final dos trabalhos, os participantes do evento foram recepcionados pelo Governo de Moscou para um jantar.

O último dia do evento, 01 de junho, teve painéis discutindo a temática da concorrência e desenvolvimento (*Competition and Development*) e implementações das “melhores práticas” (*Implementation*), sendo o Brasil representado neste painel pela Diretora do DPDE/SDE, Ana Paula Martinez.

Merece destaque a reunião de todas as autoridades governamentais de defesa da concorrência que elegeram o grupo de direção da ICN para o período de 2007 a 2009 (*Confirmation of ICN Steering Group – 2007-2009*), que tornou o CADE membro do *Steering Group* da ICN, a quem cabe aprovar a formação ou a desconstituição dos grupos e subgrupos de trabalho e escolher os projetos a serem desenvolvidos.

Na seqüência foram apresentados retrospectos, adoções de trabalhos e trabalhos futuros (*Report Back, Adoption of Work, and Future Work Plans*) dos grupos de trabalho: condutas unilaterais (*Unilateral Conduct Working Group*); implementação de política de defesa da concorrência (*Competition Policy Implementation Working Group*), com a participação da presidente do CADE, Elizabeth Farina, concentrações (*Merger Working Group*); e cartel (*Cartel Working Group*).

A Cerimônia de Encerramento da 6ª ICN – Moscou contou com os discursos do presidente da FAS, Igor Artemiev, da coordenadora da ICN,

Sheridan Scott, e de Kazuhiko Takeshima, presidente da Comissão de Defesa da Concorrência do Japão, em inglês *Japan Fair Trade Commission*, uma vez que a 7ª Conferência da ICN realizar-se-á em 2008 na cidade de Kioto.

II.4 – Destaques

A participação nas conferências anuais da ICN é bastante válida para observar o que se está discutindo entre as autoridades mundiais de defesa da concorrência, observar tendências e quais as melhores práticas a serem adotadas pelas agências. A magnitude do evento é ainda maior se considerada a globalização da economia, a atuação mundial dos agentes econômicos e os reflexos de casos concorrenciais em diversas jurisdições. Ou seja, o Direito da Concorrência exige uma abordagem global, seja pelas autoridades de defesa da concorrência, seja pelas organizações não-governamentais, na qual se destaca a atuação da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP, bem como da comunidade acadêmica no estudo da matéria.

Diante disso, destacam-se como pontos principais abordados na 6ª Conferência da ICN:

- ✓ Concorrência e Desenvolvimento, sobretudo para economias em transição.
- ✓ Introduzir concorrência em setores regulados.
- ✓ Combate a cartéis, sobretudo cartéis internacionais.

Para tanto, foram apontados na 6ª Conferência da ICN como desafios gerais:

- ✓ O mercado global promove um maior crescimento econômico mundial, mas a competição global também exige a promoção internacional da concorrência, não apenas em esfera nacional, mas mundial.
- ✓ A Cooperação internacional entre as autoridades de defesa da concorrência é fundamental, com o trabalho coordenado entre as autoridades.

Já objetivos comumente citados na 6ª Conferência da ICN, sobretudo pelo grupo de trabalho de condutas unilaterais, foram:

- ✓ assegurar um efetivo processo concorrencial.
- ✓ promover o bem-estar econômico do consumidor.
- ✓ maximizar a eficiência.
- ✓ assegurar a liberdade econômica.

- ✓ assegurar o equilíbrio entre os concorrentes em condições desiguais.
- ✓ promover a lealdade e a igualdade
- ✓ promover a escolha do consumidor.
- ✓ alcançar a integração dos mercados.
- ✓ facilitar privatizações e liberalização dos mercados.
- ✓ promover a concorrência nos mercados internacionais.

III – Comentário Pessoal

Em atenção ao que foi discutido na 6ª Conferência da ICN e ao que pude vivenciar nos dias em que estive na Rússia, permito-me tecer os seguintes comentários pessoais:

III.1 – Concorrência e Judiciário

Após dois anos de ativa participação na ICN como coordenador do Grupo de Trabalho sobre Implementação de Política de Defesa da Concorrência (*Competition Policy Implementation Working Group – CPI*) e coordenador do subgrupo e trabalho que desenvolveu o projeto sobre a relação entre autoridades de defesa da concorrência e o Judiciário, o CADE foi alçado a membro do *Steering Group* da ICN, para o período de 2007 a 2009.

Certamente o CADE possui méritos reconhecidos pelo trabalho desenvolvido sobre esta temática – Concorrência e Judiciário, seja pela sua atuação na ICN e a qualidade do relatório e das palestras proferidas na 6ª Conferência pelas Dras. Elizabeth Farina e Patrícia Agra, bem como pela condução desta temática no Brasil.

Uma vez mais foi reiterada a necessidade de cooperação entre as autoridades de defesa da concorrência e o Poder Judiciário, sobretudo pela especificidade da matéria e o conhecimento muitas vezes superficiais pelas autoridades judiciais.

Neste ponto, entendo pertinente trazer ao debate – algo que também fiz na ICN ao pedir a palavra – quanto à necessidade de se difundir o estudo do Direito da Concorrência nas Faculdades de Direito e sua cobrança em exames jurídicos, tais como OAB, Magistratura, Ministério Público, Delgado de Polícia.

Enquanto o estudo do Direito da Concorrência for algo restrito a poucas Faculdades de Direito, cita-se como exemplo a Faculdade de Direito da

Universidade Presbiteriana Mackenzie que oferece como matéria optativa Regulação e Concorrência desde 2002 e que a partir de 2006 tornou matéria curricular obrigatória sob a denominação Direito Administrativo Econômico, persistirá a distância da temática concorrencial entre as Autoridades Administrativas (CADE, SDE e SEAE) e o Poder Judiciário (inclui-se também Ministérios Públicos Estaduais e Federal, Delegados de Polícia Estaduais e Federal), ainda que esforços para a promoção da defesa da concorrência se repitam.

Por essa razão, sugeri à Comissão de Estudos de Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP que pleiteie junto à sua presidência a necessidade e urgência do estudo deste tema em todas Faculdades de Direito, bem como sua cobrança em exames da Ordem, a fim de qualificar ainda mais os seus advogados para se depararem com tema atual e de extrema relevância sócio-econômica para o País. Outrossim, trata-se de novo mercado a ser explorado por profissionais competentes na defesa da livre concorrência e do bem-estar econômico do consumidor, à luz dos preceitos constitucionais da ordem econômica.

III.2 – Percepções a partir da Rússia

Participar de evento de Defesa da Concorrência na Rússia, certamente é algo curioso e ao mesmo tempo intrigante se pensarmos tratar de um País que até 1991 vivia sob o manto da então União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), em que o mundo era bipolar, dividido entre duas potências; de um lado o capitalismo representado pelo “grande inimigo”, os Estados Unidos da América, na defesa da livre concorrência e da propriedade privada, e de outro lado, no caso a URSS, do mundo do socialismo, com a supressão da propriedade, dos direitos civis e da socialização de meios de produção.

Estar num país diferente, o melhor a fazer é sair pelas ruas, andar, viver a vida e a cultura local e conversar com a população para ouvir suas histórias, seus relatos, ainda que na Rússia essa não seja uma tarefa fácil, ou melhor, quase impossível para quem não fala russo.

Tive a oportunidade de conversar com algumas pessoas que falavam inglês e poucas outras que falavam espanhol ou, ainda bem mais raro, italiano.

Percebi que a população jovem, digamos na faixa dos 20 anos, está habituada à nova realidade russa; celulares, comércio, propagandas de produtos em toda parte, numa tentativa de sociedade de consumo que floresce e ganha força. Na verdade, esses jovens não viveram o mundo da URSS, mas só esta nova realidade iniciada na década de 1990 que constituiu verdadeiro

choque para os mais velhos. Imagine, da noite para o dia, o mundo em que você vivia, dito como ideal, justo, em que o Estado garantia todas as suas necessidades, ainda que com escassez, que o seu salário era suficiente para você ter uma vida regrada, inclusive com direito a férias e gozá-las, acaba. Você passa então a viver na realidade do mundo do antigo inimigo, considerado terrível e opressor, em que para viver você tem que trabalhar muito para pagar suas contas e ter suas necessidades supridas.

Conversando com a minha guia em São Petesburgo, já com seus 50 anos, ela relatou saudosa sua infância na escola, na prática de esqui na neve, as férias na praia e resumiu a realidade russa com a seguinte frase: “A população sempre reclama. Antes, durante o regime da URSS, reclamava-se a falta de liberdade, a opressão do Estado. Hoje se reclama que por mais que se trabalhe é difícil pagar as contas básicas”.

O choque cultural e a realidade vivida pelo povo russo é impressionante. Não houve transição. A abertura promovida por Gorbachev foi acelerada e a Rússia, na minha opinião, vivenciou o pior dos mundos: de um lado o regime socialista, opressor, em que a população se torna escrava do Estado. De repente se depara com o pior do capitalismo, em que se substitui o Estado como agente econômico e assumem a produção e o comércio, empresários que, na verdade, comenta-se, tratava-se da “máfia russa” apoiada por segmentos políticos, numa intensa corrupção e troca de favores. Enquanto isso, a população, desamparada, encontrou-se no pior do capitalismo, o predatório, em que a obtenção do lucro é extremada e o Estado ausente para garantir direitos e deveres. Antes, escravas do Estado, agora a escravidão menos perceptível da população é pelo consumo, algo comum nos países ocidentais.

A maior evidência do choque cultural visto em Moscou, ainda maior que a loja do McDonald’s instalada próxima ao Kremlin, é a Galeria Gum. Trata-se de um prédio antigo, mas reformado e impecavelmente cuidado, uma arquitetura muito bonita que serviu de mercado do povo, onde a população soviética se abastecia de alimentos e vestuários. Hoje, ocupado pelas maiores grifes do planeta, símbolo máximo da sociedade de consumo, localiza-se em plena Praça Vermelha, bem à frente ao Mausoléu de Lênin e ao Kremlin, sede do governo russo.

O símbolo maior do capitalismo em Moscou, entretanto, é freqüentado por uma pequena parcela da população com condições de pagar os preços de uma das mais caras cidades do mundo. A maioria da população trabalha, e muito, para pagar suas contas básicas.

Percebi também que a Rússia, apesar da sua riqueza petrolífera, passa dificuldades energéticas, pois os aparelhos de ar condicionado, quando se tem, não conseguem dar conta do intenso calor. E por falar em calor, e a guisa de ilustração, os russos não têm o costume de tomar bebidas geladas. Exemplo, as Coca-colas vendidas em quiosques nas ruas, temperatura natural, ou em restaurante e hotéis, que se deve pedir, reiteradamente, por pedras de gelo nos copos.

Alvim Toffler em “A Terceira Onda” comenta que a Revolução Russa de 1917 se assemelha à Guerra Civil Norte-Americana, pois ambas marcam a industrialização desses países. Entendo também, que a Rússia num imediato pós 1990 se assemelha à concorrência predatória, à cartelização dos mercados e aos surgimentos dos trustes nos Estados Unidos da América na segunda metade do século XIX. Nos EUA, em 1891, o *Sherman Act* aparece como o primeiro diploma antitruste a revelar a intervenção do Estado em domínio econômico sob o aspecto concorrencial. Cem anos depois, em 1991, a Rússia tem promulgada sua primeira lei de defesa da concorrência.

Os efeitos de uma globalização mal feita podem ser vivenciados sob três aspectos cotidianos que estão bem próximos à realidade e aos olhos do turista: tomar táxis em Moscou, pagar para poder tirar fotos em museus e a ausência de carros Lada pelas ruas e dos aviões Tupolev nos aeroportos.

Ainda que por um lado a globalização tenha gerado efeitos que certamente mudaram a realidade da população russa, positiva ou negativamente, por outro ainda persistem resquícios de outro momento histórico, como o fato de ser um povo “fechado”, que pouco conversa nas ruas, mas ao mesmo tempo um povo hospitaleiro e disposto a conversar, desde que chamados ao diálogo. Outrossim, verifiquei o cuidado e o respeito da população para com a “coisa pública”, exemplo o metrô e banheiros públicos, e a valorização da cultura local, constituindo ainda, uma realidade própria.

São Petesburgo, aproxima-se muito à Europa, seja pela sua criação por Pedro, o Grande, que queria dar toques europeus ao Império Russo, seja pela sua proximidade com os países Escandinavos. Moscou, por outro lado, resumo com a palavra “diferente”, é diferente de tudo que já vi, não é Europa nem Oriente, é Moscou.

III.2.1 Táxis em Moscou

O serviço de táxi em Moscou explicita a importância da regulação em determinados setores, e os problemas decorrentes da falta de uma regulação pró-competitiva.

Pegar um táxi em Moscou significa a pessoa estender a mão na rua e aguardar que qualquer carro pare. Isso mesmo, qualquer carro, não obrigatoriamente um táxi. Na maior liberdade de mercado qualquer pessoa com seu carro faz as vezes de um táxi. Ofertante do serviço e consumidor (usuário) conversam qual o destino pretendido e o valor a ser pago, ou seja, uma “carona paga”. O problema, sobretudo para o turista, é confiar no motorista, explicar onde quer ir e negociar o valor da “corrida”, tudo em russo!

Certamente optei pelo táxi do hotel. Sabendo das dificuldades moscovitas, fiz como qualquer pessoa faria em toda parte, ou melhor, quase toda parte do mundo; solicitei à recepção um táxi. Solicitei o táxi às 18h para estar na recepção de abertura da 6ª ICN marcada para as 19h, já calculando o trânsito de Moscou, onde, quando ocorre um acidente, por mais simples que seja, as pessoas mantêm seus veículos no local do acidente aguardando a chegada da polícia, o que contribui para o trânsito comparado ou pior ao de São Paulo. Minha surpresa foi quando a recepcionista, loira como a maioria das moscovitas, informou-me que em 40 minutos o táxi chegaria ao hotel. Aí percebi que tudo era muito diferente mesmo.

Poucos são os táxis em Moscou, cuja quantidade não atende a demanda. Além do mais, os táxis, como em Praga, não possuem taxímetro, e o valor cobrado, até parece um cartel. Inicia-se em 400 Roublos, pouco mais de 10 Euros, para os turistas. Os russos pagam menos, bem menos. É fácil perceber que o turista é turista, tornando o turista “refém” do taxista, que cobra quanto quiser, e o turista, não tem opção de escolha, falta concorrência. Concorrência para os táxis, só o metrô, muito eficiente, mas também em russo, e andar a pé, onde as informações são em russo e os pedestres raramente falam inglês.

Lembro-me no evento da ICN em que um representante da FAS Rússia (órgão de defesa da concorrência da Federação Russa) palestrou acerca do tema concorrência e desenvolvimento, tratando desta temática em uma região bem afastada de Moscou. Não que a temática não seja importante, muito pelo contrário. Mas a minha sugestão para a FAS é regular e fiscalizar o mercado de táxi em Moscou, a fim de viabilizar a justa competição neste setor de serviço essencial para qualquer cidade, sobretudo para grandes centros como Moscou, promovendo assim a justa competição e assegurando o bem-estar do consumidor, o usuário de táxis.

III.2.2 Fotos só para quem paga

Geralmente, para visitar museus e algumas igrejas ao redor do mundo, paga-se um valor pela entrada. Tirar fotos é liberado, pois não afeta o patrimô-

nio artístico e cultural, ou é expressamente vetado, pelos danos ocasionados, sobretudo em decorrência dos flashes das máquinas.

Na Rússia, entretanto, além da entrada, pode-se pagar uma taxa extra que assegura à pessoa, que pagou por essa autorização, tirar fotos.

Confesso que não discuti este tema com os responsáveis nos museus ou igrejas, apenas observei. Mas a pergunta que se deve fazer é que, se o flash danifica a obra de arte, o patrimônio artístico e cultural, por que autorizar tirar fotos, ainda que mediante pagamento de taxa? O valor pago será investido na recuperação do objeto danificado? Mais uma vez, confesso, interpretei tal fato como outro exemplo de um capitalismo predatório.

III.2.3 Onde estão os Lada e os Tupolev

Todos se lembram do governo Collor, no qual a abertura dos mercados trouxe ao Brasil carros russos da montadora Lada. Naquele momento os Lada até concorreram com a nossa indústria automobilística, “verdadeiras carroças”, segundo o então presidente. Mas essa competição durou pouco, pois junto com os Lada, diversas montadoras européias, norte-americanas e asiáticas, trouxeram seus veículos e as montadoras instaladas no Brasil foram obrigadas a investir para combater a concorrência. Ganhou o consumidor e o País.

A vida dos Lada no Brasil não durou uma década. Na Rússia, a abertura dos mercados também comprometeu a indústria. Hoje, pelo menos em Moscou, poucos Lada são vistos no caótico trânsito moscovita. Observa-se carros das mais diversas nacionalidades e o governo russo, com uma frota de Audi que entra e sai do Kremlin.

Outra indústria russa que aparentemente sucumbiu com a abertura dos mercados foi a aeronáutica civil. No aeroporto, ao menos no Domodedovo, os Tupolev que lá se encontram estão “escanteados”, literalmente na grama. Na pista, em operação, observa-se Boeing e Airbus.

O exemplo da Lada e do Tupolev deve ser utilizado para explicar uma abertura de mercado malfadada, uma globalização prejudicial, onde não se prepara a indústria nacional para competir mundialmente e que diante da concorrência global, mais eficiente e mais feroz, sucumbe.

Conclusão

O momento temporal do processo de abertura de mercado, desestatização e privatização na Rússia, assemelha-se ao do Brasil, início da década de 1990.

Evidentemente, guardadas as assimetrias econômicas e culturais, é também na década de 1990 que ganham destaque as legislações de defesa da concorrência na Rússia (1991) e no Brasil (1994, em que pese a Lei de 1962), bem como em diversos países do mundo, inclusive da Europa, como a Itália.

Essa nova realidade, que acompanha a saída do Estado na atuação de setores da economia, para destinar-se à fiscalização e regulação, exige uma efetiva regulação econômica estatal pró-competitiva, acompanhada de autoridades técnicas nos diversos mercados regulados, bem como a existência da autoridade que defenderá a livre concorrência nos mercados.

Neste cenário, as conferências anuais da ICN são importantes para discutir as tendências e as melhores práticas a serem adotadas pelas agências diante da globalização da economia, a atuação mundial dos agentes econômicos e os reflexos de casos concorrenciais em diversas jurisdições. O Direito da Concorrência, portanto, exige uma abordagem global, por todos os agentes que estejam envolvidos com esse tema.

Os pontos principais abordados na 6ª Conferência da ICN, quais sejam, (i) Concorrência e Desenvolvimento, sobretudo para economias em transição; (ii) Introduzir concorrência em setores regulados; e (iii) Combate a cartéis, sobretudo cartéis internacionais, revelam-se extremamente relacionados e importantes para a realidade brasileira, visto que: (i) a defesa da concorrência deve ser tida não apenas como a busca do bem-estar econômico do consumidor, mas um meio de promoção do desenvolvimento sócio-econômico do País; (ii) com as privatizações/concessões o Estado desempenha fator decisivo na implementação da regulação pró-competitiva nos setores regulados, sob risco de, assim não fazendo, a população tornar-se refém de grandes grupos econômicos; e (iii) com a globalização da economia e a atuação de concorrentes mundiais, ao mesmo tempo em que se dinamiza a competição, pode-se restringi-la por meio de condutas concertadas entre competidores globais, sobretudo em mercados oligopolizados.

O estudo e a difusão da cultura da defesa da concorrência é, portanto, uma necessidade.

A concorrência encoraja a liberdade de escolha, a liberdade de empreender e a liberdade de entrada no mercado. O desenvolvimento da concorrência resulta em produtividade eficiente e geração de postos de trabalho, fortalecendo e desenvolvendo a economia nacional, aumentando a qualidade e a competitividade dos produtos e serviços no mercado internacional e contribuindo com o crescimento econômico.

O ACESSO A MEDICAMENTOS E AS PATENTES FARMACÊUTICAS

*Patrícia Luciane de Carvalho**

1. O fundamento no comércio internacional e a necessária receptividade dos direitos humanos

Até meados da Revolução Industrial media-se a riqueza pela propriedade de terras, eis que a sociedade era predominantemente rural. Posteriormente, tem-se por parâmetro a propriedade de instalações fabris, maquinários, insumos e estoques, momento em que, conseqüentemente, tem-se origem, de forma definitiva, a classe dos burgueses. Caracteriza-se, então, com maior importância a propriedade material, imóvel ou móvel. Apenas nas últimas décadas é que passa-se a oferecer maior atenção à propriedade intelectual, como ativo econômico relevante ao desenvolvimento sustentável, seja para países desenvolvidos ou em desenvolvimento ou de menor desenvolvimento relativo. Esta afirmativa é confirmada pelas datas de constituição da OMPI e da OMC e esta constatação decorre da valoração da propriedade apoiada pelo desenvolvimento do comércio internacional.

Posteriormente à Revolução Industrial, em conjunto com outros valores, como os direitos humanos, adquire a propriedade intelectual *status* de elemento primordial ao desenvolvimento, não apenas comercial, mas também humano; não apenas para acúmulo de riquezas, mas para acúmulo com valor agregado; e que deve ser conjugada com outros direitos em virtude de sua importância para o crescimento, como o cumprimento da função social (relação público/privado).

A propriedade como gênero é reconhecida pela ONU e pela OEA como direito humano e desta forma, dentro do trabalho de incorporação realizado

* Coordenadora da pós-graduação em Direito e Gestão da Propriedade Intelectual da FAMEC. Autora da obra *Patentes Farmacêuticas e Acesso a Medicamentos (Atlas)*, co-organizadora, com Maristela Basso, da obra “Lições de Direito Internacional – Estudos e Pareceres de Luiz Olavo Baptista” (Juruá) e coordenadora da obra *Propriedade Intelectual Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso* (Juruá). Membro da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual e da Associação Portuguesa de Direito Intelectual. Contato: patriciacarvalho@patriciacarvalho.adv.br

pelas diversas ordens jurídicas nacionais, tem-se a propriedade reconhecida pelos estados signatários das organizações citadas. No Brasil, por exemplo, o seu reconhecimento é constitucional e condicionado ao cumprimento da função social, concomitantemente a propriedade intelectual, como espécie, acompanha as mesmas diretrizes.

Este rápido transcorrer histórico da propriedade foi e, ainda é, motivado pelo comércio, primeiro pela conquista ampla de mercado consumidor e, segundo, em decorrência da necessidade de expansão da atividade industrial e comercial para alcance de maior mercado consumidor e outros elementos que agreguem valor ao resultado da produtividade.

As nações e empresas existem e necessitam conjugar competências para preencherem suas necessidades, por meio da complementação de capacidades econômicas e produtivas.

Nesta conjuntura de fomento e incremento do comércio internacional tem-se a complexa compatibilização dos interesses dos países desenvolvidos com os países em desenvolvimento, situação que perdura até hoje, eis que um contribui para com o outro através da complementação de competências.

Frente ao comércio internacional, os países em desenvolvimento e os de menor desenvolvimento relativo não tiveram tempo ou condições de se preparem para a concorrência que se impunha; a situação perdura e se repete nos atuais ciclos econômicos, uma vez que estes países dependem da solidariedade internacional para com as suas necessidades sociais. Esta situação, aparentemente apenas econômica, proporciona vários problemas de ordem interna relacionados ao fundamento mesmo da constituição estatal, como a realização do bem comum. Necessário, então, que condicionantes fossem estabelecidas ao uso da riqueza, é neste momento que surge a limitação ao direito de propriedade, representada pela função social.

Com respeito à proteção do direito as patentes farmacêuticas não é diferente, uma vez que o incremento do comércio internacional fez necessária a criação de um patamar de proteção internacional que conjugasse os direitos sobre a propriedade com os interesses sociais.

Assim, em decorrência da inter-relação entre o comércio internacional, os direitos humanos, principalmente os sociais, os problemas do pós-guerra e os trabalhos realizados pelas organizações internacionais, fez-se necessária a proteção dessas duas esferas de direitos a partir da ordem internacional, para que esta servisse de parâmetro para as respectivas ordens jurídicas nacionais. Portanto, a conjugação harmônica entre os direitos humanos (acesso a medi-

camentos) e os direitos da propriedade intelectual (patente) não é novidade e nem tema exclusivo do Brasil.

Em prol desta conjugação, organizações internacionais, com destaque para a OMPI e para a OMC, protegem, conjugam e buscam estabelecer uma proteção mínima para os direitos da propriedade intelectual e estabelecem flexibilidades as regras frente à proteção dos direitos humanos, como o acesso a medicamentos e o desenvolvimento.

A proposta da inter-relação entre o acesso a medicamentos e a proteção da patente farmacêutica é reconhecida pelas organizações internacionais e principalmente a conjugação entre esses direitos estabelecida pela ordem econômica internacional.

Parte da doutrina, ao contrário, entende que a propriedade não é tema de direitos humanos, mas que deve ser protegida, de forma ordinária, pela lei, a qual corresponde à vontade da sociedade sobre o assunto. Então, o nível de proteção destinado à propriedade, em qualquer de suas espécies, dependeria sempre da concepção que tem uma determinada sociedade sobre o tema, independente de valores humanos pré-existentes.

Fábio Konder Comparato admite que nem toda propriedade tem interesse aos direitos humanos, porém não nega que, diante da repercussão sob esta esfera de proteção a inter-relação deve predominar:

“O reconhecimento constitucional da propriedade como direito humano liga-se, pois, essencialmente à sua função de proteção pessoal. Daí decorre, em estrita lógica, a conclusão – quase nunca sublinhada em doutrina – de que nem toda propriedade privada há de ser considerada direito fundamental e como tal protegida (...) Tirante essas hipóteses, claramente definidas na Constituição, é preciso verificar, *in concreto*, se se está ou não diante de uma situação de propriedade considerada como direito humano, pois seria evidente contra-senso que essa qualificação fosse estendida ao domínio de um latifúndio improdutivo, ou de uma gleba urbana não utilizada ou subutilizada, em cidades com sérios problemas de moradia popular. Da mesma sorte, é da mais elementar evidência que a propriedade do bloco acionário, com que se exerce o controle de um grupo empresarial, não pode ser incluída na categoria dos direitos humanos. Escusa insistir no fato de que os direitos fundamentais protegem a dignidade da pessoa humana e representam a contraposição da justiça ao poder, em qualquer de suas espécies. Quando a propriedade não se apresenta, concretamente,

como uma garantia da liberdade humana, mas, bem ao contrário, serve de instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição (...).”¹

Comungam do mesmo entendimento alguns constitucionalistas nacionais como José Afonso da Silva, ao comentar a proteção constitucional à propriedade, e Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“O dispositivo que a define e assegura está entre os dos direitos individuais, sem razão plausível para isso, pois evidentemente não tem natureza de direito fundamental do homem. Caberia entre as normas da ordem econômica”.²

“Certamente esta matéria não mereceria ser alçada ao nível de direito fundamental do homem. Trata-se aqui da chamada propriedade imaterial que seria protegida pelo inciso XXIII, referente ao direito de propriedade. Como se viu, propriedade, nos termos do citado inciso XXIII, não abrange apenas o domínio. Compreende todos os bens de valor patrimonial, entre os quais, indubitavelmente, se incluem as marcas de indústria e comércio ou o nome comercial”.³

Os doutrinadores defendem que a propriedade, como gênero, não precisaria estar no título dos direitos fundamentais, eis que, em concordância com o pensamento de Fábio Konder Comparato, nem toda propriedade é relevante aos direitos humanos. Ocorre que a caracterização de qual propriedade seria relevante aos direitos humanos ficaria a cargo da esfera política e jurídica. Além do que, o parâmetro, conforme proposta de José Afonso da Silva estaria sob a responsabilidade da ordem econômica (interesses econômicos e orçamentários). Esta situação afastaria a sociedade da segurança jurídica ou dos parâmetros estabelecidos pela construção da ordem internacional e pela esfera jurídica nacional.

Trata-se apenas de uma proposta, eis que a propriedade, hoje, é tema de direitos fundamentais pela Constituição de 1988. Proteção esta que

¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 7, 1988, p. 73-88.

² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. pp. 245/46.

³ FERREIRA, Manoel Gonçalves Filho. *Comentários à Constituição*, v.1, p.51.

condiz com a construção da ordem internacional, conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos no artigo XXVII:

“1. Toda pessoa tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. 2. Toda pessoa tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor”.

A participação da pessoa no progresso das ciências e de seus benefícios faz-se pela proteção da própria ciência, bem como daqueles que a fomentam. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no artigo 15 declara sob este aspecto:

“Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: a) participar da vida cultural; b) desfrutar do progresso científico e suas aplicações; c) beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor.

As medidas que os Estados-partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício deste direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura”.

A Declaração sobre a Ciência e o uso do conhecimento científico, emitida pela UNESCO, quando da Conferência de Budapeste, de 01 de julho de 1999, estabeleceu no artigo 91 que:

“Considerando a possibilidade da ciência de produzir retornos significativos para o crescimento econômico, para o desenvolvimento humano sustentável, e para a redução da pobreza, e que o futuro da humanidade tornar-se-á mais dependente da produção, da distribuição, e do uso equitativo do conhecimento, são necessários esforços especiais também para assegurar a plena participação dos grupos em desvantagem na ciência e na tecnologia. Tais esforços incluem: remover as barreiras do sistema educacional; remover as barreiras do sistema de pesquisa, dentre outros”.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão em 2001 sobre os direitos da comunidade indígena *Mayagna Awas Tingni* contra a Nicarágua, em que a Corte entendeu a propriedade coletiva da terra como uma tradição comunitária e como um direito fundamental e básico à cultura,

à vida espiritual, à integridade e à sobrevivência econômica. De igual forma, a Corte em 2005, analisou caso da comunidade indígena *Yakye Axa* contra o Paraguai, em que sustentou que o Paraguai não havia garantido o direito à propriedade ancestral da comunidade, o que os manteve em estado de vulnerabilidade alimentícia, médica e sanitária, que ameaça de forma contínua a sobrevivência dos membros da comunidade e sua integridade.⁴

O constituinte originário buscou também proteger a ordem econômica por meio de seu elemento mais relevante que é a propriedade; porque sem o respeito ao direito de propriedade e à livre iniciativa não há que se falar em ordem econômica voltada para os objetivos do artigo 170 da Constituição e nem mesmo para um desenvolvimento sustentável.

Por meio da interpretação conforme a Constituição tem-se que se a livre concorrência é direito fundamental para a iniciativa econômica, logo, o mesmo deve ser estabelecido para a propriedade de forma geral, eis que sem esta não há produção industrial e, concomitantemente, não há desenvolvimento sustentável. Mas o que é propriedade e qual a proteção que a ordem internacional lhe confere?

Propriedade corresponde à posse e domínio legal sobre alguma coisa ou idéia garantida pelo Direito, que confere ao titular o direito de uso, gozo e disposição. Trata-se de um elemento do Direito que passou a ser do interesse da ordem jurídica em decorrência de sua importância para a ordem econômica; desta forma, fez-se conveniente prestigiar os que tinham propriedade e que, concomitantemente, colaboravam para o desenvolvimento nacional.

Por sua vez, entenda-se por propriedade intelectual a proteção conferida:

“a partir do início da economia de mercado, uma construção jurídica específica pelo qual se dá uma exclusividade de uso no mercado de um certo bem incorpóreo. Essa exclusividade de mercado (e só no mercado) tem-se chamado de propriedade intelectual.”⁵

A Declaração Universal de Direitos Humanos estabelece no artigo XVII o direito à aquisição de propriedade, bem como a sua manutenção:

⁴ Informações obtidas no site: www.corteidh.cr. Acesso em 07 de agosto de 2006.

⁵ BARBOSA, Denis Borges. *Bases constitucionais da propriedade intelectual*. In Revista da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual n. 59, jul./ago. 2002. p. 16 – 39, cit. pág. 30.

“1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”.

A Declaração Americana dos Direitos e dos Deveres do Homem no artigo XXIII institui além do direito à propriedade também a sua relação para a conquista de outros direitos como vida e dignidade:

“Toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua a manter a dignidade da pessoa e do lar”.

Para a OEA, a propriedade está condicionada ao atendimento do que é essencial, portanto, pode-se depreender o entendimento ao cumprimento da função social, conceito que será posteriormente detalhado.

Analisando-se conjuntamente o Ato Constitutivo da OMC e os dispositivos do Acordo TRIPS, constata-se que a propriedade é relevante para o comércio internacional, inclusive como um ativo econômico, tanto é que o TRIPS cuida de proteger especificamente a propriedade intelectual; todavia estes documentos condicionam o direito as patentes farmacêuticas ao atendimento dos interesses sociais. Assim, a concepção de que a propriedade não tem fundamento em direitos humanos afronta, também, a OMC – maior defensora da propriedade intelectual.

2. A Organização Mundial da Propriedade Intelectual

Por meio da Convenção de Estocolmo, que complementou os trabalhos das Uniões da Convenção de Paris, a OMPI foi criada, no âmbito da ONU como uma de suas agências especializadas para assuntos da propriedade intelectual. Esta especificação ocorreu em decorrência da importância que assumiu a criação intelectual, dentro do gênero propriedade, para o comércio internacional e para o desenvolvimento sustentável.

Por meio do princípio da solidariedade instituído pela Convenção de Paris, busca a OMPI reunir sobre sua administração todos os tratados relacionados à propriedade intelectual, mesmo aqueles que não foram firmados pela ONU ou pela OMPI.

Oferece enfoque humano à propriedade intelectual, buscando harmonizá-la com os interesses econômicos internacionais, dentre eles os da OMC/TRIPS. Realizou a unificação dos direitos da propriedade intelectual

encerrando a dicotomia entre direitos dos inventores e dos autores, valorizando a propriedade intelectual como gênero. O inciso VIII, do artigo 2º, da Convenção de Estocolmo estabelece:

“(…)

- às invenções em todos os domínios da atividade humana;
- às descobertas científicas;

(…)

- à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industriais, científico, literário e artístico”.

A OMPI corresponde ao organismo de maior relevância para a promoção e defesa da propriedade intelectual, principalmente para temas relacionados aos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo. Isto porque desde 1962, a ONU, por meio da Resolução sobre Propriedade Industrial, reconhece que as patentes farmacêuticas são essenciais para o desenvolvimento econômico e social.⁶

Representa o palco das controvérsias que envolvem os países desenvolvidos e os em desenvolvimento, eis que para aqueles a importância do discurso da propriedade intelectual é quanto a sua efetivação junto aos signatários. Enquanto que para os em desenvolvimento o que importa são as medidas adotadas no âmbito internacional e sua influência junto ao desenvolvimento social. Esta discussão remonta à relação entre a concepção pública e privada; ocorre que esta análise deve ser feita de forma sistêmica e admitindo-se a inter-relação entre as duas esferas, as quais não possuem condições de serem analisadas separadamente.

A controvertida relação público *versus* privado está longe de ser resolvida, contudo, reconhece-se que a OMPI exerce papel de absoluta relevância na aproximação e harmonização temática. A dificuldade na compatibilização do acesso a medicamentos com as patentes farmacêuticas ocorre diante do fato de que os Estados ignoram que um direito condiciona o outro; e que ambos são necessários para o desenvolvimento progressivo das sociedades.

Reitere-se que a OMPI não se preocupa apenas com os tratados firmados entre os Estados que lhe são signatários, mas com todos os tratados relacionados à propriedade intelectual. Oferece ênfase aos que inter-rela-

⁶ BASSO, ob. cit., pág. 129.

cionam-se com os interesses sociais dos países em desenvolvimento ou de menor desenvolvimento relativo. Assim, realiza estudos e trabalhos sobre o instrumento internacional e procura compatibilizá-lo com as necessidades dos demais países. Da mesma forma, busca orientar e fortalecer os países para que se fortaleçam junto as negociações internacionais.

Em 22 de dezembro de 1995, celebrou acordo com a OMC, o qual formalizou a relação de apoio mútuo. Um dos destaques é a forma como estará disponível a legislação de cada país signatário da OMPI aos membros da OMC e o apoio técnico-jurídico entre as organizações. O fundamento da colaboração é a inter-relação, em que esta tem por motivação o princípio da solidariedade. Solidariedade motivada pela OMPI no exercício de sua atividade de secretaria que busca centralizar a harmonização do tema.

Entende-se por solidariedade, conforme Pedro Buck Avelino:

“Atuar humano, de origem no sentimento de semelhança, cuja finalidade objetiva é possibilitar a vida em sociedade, mediante respeito aos terceiros, tratando-os como se familiares o fossem; e cuja finalidade subjetiva é se auto-realizar, por meio da ajuda ao próximo.”⁷

Justifica-se a solidariedade entre os Estados diante das diferenças de competências desenvolvidas; no sentido de que um Estado contribua para com outro naquilo que tem maiores condições e conhecimento, funcionando como uma permuta de competências, ainda que o fundamento seja o crescimento econômico do comércio internacional.

O princípio da solidariedade faz-se necessário porque as expectativas dos países desenvolvidos – quanto ao comércio internacional – são semelhantes; por sua vez, as dificuldades dos países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo também são semelhantes; e, ainda, a conjugação, na ordem internacional, dessas expectativas e dificuldades, é natural da globalização da economia, uma vez que os países não conseguem atuar isoladamente.

Após discorrer-se sobre a OMPI, no âmbito da ONU, necessário esclarecer o posicionamento do TRIPS, na esfera da OMC, sobre a proteção da propriedade.

⁷ AVELINO, Pedro Buck. *Princípio da solidariedade: implicações históricas e sua inserção na Constituição de 1988*. In Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 53, out/dez, São Paulo: RT, 2005, pág. 228.

3. O Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio

O TRIPS é composto por normas substantivas, de procedimentos e de resultados. As normas substantivas são os padrões mínimos de proteção que devem servir de parâmetro aos signatários para a proteção do direito as patentes farmacêuticas. As de procedimento são as que instrumentalizam as primeiras, ou seja, correspondem as normas nacionais referentes à proteção do direito patentário, que devem ter as substantivas como objeto de observação. E as normas de resultado são as que determinam a compensação ao titular da patente farmacêutica diante da afronta ao direito de uso exclusivo, como indenização.⁸

Estabelece o TRIPS, quanto à proteção dos direitos de propriedade intelectual, no artigo 7º que:

“A proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações”.

Os Estados signatários comprometem-se a usar a inovação tecnológica para o fomento do direito da propriedade intelectual, para a transferência de tecnologia e para o incremento do bem-estar social e econômico. Observe-se que uma vez mais o aspecto social acompanha ou é acompanhado pelo econômico. Isto acontece em decorrência da necessária análise sistêmica e pela inter-relação entre os temas.

No item 2, do artigo 8º, faz-se relação entre o direito as patentes farmacêuticas e o da saúde pública:

“2. Desde que compatíveis com o disposto neste Acordo, poderão ser necessárias medidas apropriadas para evitar o abuso dos direitos de propriedade intelectual por seus titulares ou para evitar o recurso a práticas que limitem de maneira injustificável o comércio ou que afetem adversamente a transferência de tecnologia”.

Tem-se neste dispositivo exatamente a inter-relação dos temas. Não se trata de uso razoável ou ponderável entre os direitos, mas sim de uso do

⁸ BASSO, ob. cit., pág. 192.

direito de propriedade condicionado ao atendimento do interesse social, que é o acesso a medicamentos.

É possível a patente farmacêutica sobre “qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial”.⁹ Não é necessário que tenha aplicação mercadológica, basta ser possível a comercialização.

As patentes farmacêuticas, com fundamento no princípio de não-discriminação, devem estar disponíveis no local de invenção, no setor tecnológico e independente do objeto da invenção ser importado ou produzido localmente.¹⁰ Trata-se de uma proteção ampla e necessária, caso contrário, a simples alegação de que o uso estaria destinado a um outro segmento, por mais semelhante que o do setor originário, justificaria a quebra do direito à exclusividade.

Exceções podem ser estabelecidas ao direito pelos países em relação a métodos diagnósticos, terapêuticos e cirúrgicos para o tratamento de seres humanos ou de animais e plantas e animais.

A patente farmacêutica concede ao titular direito exclusivo sobre a inovação que afasta o uso não autorizado por terceiros. O titular adquire poder para ceder ou transferir por sucessão e realizar contratos de licenciamento.¹¹ O direito à exclusividade apenas poderá ser exercido após ser registrado e após a devida divulgação da invenção.¹² Mas a exclusividade está condicionada ao não confronto com a exploração normal, não prejuízo aos interesses do legítimo titular e não prejuízo, de forma não razoável, aos interesses legítimos de terceiros.¹³

A devida divulgação da invenção compreende o princípio da publicidade e da transparência, o qual obriga o inventor expor, em detalhes, a invenção, quando do registro. É desta forma que obtém o direito à proteção, conseqüentemente à exclusividade. As informações confidenciais, desde que justificadas, podem ser salvaguardadas pela não divulgação. Contudo, o direito à proteção das informações não divulgadas não é absoluto, estando,

⁹ Artigo 27.1, 1ª parte.

¹⁰ Artigo 27.1, 2ª parte.

¹¹ Artigo 28.

¹² Artigo 29.

¹³ Artigo 30.

também, condicionado aos interesses sociais, com destaque para a produção de genéricos.

Observe-se também que no âmbito da OMC, assume papel de alta importância o Sistema de Solução de Controvérsias, o qual interpreta e coloca em prática o direito dessa Organização, bem como o TRIPS. Como exemplificado no Capítulo anterior, as decisões desse Sistema estabelecem a eficácia dos dispositivos do TRIPS, de forma favorável ao acesso a medicamentos desde que obedecidos os requisitos estabelecidos.

Atualmente, o elemento enfraquecedor da eficácia do TRIPS são os acordos firmados fora do âmbito da OMC. Estes acordos, conhecidos como TRIPS-plus, normalmente por iniciativa dos Estados Unidos, elevam a proteção para a propriedade intelectual, dificultando o acesso a medicamentos junto aos Estados signatários.

Ocorre que os países signatários dos TRIPS-plus devem reconhecer que no âmbito interno, diante mesmo da proteção firmada, na ordem internacional, por outros tratados e declarações, permanecem responsáveis pelo acesso a medicamentos, eis que espécie do direito à saúde. A responsabilidade é mais extensa diante do compromisso que possuem com o desenvolvimento de suas sociedades. Passa-se, então, a análise dos Acordos TRIPS-plus.

4. A problemática relação do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio com os tratados bilaterais e regionais

O Acordo TRIPS estabelece um patamar mínimo de proteção ao direito as patentes farmacêuticas, o qual deve ser absorvido pelos países signatários. A incorporação promove a proteção das patentes de forma mais harmônica e permite que os países signatários atuem com maior liberdade no estabelecimento da necessária inter-relação com outros direitos inerentes as suas respectivas realidades. Dentre esses direitos tem-se o acesso a medicamentos e o desenvolvimento sustentável (em geral interesses sociais).

Ocorre que os Estados Unidos, com destaque, promovem o convencimento, embasado na influência e dependência econômica, sob os países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, para que firmem, de forma bilateral ou multilateral, acordos que estendam a proteção do direito as patentes farmacêuticas firmado no âmbito da OMC, através do TRIPS.

Estes acordos acarretam o afastamento das negociações no âmbito da OMC e da OMPI, deixando estas organizações de serem parâmetro internacional. Por outro lado, tem-se o engessamento dos países menos favorecidos economicamente, eis que diante do alargamento da proteção ao direito as patentes farmacêuticas, tem-se, automaticamente, a redução da liberdade de conjugar essa proteção com temas inter-relacionados, como o acesso a medicamento.

Esta diferença de concepção altera o tratamento legislativo sobre o tema, assim como o tratamento oferecido aos direitos humanos pelos países em desenvolvimento. A diferença é perceptível porque voltá-se para a redução, a qual em matéria de direitos humanos é proibida, em virtude do princípio da progressividade.

Com esta prática, ocorre o subjuízo dos trabalhos realizados pela OMPI e pela OMC. Estes novos acordos reduzem ou mesmo eliminam as flexibilidades existentes no TRIPS. Além de desprezar as diretrizes da OMC (TRIPS) que não correspondem apenas ao comércio, contrariam, também, no caso brasileiro, as diretrizes constitucionais para a consecução da realização dos direitos fundamentais. Reduzem, ainda, o alcance de uma ordem econômica que propicie o desenvolvimento sustentável para a realização da justiça social.

Estes acordos abrangem a proteção do direito as patentes farmacêuticas podendo determinar a extensão do prazo de uso exclusivo, conforme já ocorre entre Estados Unidos e Chile e Estados Unidos e Singapura; relação entre patentes farmacêuticas e registro de medicamentos genéricos antes da expiração do prazo de proteção, cuja proposta já tem sido utilizada pelos Estados Unidos, inclusive na última versão proposta para a Área de Livre Comércio das Américas – ALCA; proteção dos dados para proteção do registro sanitário, em que, novamente, estende-se a proteção por meio de uma exigência administrativa, dificultando enormemente a fabricação de genéricos; e, restrições para o uso das licenças compulsórias contrariando o TRIPS e a Declaração de *Doha*.

Nesta nova conjuntura, os países desenvolvidos trabalham sob três premissas: a) buscar fóruns diversos da OMPI e da OMC para que possam criar uma nova agenda de propriedade intelectual, no sentido de extinguir as flexibilidades do TRIPS; b) buscar a não violação do que até então foi celebrado junto à OMPI e à OMC para evitar disputas frente ao seu sistema de solução de controvérsias, o qual contraria os interesses dos novos acordos;

e c) manter a nova agenda como proteção mínima, ou seja, deslocando o patamar da proteção mínima do TRIPS para estes novos acordos.

Informa Maristela BASSO, quanto ao compromisso assumido junto ao Acordo TRIPS, que:

“Durante o período de negociações do TRIPS (1986-1993 ficou entendido que se os países em desenvolvimento assinassem o Acordo, os Estados Unidos e demais países desenvolvidos abandonariam suas tentativas bilaterais de padronização dos direitos de propriedade intelectual. Parecia indubitável, nesse período, que os maiores representantes dos países desenvolvidos (EUA, Comunidade Européia e Japão) concebiam o TRIPS como o nível máximo de obrigações a ser observado pelos Estados – Membros da Organização Mundial do Comércio – OMC)”¹⁴.

Não se justifica a atitude dos países que estabelecem estes acordos, visto que o TRIPS corresponde apenas a um patamar mínimo de proteção, restando aos países o estabelecimento de limites que pretendem avançar nessa proteção. Desta forma, ao contrário de outros temas do comércio internacional, que passam por um processo de desregulamentação, a propriedade intelectual passa por uma nova situação que é a da re-regulamentação, por meio da nova agenda criada principalmente pelos Estados Unidos, por meio dos TRIPS-plus.

Os países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo assumem uma dupla responsabilidade, uma vez que admitem essa forma de contratação ignorando as implicações frente ao TRIPS e frente as suas respectivas ordens nacionais, já que o efeito imediato é uma rigidez do sistema de proteção do direito as patentes farmacêuticas, o que vem a tornar ainda mais complexa a situação daqueles países frente à proteção dos direitos humanos. Interessante observar que junto ao Conselho Para TRIPS, os países em desenvolvimento combateram o aumento dos padrões de proteção para a propriedade intelectual. Aliás, o Conselho para TRIPS foi o meio pelo qual países da África, em junho de 2001, lançaram fortes estudos relacionados à propriedade intelectual e ao acesso a medicamentos. Em decorrência, no final de 2001, os Membros da OMC concordaram com a Declaração Sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública, assim como aceitaram a revisão do artigo 27.3 (b) do TRIPS:

¹⁴ BASSO, ob. cit., pág. 15.

“Sabe-se que os Estados Unidos fizeram enorme esforço, durante as negociações do TRIPS (e ainda fazem), no sentido de limitar, ao máximo, as possibilidades de licença compulsória, mas não lograram êxito no Conselho Para TRIPS. Contudo, a licença compulsória – TRIPS-Plus – aparece nos FTAS dos Estados Unidos. Exemplo é o Acordo entre Estados Unidos e Singapura no qual a licença compulsória é proibida, exceto em circunstâncias específicas tais como: para remediar atos anticompetitivos, para uso público não-comercial, emergência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência. Se não bastasse, outra restrição aparece neste Acordo, que não está no TRIPS. Estamos nos referindo à restrição expressa no que concerne à transferência de *know how*, contida no Artigo 16.6 (b).iii do referido Acordo de Livre Comércio”.¹⁵

A OMC já reconheceu a situação conflituosa entre os seus dispositivos e os acordos bilaterais e regionais e por isto criou em 1996 a Comissão Sobre Acordos Comerciais Regionais, a qual tem por objetivo analisar o conteúdo e esclarecer as distorções entre os diversos documentos que afetam o comércio internacional. De modo complementar, a OMPI promove debates sobre estes acordos para que os países possam se fortalecer frente a esta realidade do comércio internacional.

No mesmo sentido, a Declaração Inglesa Sobre Direitos de Propriedade Intelectual, de setembro de 2002, reconhece que:

“os países em desenvolvimento não devem ser obrigados a aceitar direitos de propriedade intelectual impostos pelo mundo desenvolvido além dos compromissos que têm para com os acordos internacionais. (...) A maioria dos países desenvolvidos não leva em conta os objetivos de desenvolvimento ao formular suas políticas de propriedade intelectual em base internacional (...). Os países desenvolvidos deveriam abolir a prática do uso de acordos regionais/bilaterais como meio de criar regimes de propriedade intelectual que vão além do TRIPS nos países em desenvolvimento. Estes devem ter liberdade para escolher – dentro dos limites do TRIPS – o grau de rigor que conferem a seus regimes de propriedade intelectual”.¹⁶

¹⁵ BASSO, ob. cit., pág. 40

¹⁶ Publicada no site: www.dhnet.org.br. Acesso em 22 de setembro de 2006.

Percebe-se, infelizmente, que prevalece o aspecto econômico momentâneo oferecido principalmente pelos Estados Unidos aos países em desenvolvimento. A situação pode mudar com os trabalhos de esclarecimento feitos pela OMPI e pela OMC, mas também com a conscientização da sociedade, da esfera política e civil. Estes devem reconhecer a necessária análise sistêmica e a inter-relação entre temas da ordem internacional e da ordem jurídica nacional, em que o ideal é que os tratados firmados no âmbito da OMPI e da OMC servirem de parâmetros para o estabelecimento de outros acordos internacionais. Isto porque esses tratados já vislumbram a proteção da saúde pública e para tal estabelecem flexibilidades as próprias regras das organizações.

A sistemática dos acordos bilaterais e multilaterais além de romperem com a proteção do direito ao acesso a medicamentos, como direitos humanos, rompe com a construção da ordem internacional, a qual tem por fundamento o princípio da solidariedade. O rompimento desta construção acarreta o descrédito aos trabalhos firmados no âmbito das organizações.

Em virtude dos acordos TRIPS-plus é que se questiona, com maior ênfase, se a OMC possui eficácia junto as sociedades dos Estados signatários, eis que para estas a impressão que fica é a de que a OMC preocupa-se tão-somente com o comércio internacional, sendo apontada, erroneamente, como responsável pela ineficácia do acesso a medicamentos junto as ordens jurídicas nacionais. É o que se procura responder a seguir.

5. A Organização Mundial do Comércio como uma infeliz retórica?

A sociedade, por falta de conhecimento do contexto histórico da proteção ao direito internacional da propriedade intelectual, diante do problema do acesso a medicamentos, indica a OMC como responsável pela ineficiência. Mas, do que foi descrito até então, a constatação é de que a OMC não possui a responsabilidade que lhe imputam. Aliás, pode-se concluir que a OMC, em conjunto com a OMPI, busca a inter-relação dos interesses do comércio internacional (propriedade intelectual) e os interesses sociais (acesso a medicamentos).

A constatação de que países desenvolvidos buscam reduzir os efeitos dos tratados anexos ao Ato Constitutivo da OMC é uma amostra de que esta não corresponde à retórica para os países em desenvolvimento ou de menor desenvolvimento relativo, muito pelo contrário, corresponde, diante da preocupação, à ameaça aos países desenvolvidos. Se o TRIPS não tivesse

relevância social, não estariam os países desenvolvidos buscando reduzir benefícios e restrições estabelecidos por esse tratado.

Para alguns a solução seria incluir nos tratados firmados junto da OMC a expressão “direitos humanos”, para que esta se relacionasse melhor com esta temática; ocorre que o respeito não depende do uso da expressão, mas sim dos interesses políticos envolvidos e do tratamento que se oferece aos interesses sociais pelos respectivos Estados signatários.

Deve-se perceber que a OMC, como organização internacional, oferece proteção aos direitos humanos, inclusive, uma das mais relevantes proteções, eis que vincula estes direitos ao tema comercial. Indica, ainda, que o direito humano ao acesso à saúde equivale à exceção as regras da OMC, em defesa dos interesses sociais dos respectivos Estados-membros.

É necessário que os Estados reconheçam as suas respectivas responsabilidades; necessário que assumam que o direito internacional da propriedade intelectual corresponde à proteção da vida, já que se inter-relaciona com interesses sociais, como o acesso a medicamentos, impactando sobre o conceito de vida digna.

6. As licenças compulsórias

O TRIPS coloca-se como parâmetro internacional, seja para a saúde pública, seja para as patentes farmacêuticas. Na ordem brasileira este parâmetro condiz com a função social da propriedade. Dentro deste exercício jurídico nacional, existe o trabalho da esfera legislativa para o permissivo das licenças compulsórias. Estas compreendem a possibilidade de suspensão, temporária, do uso exclusivo de uma patente farmacêutica, para o saneamento de problema relacionado à saúde pública (epidemia, redução de preços dos medicamentos ou disponibilidade de um determinado medicamento em um específico mercado).¹⁷ O uso da licença compulsória, sem o consentimento do proprietário da patente farmacêutica, em nome de interesses sociais, pode ser concedido pelo governo nacional a um terceiro ou a um organismo governamental.

Problema relacionado à saúde pública equivale, para a ordem internacional, a uma doença que alcance uma camada relevante da população, o

¹⁷ O Brasil legisla a licença compulsória por meio dos artigos 68 a 74, da Lei n. 9.279/1996.

que acarreta, além de problema específico, também a uma problemática de insegurança pública (epidemia). Equivale, também, a necessidade da redução de preços de medicamentos que não estejam ao alcance da condição financeira da população. E, a disponibilidade do medicamento no mercado nacional, o que se faz necessário, inclusive por conta do preço ou por desinteresse do fabricante ou licenciador sobre o mercado necessitado. Para a ordem internacional, problemas de saúde pública estão relacionados a situações pontuais e não a problemas crônicos.

O artigo 30, do TRIPS, estabelece que o uso das exceções é limitado, já que não pode interferir na exploração normal de um direito sobre patente, nem mesmo prejudicar de forma injustificada os direitos de uso exclusivo. Uma vez mais, tem-se a importância da consecução do acesso a medicamentos pelas vias normais, ou seja, pelo empreendimento de esforços nacionais, por meio do desenvolvimento progressivo e sustentável.

No caso Canadá – *Pharmaceutical Patents*,¹⁸ que corresponde à reclamação das Comunidades Européias contra o Canadá, com fundamento em disposições da lei de patentes farmacêuticas desse país que permitia a reserva de produtos antes da expiração do prazo de uso exclusivo, permitindo, desta forma, a preparação e execução de pedidos administrativos. O mercado em foco era a produção de genéricos e ficou clara a necessidade de fundamentação para o uso da licença compulsória dentro do prazo de exclusividade. O Canadá reconheceu que a lei nacional afrontava o artigo 28:1 do TRIPS, mas que tinha por fundamento o artigo 30 do mesmo acordo, o qual permitia o uso de exceção limitada.

O painel interpretou prioritariamente três elementos do artigo 30: o conceito de exceção limitada, o de exploração normal e a inexistência de prejuízo sem razão ao detentor de patente farmacêutica. A exceção limitada diz respeito ao uso sem prejuízo justificado ao detentor de patente farmacêutica; uma existência de interesses legítimos, nos termos estabelecidos no TRIPS. A exploração normal corresponde ao uso legal dos direitos sobre patentes relacionados ao uso exclusivo por tempo determinado. Considera-se neste elemento a repercussão econômica sobre o inovador. Conseqüentemente, não devem existir prejuízos ao inovador, a não ser que existam justificativas para tal. O painel analisou o primeiro elemento e entendeu que o Canadá não preencheu o conceito de exceção normal, uma vez que a liberdade de

¹⁸ Relatório do Painel. Canadá – Patent Protection of Pharmaceutical Products (“Canadá – Pharmaceutical Patents”), WT/DS114/R, adotado em 07 de abril de 2000.

exploração de produtos genéricos fora do prazo de expiração estaria muito ampla. Diante desta constatação, os árbitros deixaram de analisar os outros dois elementos.

Em que pese relacionar o tema patente farmacêutica e produção de genéricos, a discussão não era o direito ao acesso a medicamentos e a sua contraposição com o direito sobre patentes, mas sim o uso antecipado do conhecimento farmacêutico, ou seja, antes da expiração do prazo de uso exclusivo. Indiretamente é que a discussão leva ao tema acesso a medicamentos, por meio da produção de genéricos, em que este serve de motivação para referida prática do Canadá.

Para que a produção de genéricos, para facilitar o acesso a medicamentos, fosse levada à discussão, as justificativas teriam que ser outras como a necessidade para a proteção da saúde pública, bem como que o uso antecipado representava a única possibilidade momentânea para tal. Ou poderia ter sido argumentada a necessidade de se antecipar o final do prazo do uso exclusivo para que o respectivo medicamento genérico fosse colocado à disposição da sociedade em caráter emergencial. Todavia estas não eram as justificativas, mesmo porque a controvérsia envolveu dois países desenvolvidos. Assim, mesmo que tivessem sido elencadas dificilmente prosperariam diante das condições do Canadá em prover os problemas de saúde de sua população.

O artigo 31 do TRIPS, quanto as licenças compulsórias,¹⁹ estabelece procedimentos para a sua concessão e requisitos mínimos que devem ser atendidos: cada licença deverá ser considerada com base em seu mérito individual; deve haver negociação prévia com o detentor de patente farmacêutica para uma licença comercial justa, exceto em casos de emergência nacional, extrema urgência ou uso público não comercial; o detentor de patente farmacêutica terá direito à remuneração; deve ser concedida para atendimento do mercado local;²⁰ não deve ser exclusiva; deve estar disponível nacionalmente

¹⁹ O TRIPS fala em outro uso sem a autorização do titular, a denominação licença compulsória ou obrigatória é comumente utilizada pelas legislações nacionais.

BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000, pág. 236.

²⁰ As patentes, principalmente na Europa, foram usadas inicialmente para o desenvolvimento da indústria local, através dos conhecimentos que conseguiam agregar. Acreditava-se que o privilégio de titularidade não tinha razão de ser se não fosse explorado localmente. Declarava, em 1907, na seção 27 (2), a Lei de patentes do Reino Unido que as patentes serão concedidas não somente para encorajar novas

a possibilidade de revisão da concessão e das condições de remuneração e nacionalmente o prazo de proteção é de no mínimo vinte anos a contar do depósito. Percebe-se que a licença compulsória presta-se para retomar o equilíbrio do direito à saúde, por meio do acesso a medicamentos.

A decisão – WT/DS 52 (gasolina reformulada), ao interpretar o artigo XX do GATT, entendeu que as disposições deste acordo não podem ser interpretadas isoladamente do Direito Internacional Público, visto que os Estados possuem interesses e obrigações relacionadas à proteção da saúde humana e à conservação dos recursos naturais. Este posicionamento é condizente com todas as regras e fundamentações das exceções existentes. Além do que, indica a necessária interdisciplinariedade dos temas, inclusive da esfera pública e privada (direito as patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos).

Reafirmando a importância das licenças compulsórias, a Declaração de *Doha*, no parágrafo IV, dispõe que cada Membro tem o direito de concedê-las; e tem a liberdade de determinar as razões para tal concessão.

Uma controvérsia surge: pode ser concedida licença compulsória por necessidade local, mas o medicamento ser produzido e importado de outro país com melhores condições de tecnologia, ciência e orçamento, que promova à aquisição por um menor preço?

A possibilidade de concessão para os casos de re-equilíbrio local do direito à saúde, por meio do acesso a medicamentos, é possível (artigo 31 do TRIPS). Em que pese o país necessitado não ter cumprido, ainda, com outras obrigações relacionadas também aos direitos humanos (desenvolvimento progressivo e sustentável na área da saúde),²¹ tem-se em vista o princípio da não discriminação entre bens produzidos internacionalmente com produtos nacionais (artigos 3 e 4 do TRIPS e também da OMC) e a justificativa de estar em risco a proteção do direito à vida, à dignidade e à saúde. Entretanto, a exploração do medicamento deve ser exclusiva para o atendimento do país requerente; o terceiro país colaborador não deve fazer uso da fórmula e dos procedimentos do medicamento. O controle dessa sistemática é difícil, restando ao titular da patente, com o apoio governamental, o monitoramento para eventual acionamento junto ao Sistema de Solução de Controvérsias da OMC ou junto às esferas nacionais.

invenções, mas também para assegurar que estas invenções fossem exploradas em escala comercial no território do Reino Unido.

²¹ Presume-se que o pedido de concessão é para sanar uma dificuldade momentânea que não tenha histórico junto a este país.

Em que pese a possibilidade, os países em desenvolvimento que possuem condições de colaborar com os de menor desenvolvimento relativo, em nome do princípio da solidariedade ou fraternidade, não o fazem. Isto ocorre pelo receio das pressões que podem sofrer dos países desenvolvidos. É a realidade da relação entre países africanos, que poderiam ser ajudados por Brasil e Índia.

Normalmente o tema das licenças compulsórias é colocado em debate diante de um problema de interesse social, demonstrando, desta forma, a omissão ou falha do Estado frente as políticas públicas preventivas voltadas aos interesses sociais (os famosos debates relacionados aos coquetel de combate a SIDA, no Brasil e na África).

Acerca da licença compulsória falta aos países promoverem o seu uso de forma efetiva para que sanem, ainda que parcialmente, dentro das condicionantes internacionais e nacionais, problemas na área de saúde; por outro lado, os países em desenvolvimento, que têm uma melhor condição temporal, orçamentária e científica, em nome dos parâmetros internacionais assumidos e do princípio da solidariedade, devem colaborar com outros países para o acesso a medicamentos.

7. A importação paralela

A importação paralela corresponde à entrada de um medicamento, por meio de importação, em um país, que não é o do seu titular e nem o do seu licenciador. Para a sua realização, faz-se necessária a harmonização do direito à livre circulação de mercadoria com o direito à proteção da propriedade intelectual; novamente a conjugação de interesse público e privado, demonstrando a complexidade do tema. Ocorre que esta harmonia deve considerar também a proteção ao acesso a medicamentos; e assim, o atendimento à função social da propriedade.

Observe-se que a importação objetiva o acesso a medicamentos mais baratos ou não comercializados em uma determinada localidade. E estes objetivos estão vinculados à necessidade de uso dos medicamentos, os quais minimamente estão vinculados ao atendimento de uma necessidade médica. Novamente pela análise sistêmica, tem-se o artigo 27.1 do TRIPS que estabelece que as patentes farmacêuticas estarão disponíveis e os direitos patentários serão usufruídos sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto ao seu teor tecnológico e quanto ao fato dos bens serem importados ou produzidos localmente.

Fundamenta-se no regime de exaustão internacional dos direitos de patente farmacêutica. A consequência maior é que um terceiro país (sem autorização) pode importar o medicamento de um país que já o importa com autorização. A verificação da legalidade da operação depende do regime de exaustão. Em sendo do tipo nacional, o direito de exclusividade cessa com a primeira venda no mercado nacional importador, podendo, por conseguinte, impedir importações sem autorização por outros países. Por sua vez, se for do tipo internacional, cessa a exclusividade com a venda em qualquer país, sendo, inclusive, permitida a importação paralela.

A Lei de Propriedade Industrial nacional, através do parágrafo 4º, do artigo 68, legislou a possibilidade da importação paralela, para a qual: “De um lado, portanto, o titular pode impedir a importação do produto patenteado ou do produto obtido [diretamente] por processo patenteado. De outro, a exaustão de direitos apenas ocorre com relação ao produto colocado no mercado interno. Conseqüentemente, o titular tem o direito de impedir que um terceiro faça a importação não autorizada de um produto, mesmo se o produto foi colocado pelo titular ou com seu consentimento no mercado *externo*. Ou seja, o titular tem o direito de impedir a importação paralela. Contudo, esse direito pode ser exercido apenas na esfera civil, uma vez que o artigo 184 exclui expressamente a importação paralela do rol dos crimes contra as patentes”.²²

O TRIPS como parâmetro de proteção mínimo é omissivo quanto à exaustão internacional, o que deixa depreender que cabe à ordem jurídica nacional a sua elaboração legislativa.²³

Aproveitando-se do esclarecimento entre os conceitos, oportuno o questionamento: pode a exaustão de direito internacional ser utilizada para as patentes farmacêuticas ou estaria restrita a outras espécies da propriedade intelectual como as marcas?

Não há diferenças que justifiquem o uso por uma ou outra espécie apenas dos direitos da propriedade intelectual, mesmo porque possuem proteção legislativa nacional e o mesmo parâmetro protetivo mínimo da ordem internacional,

²² AHLERT, Ivan B. *A Exaustão de Direitos na Propriedade Industrial*. São Paulo: Seminário IDS, 8 de novembro de 2001, pág. 5.

²³ Artigo 6º: “Para efeitos da resolução de litígios ao abrigo do presente Acordo e sem prejuízo do disposto nos arts. 3 e 4, nenhuma disposição do presente Acordo será utilizada para tratar a questão do esgotamento dos direitos de propriedade intelectual”.

que é o TRIPS. Além do que, a proteção de um direito humano deve ser feita de forma complementar e progressiva, sendo impossível a interpretação restritiva. Em não existindo tratado ou norma que, de forma justificável, restrinja o uso da exaustão de direito internacional, não cabe à interpretação a função limitadora. Ora, o TRIPS é absolutamente favorável, dentro de seus objetivos, à proteção dos direitos humanos por meio do comércio internacional, então, a ele não pode ser auferido o objetivo de restringir estes direitos. A exaustão internacional é complementada pela importação paralela de um medicamento patenteado que seja vendido por preço mais favorável em outros países, uma vez que se justifica pela possibilidade daquela. Portanto, em sendo negado para as patentes farmacêuticas a exaustão de direitos internacionais, nega-se também uma outra regra do TRIPS. Assim, a análise sistêmica do TRIPS oferece resposta afirmativa ao questionamento.

Organizações sem fins lucrativos realizam, no Quênia, a importação de versões genéricas de medicamentos antiretrovirais protegidos pelo direito patentário, os quais são importados da Índia. Referida importação não afronta o TRIPS e nem a Declaração de *Doha*, além do que, atende as condicionantes de qualidade, segurança e eficácia.²⁴

A importação paralela, a licença compulsória e também a exaustão de direitos são elementos que permitem ou facilitam o acesso a medicamentos, na tentativa de restabelecer o estado ideal da saúde pública. São elementos com origem na ordem internacional que foram incorporados pela ordem jurídica nacional, dentre outras. Diz-se *restabelecer* porque não equivalem a uma construção voltada à realização do direito ao acesso a medicamentos, mas sim, para, diante de uma situação *sui generis*, devolver à sociedade a saúde a que tem direito.

8. Outras medidas que promovam a concorrência de genéricos²⁵

Estas são validadas pelo artigo 29 do TRIPS. Este dispositivo exige que os depositantes, da fórmula ou do processo, o façam de forma suficiente para que outros países possam fazer uso do conhecimento, transcorrido o

²⁴ Médicos Sem Fronteiras. *Patentes de medicamentos em evidência – Compartilhando experiência prática sobre patentes de produtos farmacêuticos*. Médicos Sem Fronteiras, maio de 2003, pág. 8.

²⁵ Corresponde à fabricação do medicamento nos mesmos termos que o medicamento de referência, através da apropriação legal do conhecimento do fabricante.

prazo de exclusividade ou de forma antecipada, obedecidas as condicionantes. Esta sistemática faz-se necessária, primeiro para que os órgãos de registro tenham condições de proteger, com bases nas informações, a saúde pública; por outro lado, para que ocorra a produção de genéricos, quando necessária e possível.

Constatou-se, anteriormente, a necessidade de um mínimo desenvolvimento orçamentário e científico para que as flexibilidades do TRIPS fossem utilizadas para o *restabelecimento* da saúde pública. Em sede de produção de genéricos, a necessidade permanece, mas de forma mais pontual, já que, em que pesem as vantagens próprias, insuperável a pesquisa e o desenvolvimento do medicamento genérico.

Além dessas preliminares, para a produção de genéricos, tem-se uma nova necessidade, no âmbito nacional, que é o eficaz funcionamento dos órgãos administrativos que colaborem com o acesso a medicamentos e com a proteção dos direitos as patentes farmacêuticas. Sem o condizente funcionamento das esferas administrativas dificuldades surgem para a proteção ou mesmo divulgação das informações registradas sobre o medicamento (artigo 30 do TRIPS – exceção Bolar). Este tema será melhor abordado em item sobre a proteção de informações não divulgadas.

Esta previsão do TRIPS permite a realização e preparo dos meios necessários para a fabricação de genéricos de forma mais célere. Caso contrário, apenas após a expiração do prazo de exclusividade, é que os trabalhos poderiam ser iniciados, acarretando um maior custo e um prolongamento da fabricação e comercialização dessa espécie de fármaco.

9. Declaração de *Doha* sobre o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio e a Saúde Pública

Diante das controvérsias quanto ao alcance das flexibilidades do TRIPS e a forma de interpretá-las, durante a Conferência de *Doha*, no Catar, esse inconveniente foi resolvido pela Declaração de *Doha*, de 14 de novembro de 2001, que confirmou as intenções do TRIPS para a saúde e o estabelecimento de uma regra interpretativa, no sentido de que o TRIPS deve ser usado como parâmetro interpretativo à proteção da saúde, de forma preventiva, antes da necessidade de a questão ser levada ao Sistema de Solução de Controvérsias da OMC ou mesmo para se evitar o uso das flexibilidades. Esta prática preventiva cabe aos respectivos Estados-membros, ou seja, uma vez mais, a norma

apenas transformar-se-á em realidade (com cor e textura, conforme decisão do Órgão de Apelação da OMC citada) a depender das políticas nacionais em respeitarem os interesses não-econômicos. Observe-se que os interesses não-econômicos, no Brasil, compreendem os direitos fundamentais, que possuem origem nos direitos humanos e possuem aplicação imediata.

O preâmbulo da Declaração de Doha estabelece:

“O comércio internacional pode desempenhar papel primordial na promoção de desenvolvimento econômico e na diminuição da pobreza. Reconhecemos a necessidade para todos nossos povos de se beneficiarem das oportunidades e melhorias no bem-estar que o sistema multilateral de comércio gera. A maioria dos Membros da OMC é de países em desenvolvimento. Procuramos colocar suas necessidades e interesses no centro do programa de trabalho adotado nessa declaração. Recordando o Preâmbulo ao acordo de Marraqueche, continuaremos a fazer esforços positivos para assegurar que os países em desenvolvimento, e especialmente os de menor desenvolvimento relativo, tenham participação no crescimento do comércio mundial proporcional às necessidades de seu desenvolvimento econômico. Nesse contexto, maior acesso a mercados, regras equilibradas e bem focadas, programas sustentáveis financiados de assistência técnica e programas para aquisição de capacidade têm papéis importantes a desempenhar”.

A Conferência considerou ainda que cada Membro é competente para determinar o que é situação de emergência. Porém, incluiu como situação de emergência as doenças relativas a SIDA,²⁶ tuberculose, malária e outras epidemias.²⁷

²⁶ “By pure coincidence, the signing of the TRIPS in 1994 corresponded with the global explosion of the AIDS pandemic, the effects of which have been dramatic notably in the poorest countries.” CORIAT, Benjamin; ORSI, Fabienne; D’ ALMEIDA, Cristina. TRIPS and the international public health controversies: issues and challenges. Estados Unidos: Industrial and Corporate Change Advance Access published November 27, 2006, doi:10.1093/icc/dtl029, page 1.

²⁷ LILLA, Paulo Eduardo. *Acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e proteção das patentes farmacêuticas no contexto do Acordo TRIPS (Trade-Related Intellectual Property Rights) – OMC: implicações concorrenciais*. Monografia de conclusão de curso de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado-FAAP, 2006, pág. 38.

Os parágrafos 2º e 3º da Declaração determinam que a noção de um sistema de propriedade intelectual não pode ser vista como algo infalível e apenas funcional, mas sim que deve se submeter à realização do direito humano à saúde.²⁸

Em 30 de agosto de 2003, o Conselho Geral do TRIPS emitiu a Decisão WT/L/540 para implementação do parágrafo 6º, que permite a exportação de produtos farmacêuticos, desde que tenha por base uma licença compulsória e em obediência as condicionantes estabelecidas.²⁹

Transcorrido o tempo desde a Declaração de *Doha*, percebe-se que a dificuldade não é o respeito às flexibilidades do TRIPS, e sim, a capacidade dos países em desenvolvimento ou de menor desenvolvimento relativo em usufruir destas flexibilidades. Dificuldade esta de ordem nacional como a falta de conhecimento tecnológico, científico, de orçamento e de tempo para obter os resultados necessários aos problemas existentes.

Enfatiza-se esta conjuntura nacional diante da já existência de laboratórios estrangeiros atuando na produção de medicamentos genéricos de suas próprias linhas de fármacos. Desta forma, o medicamento que deveria custar menos, acaba não oferecendo ao mercado a redução de preço devida e a independência à tecnologia, ao conhecimento.

Buscou-se, uma vez mais, com a Declaração, um comércio *justo*,³⁰ mas a realidade aponta para uma infeliz verdade, que é a precariedade no tratamento oferecido para algumas doenças ou o desenvolvimento dessas ou de outras doenças:

“Más de 4 millones de personas se contagiaron de SIDA en 2005; El cáncer, considerado como un “problema de ricos”, está aumentando en la población de los países en desarrollo a un ritmo que hace prever

²⁸ SANTOS, Denis Ishikawa dos. Orientador DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos: da Rodada Uruguai à Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública*. Monografia de conclusão de curso de Direito. São Paulo: USP, 2004, pág. 33.

²⁹ “Reconhecemos que os Membros da OMC com insuficiente ou nenhuma capacidade de produção no setor farmacêutico poderão enfrentar dificuldades em fazer uso eficaz de licenciamento obrigatório sob o Acordo de TRIPS. Instruímos o Conselho de TRIPS no sentido de encontrar uma solução expedita para este problema apresentar um relatório ao Conselho Geral antes do fim do ano 2002”.

³⁰ Expressão utilizada pelos informes do site: www.maketrade-fair.org. Acesso em 04 de dezembro de 2006.

que se duplique el número de enfermos en el año 2020, un 60% de los cuales vivirán en países en desarrollo; El número de enfermos de diabetes ha crecido de 30 a 230 millones de personas en los últimos 20 años, la mayor parte de los cuáles vive en los países pobres.”³¹

Reitere-se a importância da compreensão e da atuação voltadas para a realização de políticas públicas que proporcionem desenvolvimento progressivo e sustentável, por meio do respeito ao direito humano e fundamental que é o acesso a medicamentos. Mesmo porque as maiores necessidades e gastos orçamentários, referentes à política sanitária, relacionam-se ao fornecimento de medicamentos.³²

10. Conclusão

O direito internacional da propriedade intelectual equivale à construção internacional de uma das espécies da propriedade mais relevantes, ou seja, dentre as existentes, a intelectual influencia a esfera pública e privada das diversas ordens jurídicas da modernidade; por isto mesmo a maior importância.

Enfoca-se a influência na relação entre patente farmacêutica e acesso a medicamentos. Ora, a patente farmacêutica equivale a uma proteção para a esfera privada, como fonte motivadora para que a iniciativa privada inove através da proteção fornecida. Bem como, o acesso a medicamentos é uma proteção da ordem pública para a sociedade, eis que corresponde à realização de uma espécie de direito social fundamental.

Assim, necessário que o tema, dentro do direito internacional da propriedade intelectual, seja analisado de forma sistemática, ou seja, conjugada e harmonizada. Para que o Estado busque a satisfação do acesso a medicamentos sem o prejuízo das patentes farmacêuticas.

³¹ Farmacéuticas y países ricos impiden el acceso a medicamentos que podrían salvar millones de vidas Estudio obtido no site: www.maketradeair.org. Acesso em 04 de dezembro de 2006.

³² OXFAM. *Patentes contra pacientes*. Estudo obtido no site: www.maketradeair.org. Acesso em 04 de dezembro de 2006. “El coste de los medicamentos representa la parte más importante de los gastos sanitarios de las personas de países pobres. El gasto en productos farmacéuticos se sitúa entre el 10 y el 20 por ciento del total de los gastos sanitarios en los países ricos y entre el 20 y el 60 por ciento en los países más pobres.”

Por outro lado, deve a patente farmacêutica, conforme diretrizes da própria ordem internacional representada pela Organização Mundial do Comércio, oferecer proteção à propriedade, todavia, de modo condicionado à satisfação do acesso a medicamentos. Esta sistemática é executada pelo uso das flexibilidades do TRIPS, com enfoque para a produção de medicamentos genéricos.

11. Bibliografia

- ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual n. 59, jul./ago. 2002. p. 16 – 39, cit. pág. 30.
- AHLERT, Ivan B. *A Exaustão de Direitos na Propriedade Industrial*. São Paulo: Seminário IDS, 8 de novembro de 2001, pág. 5.
- AMARAL JUNIOR, Alberto. *Licença Compulsória e Acesso a Medicamentos nos Países em Desenvolvimento*. Publicado no site: www.islandia.yale.edu/sela/albertoamaral.
- AVELINO, Pedro Buck. *Princípio da solidariedade: implicações históricas e sua inserção na Constituição de 1988*. In Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 53, out/dez, São Paulo: RT, 2005, pág. 228.
- BASSO, Maristela. *Propriedade Intelectual na era pós-OMC: especial referência aos países latino-americanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005.
- O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2000.
- A data de aplicação do TRIPS no Brasil*. In Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2000, v. 8, n. 30, p. 13-22.
- Mercosul e TRIPs: perspectiva legal*. Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, 17. Anais. Rio de Janeiro: Revista da ABPI, 1997, p. 10-18.
- Os fundamentos atuais do direito internacional da propriedade intelectual*. Publicado no site: [www.cjf.gov.br/revista/numero 21/artigo 3.pdf](http://www.cjf.gov.br/revista/numero%2021/artigo%203.pdf). Acesso em 24 de outubro de 2006.
- BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C. *A Moderna Sociedade Anônima e a Propriedade Privada*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Abril Cultura, 1984.
- BUKHARIN, Nikolai. *A Economia Mundial e o Imperialismo*. Tradução de Raul de Carvalho. São Paulo: Abril Cultura, 1984.
- CARVALHO, Patrícia Luciane de. *Patentes Farmacêuticas e Acesso Medicamentos*. São Paulo: Atlas, 2007.

- (coord.) *Propriedade Intelectual Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*. 1º volume. Curitiba: Juruá, 2005.
- (coord.) *Propriedade Intelectual Estudos em Homenagem à Professora Maristela Basso*. 2º volume (prelo). Curitiba: Juruá, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. In Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 7, 1988.
- FURTADO, Celso. *Teoria e Política do Desenvolvimento Econômico*. São Paulo: Abril Cultura, 1983.
- LILLA, Paulo Eduardo. *Acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e proteção das patentes farmacêuticas no contexto do Acordo TRIPS (Trade-Related Intellectual Property Rights) – OMC: implicações concorrenciais*. Monografia de conclusão de curso de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado-FAAP, 2006.
- LOVE, James. *Globalization in a Good Way? What the US/Korea FTA Could Be About*. Artigo publicado, em 27 de março de 2006, no site: www.huffingtonpost.com. Acesso em 30 de março de 2006.
- Médicos Sem Fronteiras. *Patentes de medicamentos em evidência – Compartilhando experiência prática sobre patentes de produtos farmacêuticos*. Médicos Sem Fronteiras, maio de 2003.
- MUSUNGU, Sisule F.; VILLANUEVA, Susan. *Como utilizar las flexibilidades previstas en el acuerdo sobre los ADPIC para proteger la salud pública mediante marcos regionales de cooperación Sur-Sur*. Argentina: Ministerio de Economía, 2004.
- OXFAM. *Patentes contra pacientes*. Estudo obtido no site: www.maketradeair.org. Acesso em 04 de dezembro de 2006.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SACHS, Jeffrey. *As patentes, a SIDA e os pobres*. Jornal Folha de São Paulo, edição de 06 de maio de 2001, p. B5.
- SANTOS, Denis Ishikawa dos. Orientador DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. *Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos: da Rodada Uruguai à Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e Saúde Pública*. Monografia de conclusão de curso de Direito. São Paulo: USP, 2004.
- SILVA, Pedro Souza e. *O esgotamento do direito e as importações paralelas – Desenvolvimentos recentes da jurisprudência comunitária e nacional*. In Direito Industrial, 3º Vol. Porto: APDI e FDL, 07 de março de 2000.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações*. São Paulo: Nova Cultura, 1988.

SOARES, Guido. *Antecedentes internacionais da regulamentação de transferências internacionais de tecnologia*. In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 57, jan/março, 1985, pág. 19-29, citação pág. 28.

SWEEZY, Paul Marlor. *Teoria do Desenvolvimento Capitalista*. Tradução de Waltensir Dutra. São Paulo: Abril Cultura, 1983.

VARGAS, Fábio Aristimunho. Orientadora BASSO, Maristela. *O Direito da Propriedade Intelectual face ao Direito de Acesso a Medicamentos*. Dissertação de mestrado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006, 137 páginas.

ACORDOS DE LENIÊNCIA – BREVE ESTUDO COMPARATIVO

*Bruno De Luca Drago**

I. Introdução

A organização de cartéis historicamente ocorre sob extrema confidencialidade e sofisticação. Mecanismos de comunicação entre empresas envolvidas para acerto de preços, divisão de territórios ou clientela, bem como mecanismos de monitoramento das condições acertadas para ulterior punição, são constantemente aperfeiçoados por essas organizações, muitas vezes até mesmo debaixo dos olhos de autoridades reguladoras.¹

Conseqüentemente, a persecução de cartéis sempre foi marcada pela dificuldade na obtenção de elementos probatórios suficientes que permitissem a condenação de empresas envolvidas nesta prática criminal. Ademais, diferentes padrões probatórios em diferentes jurisdições não contribuem para uma teoria comum em torno do *quantum probatório*; contudo fomentam a discussão através da importação de teorias alienígenas ao direito pátrio.²

Em vista dessas dificuldades em matéria probatória, mecanismos têm sido criados para que se permita persecução das práticas infrativas de maneira mais eficiente, através de duas frentes: a primeira outorgando às autoridades concorrenciais instrumentos investigatórios mais eficientes; a segunda através da criação de incentivos para as empresas envolvidas pisarem a frente e denunciarem seus co-autores. Este artigo se preocupa com

* Bruno De Luca Drago é advogado da área de Direito Econômico de Demarest e Almeida Advogados.

¹ Exemplo disso seria o monitoramento de preços criado pelas empresas de aviação através do Sistema ATPCO (vide Processo Administrativo n. 08012.000677/99-70).

² Por exemplo, nos Estados Unidos, o padrão de apreciação de provas adotado em questões criminais é o padrão do “*beyond reasonable doubt*”. Na Europa, apesar de não se identificar um padrão uníssono entre os países, pode-se dizer que na maioria deles se aplica a mesma teoria que os Estados Unidos. No Brasil tem-se a teoria da persuasão racional na apreciação das provas.

a segunda frente de combate criada, cuja materialização se dá através dos Acordos de Leniência.

II. Concepção e conceito dos Acordos de Leniência

Acordos de Leniência são acordos firmados entre autoridades concorrenciais e empresas privadas³ para extinção da ação punitiva do Estado, no que tange à empresa denunciante, com relação às infrações concorrenciais por ela relatadas. O objetivo desses acordos é a criação de incentivos para que as empresas envolvidas em práticas de cartéis denunciem seus co-autores, trazendo à tona matéria probatória suficiente para a condenação dos últimos, sem que, contudo, reste a empresa denunciante punida civil ou criminalmente por sua parcela na ação.⁴

Acordos de Leniência foram introduzidos em matéria de defesa concorrencial pela primeira vez em 1978, pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos. Seu intuito era o de beneficiar empresas que denunciasses práticas ilegais de cartel às autoridades, outorgando-lhes imunidade. Ao que tudo indica, essa primeira experiência não restou bem sucedida, razão pela qual diversas alterações foram introduzidas até que se chegasse ao atual modelo.

A Europa introduziu o seu programa pela primeira vez em 1996, não obtendo, da mesma forma que os Estados Unidos, muito sucesso na sua primeira investida. Somente quando da reformulação de seu programa para adotar uma legislação mais semelhante ao novo modelo americano é que os resultados se concretizaram.⁵

No Brasil, o Programa de Leniência foi somente introduzido em 21 de Dezembro de 2000, através da Lei 10.149. A introdução desse diploma foi acompanhada da criação ou reforço dos instrumentos investigatórios à disposição das autoridades antitrustes,⁶ assinatura de convênios com órgãos

³ Nada impede que Acordos de Leniência sejam firmados entre autoridades concorrenciais e empresas públicas.

⁴ Vale lembrar que a prática de cartel, bem como outras infrações concorrenciais, é punida criminalmente no Brasil.

⁵ De fevereiro de 2002 a dezembro de 2005, o Diretório Geral de Concorrência da Comissão Europeia recebeu mais 167 aplicações para seu Programa de Leniência.

⁶ A Lei 10.149 ainda outorgou poderes à Secretaria de Direito Econômico para promover busca e apreensão em empresas suspeitas de prática de infrações concorrenciais.

como a Polícia Federal e Ministérios Públicos⁷ e uma mudança na postura das autoridades concorrenciais, que passaram a priorizar a investigação de acordos concorrenciais ilegais em detrimento de inúmeras análises concorrenciais potencialmente inofensivas.⁸

Desde sua criação, o Programa de Leniência brasileiro não passou por nenhuma reformulação. Conforme já verificado nas demais jurisdições, uma reavaliação de suas regras se faz necessária. As dificuldades encontradas para a aplicação do programa em vista de nosso modelo legal, das práticas do meio empresarial local ou do modo de atuação das autoridades concorrenciais devem ser o foco desse necessário reexame.

III. Fatores que contribuem para a eficiência de um Programa de Leniência

Obviamente, um Programa de Leniência só se faz efetivo se o risco de perseguição e condenação de um cartel verificar-se superior aos benefícios alcançados pelo cartel somados aos custos da delação. Assumindo que um Acordo de Leniência firmado não deva gerar multas à empresa denunciante e, portanto, seu custo de delação, a princípio, limita-se aos custos de representação legal, resta saber: (i) a probabilidade de condenação de um cartel, (ii) o valor das multas aplicadas às empresas condenadas, (iii) a possibilidade e efetividade de uma condenação criminal de pessoas físicas envolvidas; e (iv) a possibilidade e o *quantum* decorrente de eventuais condenações a ressarcimentos decorrentes de ações de perdas e danos movidas por seus consumidores.

Com relação ao primeiro item, cabe notar que os instrumentos persecutórios têm sido amplamente desenvolvidos pelas autoridades antitrustes em todo o mundo. A citar o Brasil, instrumentos mais efetivos de investigações começaram a ser usados em 2002, como escutas telefônicas na investiga-

⁷ Esses convenios permitiram ao MP e à Polícia Federal se envolverem diretamente na investigação de praticas criminais através, por exemplo, de escutas telefônicas, a exemplo da atuação do Departamento de Justiça Americano e FBI.

⁸ Essa reformulação da política do SBDC permitiu, através da reinterpretção do critério de faturamento para notificação de operações, criação de procedimentos sumários de análise concorrenciais, acordos entre os órgãos do SBDC para padronizar e evitar análise duplicada, e redirecionamento de recursos financeiros, pessoal e tempo para investigações de práticas anticoncorrenciais.

ção do Cartel dos Postos de Gasolina,⁹ seguindo-se de busca e apreensão organizadas pela primeira vez em 2003, no Cartel das Britas¹⁰ e no Cartel das Linhas Aéreas.¹¹ O fortalecimento desses poderes se deu ainda em razão da cooperação entre as autoridades concorrenciais brasileiras e a Polícia Federal para apuração das infrações, bem como atuações coordenadas com o Ministério Público Estadual e Federal.¹²

Operações de busca e apreensão, mais conhecidas no Direito Comunitário e Americano como *dawn-raids*, têm sido cada vez mais constantes por parte das autoridades concorrenciais mundiais. Essas inspeções são realizadas de forma inesperada e, frequentemente, resultam em conjunto probatório suficiente para a condenação das empresas envolvidas.

Em muitas ocasiões cartéis internacionais são descobertos nessas inspeções e provas que extrapolam a jurisdição *sob judice* são obtidas. Essas provas têm sido compartilhadas entre autoridades internacionais signatárias de tratados de cooperação e podem, muitas vezes, fornecer todo subsídio para uma efetiva condenação. Vale lembrar que o Brasil possui acordos de cooperação com os Estados Unidos, Argentina, Rússia e Portugal, além de constante canal de comunicação com a Comissão Europeia (“CE”). Portanto, a eficiência dos instrumentos investigatórios de outras jurisdições pode influenciar a persecução de cartéis no Brasil.

Com relação ao segundo ponto destacado, o nível de multas aplicadas às empresas condenadas, vale recordar que, durante o ano de 2005, a CE impôs multas a mais de 27 companhias, num total superior a € 588 milhões. Em fevereiro de 2007, a CE impôs a maior multa de sua história às empresas fabricantes de elevadores por práticas de cartel: ThyssenKrupp recebeu uma multa de € 480 milhões, Ottis € 225 milhões, Schindler € 144 milhões e Kone € 142 milhões, num total de € 992 milhões.¹³

⁹ Processo Administrativo n. 08012.002299/2000-18.

¹⁰ Processo Administrativo n. 08012.002127/2002-14.

¹¹ Processo Administrativo n. 08012.000677/1999-70.

¹² Medida Provisória n. 27, de 24 de Janeiro de 2002, transformada em Lei federal n. 10.446, de 8 de Maio de 2002, dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, dentre as quais se inclui a prática de cartel.

¹³ Informações disponíveis no site oficial da Comissão Europeia: http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html

Nos Estados Unidos, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça, autoridade responsável também pela aplicação de penas criminais em matéria de lei antitruste, impôs, durante o ano de 2005, mais de US\$ 600 milhões em multas, incluindo valor de US\$ 4,5 milhões imposto a 22 indivíduos.¹⁴

No Brasil, durante o ano de 2005, 41 empresas foram multadas por práticas de cartel em 3 processos diferentes, tendo sido aplicados níveis de penas variando entre 1% a 20% do faturamento das empresas. Já em 2006, em 5 dos 6 processos nos quais houve condenação, as autoridades aplicaram mais de R\$ 500 mil em multas a 6 empresas.¹⁵ Vale mencionar que dezenas (talvez centenas, como reiteradamente anunciado em 2004 e 2005) de potenciais infrações à ordem econômica encontram-se sob investigação das autoridades concorrenciais brasileiras.

No que tange ao terceiro ponto de análise, processos criminais contra pessoas físicas (geralmente executivos e empregados das empresas envolvidas), vale notar seu aumento significativo durante os últimos anos no mundo, sendo os Estados Unidos o grande responsável por esse aumento. E em 2006, 19 pessoas foram condenadas à prisão. A aplicação de penas criminais neste país tem até mesmo afetado indivíduos residentes em outros países, pois mais de 50% dos processos criminais referentes ao ano de 2005, por exemplo, tiveram como réus empresas não americanas e, em muitos casos, o resultado foi extradição “voluntária” de indivíduos de seus países de origem para cumprimento de penas nos Estados Unidos. Outros países, como o Reino Unido, promoveram recentemente a criminalização de suas leis concorrenciais, possuindo inclusive casos criminais em andamento.

No Brasil, há diversos casos criminais correndo contra empregados ou executivos das empresas condenadas ou sob investigação pela SDE. Diversos indivíduos passaram por transações criminais (instrumentos processuais que permitem a troca de uma pena de detenção por multas pecuniárias) e outros tantos tiveram sua prisão preventiva decretada.

Finalmente, a condenação de empresas envolvidas em cartéis pode gerar uma ação por perdas e danos, intentada por consumidores prejudicados com a prática infrativa. Diante dessa possibilidade, as provas produzidas

¹⁴ Informações disponíveis no site <http://www.usdoj.gov/atr/public/workstats.htm>.

¹⁵ Informações disponíveis no site http://www.cade.gov.br/publicacoes/Relatorio_Gestao_2006_19-04-2007.pdf. e http://www.cade.gov.br/publicacoes/Relatorio_Anual_2005_160306.pdf.

pelas empresas no processo de cartel poderiam, em tese, ser usadas contra si próprias nestas eventuais ações de perdas e danos. Conforme melhor analisado abaixo, o litígio concorrencial ainda é área cinzenta pouco explorada no Direito pátrio.

IV. O Programa de Leniência Brasileiro

O Programa de Leniência Brasileiro é baseado no programa americano, possuindo, conseqüentemente, muitas similaridades com este. Sua previsão encontra-se na Lei 8.884/94, artigo 35-B,¹⁶ regulamentado pela Portaria MJ No. 4/2006. O Artigo 35-B da Lei 8.884/94 estabelece que o acordo deverá ser celebrado entre pessoas físicas ou jurídicas autores de infrações concorrenciais (denominados beneficiários) e a Secretaria de Direito Econômico e resultará, se preenchidos os requisitos formais, na extinção da ação punitiva ou na redução da pena aplicável de um a dois terços ao beneficiário.

Os requisitos que devem ser cumpridos pelas empresas para se qualificarem para uma imunidade total são: (i) a empresa ou pessoa física (“beneficiário”) deve ser a primeira a se qualificar com respeito à infração; (ii) o beneficiário deve cessar completamente seu envolvimento na infração a partir da data de propositura do acordo; (iii) a SDE não deve dispor de provas suficientes para assegurar a condenação das empresas ou pessoas físicas quando da propositura do acordo; (iv) o beneficiário deve confessar sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações; (v) o beneficiário deve colaborar com as investigações de forma a permitir a identificação dos demais co-autores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração e, finalmente, (vi) o beneficiário não pode ser um dos líderes do cartel investigado.

O não conhecimento prévio da infração notificada à SDE¹⁷ cumulado com os requisitos acima mencionados garante à empresa denunciante a extinção da ação punitiva da administração pública em seu favor. Caso a SDE possua conhecimento prévio da infração, existe a possibilidade de redução de um a dois terços das penas aplicáveis.¹⁸

¹⁶ Redação dada pela Lei n. 10.149, de 21.12.2000.

¹⁷ Lei 8.884/94, artigo 35-B, § 4, inciso 1.

¹⁸ Lei 8.884/94, artigo 35-B, § 4, inciso 2.

Vale notar que o Programa de Leniência firmado pela empresa estende-se aos seus executivos ou empregados desde que expressamente previsto desta forma e desde que firmado em conjunto com as empresas.

Caso a empresa pleiteante ao programa não consiga demonstrar ou cumprir com todos os requisitos legais para a outorga de imunidade, o Secretário de Direito Econômico poderá rejeitar a proposta de Leniência. Em decorrência dessa rejeição, todos os documentos fornecidos pela empresa devem ser retornados, sem que qualquer copia seja efetuada pela Secretaria. À SDE é ainda vedada qualquer forma de divulgação a respeito do conteúdo dos documentos fornecidos. Garante-se confidencialidade total, portanto, a essas informações. Ainda, a proposta rejeitada não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

Existe ainda a possibilidade da *Amnesty Plus*, que se trata de um Acordo de Leniência celebrado entre a empresa e a SDE, porém relacionado a outra infração da qual a SDE não possua qualquer conhecimento prévio. A empresa poderá beneficiar-se com redução de um terço da pena que lhe for aplicável naquele processo, sem prejuízo da obtenção de imunidade em relação à nova infração denunciada.

De Acordo com a Portaria No. 4 de 2006, a proposta de celebração de Acordo de Leniência pode ser feita por escrito ou oralmente ao Secretário de Direito Econômico. Tanto a proposta escrita quanto o termo lavrado pelo Secretário decorrente da apresentação oral serão tratados como sigilosos e deverão fazer constar a qualificação completa das partes e sumário dos fatos incluindo o envolvimento da empresa e a identificação dos co-autores da infração.

O proponente pode desistir da assinatura da proposta a qualquer momento, devendo toda documentação lhe ser devolvida, vedado à SDE permanecer com qualquer cópia dos documentos entregues.

V. O Programas de Leniência Europeu e suas atualizações

Recentemente, a União Européia emitiu “Nota sobre Imunidade e Redução de Multas em Casos de Cartel”.¹⁹ Esse novo guia sobre seu Programa de Leniência baseia-se em mais de quatro anos de aplicação de seu diploma

¹⁹ Commission Notice on Immunity from fines and reduction of fines in cartel cases, Official Journal C 298, 8.12.2006, p. 17.

até então em vigor, datado de 2002. As alterações promovidas pela CE visam promover mais diretrizes práticas aos interessados, bem como mais clareza nos seus procedimentos.

Os requisitos para concessão de imunidade foram clarificados para: (i) especificar quais os tipos de informação que devem ser submetidos pelos requerentes para qualificar-se à imunidade; (ii) condicionar a concessão da imunidade ao fornecimento de informações necessárias para as autoridades conduzirem *dawn-raids* de forma mais eficiente; (iii) esclarecer que os requerentes não precisam fornecer de pronto, por ocasião de suas aplicações, informações que poderiam prejudicar a realização de inspeções pela Comissão (o que poderia ser feito através de uma contínua cooperação entre as partes); e finalmente (iv) esclarecer que os requerentes do benefício devem explicitamente revelar sua participação no cartel.

Ainda, no que tange às regras para redução de multas, a revisão visa a (i) flexibilizar o momento em que o requerente deve encerrar sua participação no cartel, (ii) esclarecer que cooperação exige fornecimento de informações apuradas e completas, (iii) explicitar a obrigação de não destruição, falsificação ou ocultação de informações durante o período de consideração da aplicação, e (v) explicitar que a obrigação de contínua cooperação inclui também aplicações para redução de multas.

A Nota emitida pela CE também introduziu um sistema discricionário que estipula que uma aplicação pode ser aceita com base em limitada informação fornecida, sendo que ao requerente é conferido tempo adicional para completar as informações e evidências para qualificar-se à imunidade.

Por fim, a Comissão desenvolveu, para tratar dos litígios cíveis, um procedimento para proteção de declarações corporativas fornecidas em foro de Acordos de Leniência, contra “descobrimento” em ações de perdas e danos cíveis, que prevê a restrição de acesso às declarações, a restrição de seu uso para o procedimento administrativo em questão e a punição para o uso indevido desses instrumentos através de uma revisão judicial das multas aplicadas.

VI. O Programas de Leniência Americano e suas atualizações

O primeiro Programa de Leniência americano, conforme mencionado, data de 1976. O atual diploma data de 1993, e estabelece os elementos necessários para a concessão de imunidade. O Programa estabelece como

condições para essa outorga: (i) desconhecimento da infração no momento da notificação por parte da autoridade; (ii) encerramento da participação na ação criminal por parte da empresa denunciante quando do conhecimento da infração; (iii) completa descrição da infração e cooperação ao longo da investigação; (iv) confissão pela pessoa jurídica e não por indivíduos isolados (nesse sentido, existe ainda, no sistema americano, um Programa de Leniência Individual); (v) restituição às partes prejudicadas pela infração quando possível; (vi) a não caracterização do denunciante como agente coativo à participação de outras empresas, nem tampouco como iniciador ou líder da atividade ilegal de cartel.

O Programa americano prevê ainda mecanismos alternativos para a outorga de imunidade caso haja conhecimento prévio da infração por parte das autoridades, porém insuficientes elementos probatórios para uma punição. Nesses casos a empresa deve (i) ser a primeira a bater às portas das autoridades, (ii) encerrar sua participação na ação criminal quando do conhecimento da infração; (iii) descrever a infração e cooperar ao longo da investigação; (iv) confessar a infração (como pessoa jurídica e não como indivíduo); e (v) restituir danos às partes prejudicadas pela infração quando possível. Por fim, deve concluir a autoridade antitruste que uma concessão de Leniência não restará injusta com relação aos demais envolvidos.

Dessa forma, a imunidade decorrente de Acordos de Leniência, caso outorgada, resultará em isenção total ou parcial (de um a dois terços) da pena aplicada aos demais envolvidos. Somente a primeira empresa denunciante receberá imunidade, se cooperar devidamente com as investigações das autoridades.

Existe ainda possibilidade de um Acordo de Leniência individual no direito americano, que visa a proteger criminalmente executivos ou empregados eventualmente envolvidos na prática criminal, proteção essa outorgada de forma individual e desvinculada à empresa.

Por fim, cabe mencionar que a empresa denunciante que houver recebido imunidade possui ainda o benefício de arcar com “danos simples” em uma eventual ação por perdas e danos julgada procedente contra os membros do cartel. As demais empresas deverão arcar não somente com os “danos triplos” (*treble damages*) previstos na legislação americana,²⁰ como tam-

²⁰ Clayton Act, Seção 4.

bém arcarão solidariamente com os 2/3 remanescentes de responsabilidade da empresa denunciante.

VII. Vantagens e desvantagens do Programa de Leniência Brasileiro

Analisadas as disposições atinentes aos Programas de Leniência, cabe ressaltar dois pontos de destaque. O primeiro diz respeito à clareza das regras com relação aos requisitos legais necessários para a outorga de imunidade total, outorgada ao primeiro signatário do programa. O segundo ponto de destaque seria a *Amnesty Plus* – a possibilidade de redução parcial das multas no processo em questão através da denuncia de um novo cartel (no qual lhe seria também garantido imunidade total). Essa disposição gera incentivos à delação.

Não obstante possa parecer uma regulação suficiente para atender aos fins colimados, algumas falhas ou incongruências legais do Programa de Leniência brasileiro devem ser apontadas. Alguns desses problemas foram relativizados ou resolvidos com a edição da Portaria n. 4 de 2006, que dentre seu escopo tratou de regulamentar a questão da confidencialidade e procedimentabilidade dos Acordos de Leniência.

O primeiro problema identificado se refere ao risco de uma ação criminal contra o beneficiário. Como se sabe, o acordo de Leniência deve ser celebrado entre a SDE, em nome da União e o beneficiário, e uma imunidade total outorgada ao beneficiário cobre tanto a esfera civil como a criminal.²¹ Três são as teorias que corroboram para a incerteza acerca de eventuais imunidades outorgadas.

A primeira estabelece que a Constituição brasileira outorgou poderes ao Ministério Público para persecução criminal de cartéis²² e, portanto, pelo critério de resolução de conflito de normas pela hierarquia, tem-se que o MP não estaria vinculado pela lei ordinária. O segundo risco decorre do fato da SDE agir em nome da União, e portanto vincular tão somente o Ministério Público Federal, e não o Estadual. Finalmente, o terceiro risco seria a menção específica da imunidade criminal com relação à Lei 8.137/90, o que deixaria brecha para persecuções criminais por via de outros diplomas legais, como

²¹ Art.35-B e 35-C – Lei 8.884/94 e Art.61 Portaria n. 4/06.

²² Art. 129, I da Constituição Federal.

e a Lei de Propriedade Intelectual, que tipifica o crime de concorrência desleal.²³

Não obstante a dificuldade técnica, o problema tem sido “contornado” de forma inteligente pela SDE, através da inclusão do Ministério Público Federal e Estadual como signatários dos Acordos de Leniência, renunciando seu direito à persecução criminal. Discute-se ainda se essa renúncia, em se tratando de ação penal pública incondicionada, seria válida. A solução ideal, contudo, se configura um pouco utópica: a promulgação de emenda constitucional e emenda à Lei 8.884/94. Contudo, a forma pela qual Acordos de Leniência têm sido conduzidos parece fornecer nível de segurança jurídica apropriada para que empresas dêem um passo a frente.

Outro problema rotineiramente levantado pela doutrina refere-se à confidencialidade das informações prestadas. Contudo, o problema acerca da confidencialidade foi praticamente solucionado pela edição da Portaria 4 de 2006, que estabeleceu regras e condições claras para a divulgação das informações prestadas.

Um problema que se vislumbra, esse muito mais relevante, refere-se à confidencialidade das informações prestadas em face de eventual ação de perdas e danos. A imunidade outorgada por Acordos de Leniência não cobre ações por perdas e danos subseqüentes, correndo o risco, portanto, o beneficiário, de ter as provas que produziu emprestadas ao juízo civil para quantificação de danos em uma eventual ação dessa natureza. Uma saída para o problema seria, talvez, o tratamento confidencial de toda e qualquer informação com relação ao beneficiário, prevenindo-se, dessa forma, que as informações prestadas sejam usadas contra esse beneficiário.

Alternativamente, poder-se-ia pensar até mesmo de uma “*tupiniquização*” da lei americana. Conforme mencionado acima, danos civis decorrentes de cartéis são devidos, nos Estados Unidos, em triplo pelas empresas condenadas, salvo se a empresa possui acordo de Leniência, situação em que arcará com danos simples e seus co-autores condenados com os restantes 2/3. Por que também não outorgar às demais empresas condenadas no Brasil, responsabilidade pelos danos decorrentes da empresa beneficiária do acordo?

Por fim, deve-se mencionar que somente o primeiro e segundo signatários de um Acordo de Leniência recebem alguma forma de benefício por cooperar com as autoridades, ficando todos os demais membros à mercê de

²³ Lei 9.279 de 14 de maio de 1996.

benefícios e, portanto, sem incentivos para cooperação. Uma não cooperação implica em longo curso processual e gastos relevantes com o processo, tanto por parte da administração pública quanto das empresas privadas. Talvez fosse o caso de se estabelecerem percentuais de redução de multas em conformidade com um critério misto de cooperação e anterioridade.

Com relação a essa questão deve-se ter em mente que o modelo Europeu, que estabelece patamares de descontos em vista da anterioridade das aplicações de leniência e do nível de cooperação dos indivíduos observa, recentemente, mais sucesso que o modelo americano.

Ademais, verifica-se que os níveis das multas aplicadas pela CE têm crescido consideravelmente, sendo maiores que os números aplicados pelas autoridades americanas. Através dessa política de altas multas e consideráveis descontos para empresas que venham a cooperar, a CE estimula cada vez mais empresas a pisarem a frente, haja vista que os resultados a empresas à margem do acordo pode lhes representar enorme revés financeiro.

V. Conclusão

O Programa de Leniência introduzido no Brasil em 2000 possui um formato adequado, mas necessita urgentemente de atualização, como forma de garantir os benefícios de forma ampla e clara, para que dessa forma mais empresas possam dar um passo a frente e apresentar suas denúncias.

Os pontos que merecem maior atenção das autoridades concorrenciais e legisladores são a questão da responsabilidade criminal, a confidencialidade das informações prestadas em vista de um litígio privado para perdas e danos e outorga de maiores e mais claros benefícios a todas as empresas que dêem um passo a frente e cooperem na apuração das infrações.

Somente diante destas alterações, que representam uma garantia maior ao bolso das empresas e aos seus executivos, é que membros de cartéis se sentirão confortáveis para delatar seus co-autores.

O REVERSO DA REGULAÇÃO

Pedro Dutra*

Uma vez eleito, o atual presidente da república prometeu reverter a “terceirização do poder político do Estado”, segundo ele promovida pelo seu antecessor por meio da criação das agências reguladoras.¹ E, desde então, vem cumprindo o seu propósito: a indicação dos dirigentes desses órgãos passou a atender ao interesse partidário do governo, e este cortou as verbas orçamentárias destinadas às agências. Os efeitos recentes dessa linha de ação do governo reavivaram, dramaticamente, o debate sobre a regulação dos mercados.

Em 1928, o arquiteto Anhaia Mello propôs a criação de uma agência (*sic*) para regular a prestação de serviços públicos no município de São Paulo, outorgada a empresas particulares: “A complexidade crescente do problema de fixar preços e *standards* de serviço, trouxe, pois, a convicção de que ao legislativo incumbe fixar princípios e não detalhes; que os estatutos devem ser gerais e não específicos, e que a regulamentação, propriamente dita, deve caber a uma agência efetiva, constituída de peritos capazes de concretizar e aplicar os *standards* legislativos. (...) Todas as outras modalidades de fiscalização – provado está definitivamente – são precárias, meras formalidades ou expressões contratuais sem eficiência, e reduzem-se, afinal, a uma questão

* Advogado.

¹ “De acordo com relato do líder do PTB na Câmara, Roberto Jefferson, o presidente resumiu em uma frase, na reunião com os líderes da base aliada, a sua crítica à atuação das agências reguladoras. ‘*Terceirizaram o poder político do Brasil*’. Segundo o líder do governo no Senado, Aloizio Mercadante (PT-SP), Lula fez referência crítica, além das agências reguladoras, ao número excessivo de empresas que trabalham com consultoria para o governo. Mercadante ressaltou que o governo de Lula tentará ‘*resgatar a inteligência do Estado*’. O líder destacou que as tarifas públicas estão nas mãos de ‘um conselho dessas agências indicadas pelo governo anterior’.

(...) Jefferson disse que Lula não terá dificuldade para rever o papel das agências reguladoras. ‘*Temos absoluta convicção de que as agências estão acima da lei. Trata-se de um poder paralelo e o Congresso não tem competência regimental para convocar seus presidentes*’, disse Jefferson.” in “Lula quer rever papel das agências reguladoras”. José Ramos e Cida Fontes. *O Estado de S.Paulo*, São Paulo, p. B6, 20.02.2003.

de ‘vistos’, ‘conferes’, e carimbos”.² Quatro anos depois, Alfredo Valladão, em seu o projeto revisto do Código de Águas, previu a criação de um órgão regulador para o mercado de energia elétrica, “cercando-o das maiores garantias de competência administrativa e de independência”, e das suas decisões caberia recurso exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, e seus titulares teriam os mesmos vencimentos e as mesmas garantias que se conferem aos juizes do Tribunal de Contas (...) varridas quaisquer influências que possam, de qualquer modo, desviá-las de seus fins”.³

² “O problema econômico dos serviços de utilidade pública”, Luiz de Anhaia Mello. São Paulo: Sub-Divisão Gráfica da Prefeitura; 1940. 2ª ed.; p. 216.

Eros Grau data a obra pioneira de Anhaia Mello de 1940, quando em verdade ela é de 1928. (in “Nota sobre o anteprojeto de lei atinente às agências”. EROS, Roberto Grau. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v.1, n.4, out./dez. 2003. p. 112; e, também, in” *La régulation au Brésil*. Eros Roberto Grau. In “Droit de la regulation, service public et integration regionale”. Gerard Marcou e Franck Moderne (dir.). Paris: L’Harmattan, 2006). Como aqui citado, a proposta de Anhaia Mello é anterior em doze anos: 1940 é a data da segunda edição, como observa Plínio Branco no prefácio desta edição: “Com notável erudição, impregnado de sadias idéias renovadoras, soube Anhaia Mello empolgar o seu auditório quando, sobre esses assuntos, proferiu uma primeira série de palestras, em 1928, na sede do Instituto de Engenharia, de São Paulo. (...) Essas conferências, enfeixadas em volume, representam até agora, o que de mais valioso tem sido escrito no Brasil sobre tão importante matéria.” *Prefácio*. In “O problema econômico dos serviços de utilidade pública”. Conferencias realizadas no Instituto de Engenharia de São Paulo e no Clube de Engenharia do Rio de Janeiro. Luiz de Anhaia Mello. Prefácio de Plínio Antonio Branco. 2ª. ed., São Paulo: PMSP, 1940. p. 7.

A precisão, sobretudo aqui, é indispensável, pois mostra o pioneirismo da proposta de Anhaia Mello, como notou Plínio Branco. O engenheiro-arquiteto a formulou e foi ela por ele apresentada antes de o instituto das agências reguladoras haver sido disseminado nos Estados Unidos, o que ocorreu depois da grande depressão de 1929, e como um dos meios de superá-la. Veja-se o monumental trabalho de Bernard Schwartz, que historia todo o processo legislativo de criação das agências reguladoras nos Estados Unidos, que se seguiram à primeira, *Interstate Commerce Commission*, ainda no século dezanove. “The economic regulation of business and industry: a legislative history of U.S. regulatory agencies” – 5 vls. Bernard Schwartz ed. New York : Chelsea; R. R. Bowker, 1973. Entre nós, veja-se a insuperada obra de Alberto Venâncio Filho, que historia a intervenção do Estado na economia. A proposta de Anhaia Mello precede também a ascensão de Vargas ao poder, e a conseqüente afirmação de um regime político autoritário, no qual teria lugar a reação à proposta de Anhaia Mello.

³ “Regime Jurídico das Águas e da Indústria Hidro-Elétrica”; Alfredo Valladão. São Paulo: Prefeitura Municipal de São Paulo; 1941. p. 139 e 148.

Já àquela altura, evidente que os serviços públicos concedidos (todos eram então prestados sob esse regime) deveriam ser regulados por critérios técnicos, aplicados por órgãos especiais da administração, as principais questões relativas ao regime legal de regulação foram superiormente enfrentadas e equacionadas pela doutrina nacional, versada nas fontes estrangeiras contemporâneas.⁴ Entre outras questões, a natureza especial dos órgãos reguladores, distinta daquela dos órgãos ordinários da administração pública; a independência orçamentária, hierárquica e decisória a eles necessária assegurar, que os pusesse a salvo da ação partidária do governo; a habilitação técnica como pressuposto à indicação de seus titulares e a estipulação de mandatos a seus titulares. Ou seja, as garantias que os permitisse buscar garantir aos usuários prestação dos serviços públicos, atendidos os princípios de razoabilidade de preços e de universalidade, reprimindo o abuso do poder econômico.

Fixadas essas questões, a discussão doutrinária desdobrou outra, essencial: a forma e o limite da intervenção do Estado na vida econômica do país, que o regime autoritário de Vargas, afirmado com o golpe de estado de 1937 e estruturado com a Carta daquele ano, prontamente resolveu: ouvido o seu maior jurista, Francisco Campos,⁵ o governo “ *julgou de melhor aviso*

⁴ Em especial, com o aprofundado estudo da doutrina norte-americana, aqui pouco conhecida, como dão nota os trabalhos pioneiros Valladão e Anhaia Mello e de Francisco Campos.

⁵ Francisco Campos, em artigos publicados na primeira metade da década de 1930, analisou a intervenção democrática do Estado na economia, sobretudo a norte-americana, (fórmula, a qual, depois, ministro de Vargas, rejeitou) para regular os serviços públicos; dizia, então, com propriedade: “O pressuposto visível da disposição constitucional (1934) era o regime de regulamentação por comissões, único que permite, com plena garantia do poder concedente, o regime de tarifas flexíveis. Sendo o sistema de controle que nos parece convir ao Brasil, particularmente se vingar o dispositivo do projeto constitucional que manda rever periodicamente as tarifas dos serviços públicos concedidos, convém que o conheçamos nos seus pormenores, e, muito especialmente, os defeitos, vícios e insuficiências revelados pela sua prática dos Estados Unidos.” In “Direito Administrativo”, Francisco Campos, 1949. págs. 152-153. Campos referia-se à regra legal do “fair price”, devida aplicar na fixação das tarifas das “utilities”, serviços públicos, cuja definição monopolizou a doutrina e a ação dos órgãos reguladores norte-americanos naquele período. Prosseguindo, sobre a importância dos órgãos reguladores agirem apenas sob critérios técnicos, como órgãos especiais da administração pública, escreveu: “As questões relativas a tarifas de serviços públicos são questões eminentemente técnicas em todos os seus aspectos, envolvem elementos de especialização de vários domínios, do econômico, do tecnológico geral e, especialmente, da tecnologia própria a cada ramo de serviço,

*manter o sistema tradicional de controle dos serviços concedidos pelos órgãos ordinários da Administração*⁶”. E coerentemente, pois um regime autoritário como o de Vargas, no qual o Estado se confundia com o governo federal, e este com a pessoa do seu titular, não poderia admitir órgãos públicos que não fossem subordinados ao comando direto do poder executivo. Órgãos reguladores seriam, exclusivamente, os “*órgãos ordinários da Administração*”. E, assim, foram eles instituídos, sobre o protesto da doutrina.⁷

O modelo democrático de intervenção do Estado inicialmente proposto Anhaia Mello, que prevê a participação equilibrada dos três poderes – o Executivo indicando os titulares dos órgãos, o Legislativo aprovando-os e fiscalizando-lhes a atuação e o Judiciário revendo suas decisões – não encontrou entre nós acolhida no ambiente político e ideológico da década de trinta. A reação que então se ergueu a esse modelo democrático não refletia apenas a fria objetividade política celebrada na proposição do nacionalista autoritário Charles Maurras – política, feita a partir do poder, antes de tudo – *politique d’abord*;⁸ ela revelava também a cristalização autoritária, à es-

e, ainda, problemas de administração especializada. Como conferir-se a um órgão, a cuja competência se acham confiados problemas gerais de administração e de governo, e, portanto, a um órgão que não pode e não deve ser um órgão técnico e especializado, atribuições que envolvem e pressupõem, não conhecimentos gerais, mas especializados, e de uma vez especializados em vários domínios da ciência e da técnica, desde a economia, a que se tem que ir buscar o critério a que deve obedecer o cálculo das tarifas até a engenharia e tecnologia em alto grau especializadas? (...) a Administração precisa de prolongar-se em órgãos especializados, com competência sobre coisas em especial e em particular, e com a função de controlar e decidir, isto é, fazer obra de administração nos setores em que a Administração geral não possa intervir por deficiências de conhecimentos técnicos e especializados. Organizar de outra maneira o controle dos serviços públicos concedidos, o mesmo é que não organizá-lo.”. Idem, *ibidem*.

⁶ *Serviços Públicos Concedidos*, Odilon Braga. In *Revista de Direito Administrativo*; Rio de Janeiro: Renovar; 1983. edição histórica; p. 147.

⁷ Cf. “Agências reguladoras – reforma ou extinção?”. Pedro Dutra. In *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 1, n.3, p 187-208, jul/set. 2003.

⁸ «Mes idées politiques»; *L’age d’Homme*: Suisse; 2002. p. 155. Charles Maurras era lido por expressiva parcela da intelectualidade brasileira. Não por acaso, Oliveira Vianna, ao lado de Francisco Campos, um dos artífices ideológicos do regime Vargas, intitulou de «Problemas de Política Objetiva» a sua obra em que trata das (então) novas, e autoritárias, como as concebia, formas por ele defendidas de intervenção do Estado na ordem econômica. «Problemas de política objectiva». Oliveira Vianna. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1930.

querda e à direita, que então se verificava na Europa e que aqui chegava. Nesse quadro de aberta radicalização, a esquerda via a regulação técnica dos mercados absorvida na titularidade estatal dos prestadores de serviços e assim a sua execução por órgãos reguladores independentes consistia uma inadmissível antinomia, enquanto para direita o governo surgia como o árbitro natural das relações econômicas, o Estado absorvido no governo, formando o *stato-governo*, como o formularam os juristas italianos na década de trinta,⁹ não havendo sentido cogitar-se de órgãos reguladores independentes. A linha que celebrou a concentração de poder na pessoa do presidente da República, e assim subordinou o interesse do Estado à vontade do governo, foi incorporada sutilmente pelo populismo de Vargas, frisando de então por diante a cultura política nacional; e o tempo reduziu, a um núcleo autoritário resistente, os perfis ideológicos antes nítidos e opostos, aproximando as suas formulações jurídicas.

A rejeição a uma regulação independente e técnica, afirmada no regime Vargas, contribuiu decisivamente para estatização dos serviços públicos (ao lado de vários outros setores da economia), iniciada na década de cinquenta e extremada no regime militar de 1964. O esboroamento da prestação estatal dos serviços públicos que se seguiu, em meio à ineficiência e ao malbaratamento de recursos da poupança popular, determinou no primeiro governo Fernando Henrique a re-privatização daqueles serviços,¹⁰ trazendo, novamente, o debate sobre órgãos reguladores. Mas o debate ignorou a experiência anterior, reve-

⁹ “Posti i tre problemi ne vengono le tre risposte positive che il fascismo ad essi ha dato, e quindi i caratteri più essenziali dello Stato fascista: 1) lo Stato politicamente accentrato, autoritario, gerarchico: ossia lo Stato-governo contrapposto allo Stato parlamentare; (...)”. In “Il fondamento giuridico del fascismo”. Sergio Panunzio. Roma: Bonacci Editore, 1987. p. 185-186.

¹⁰ Note-se que toda a infra-estrutura dos serviços públicos no Brasil começou a ser implantada ainda no Império pela iniciativa privada, alcançando as capitais estaduais e federal, e as cidades maiores dos estados mais desenvolvidos, nas primeiras décadas do século passado. Cf. *Urbanização e modernidade: entre o passado e o futuro (1808-1945)*. Nestor Goulart Reis Filho. In “Viagem incompleta: a experiência brasileira (1500-2000) – A grande transação”. Organização de Carlos Guilherme Mota. São Paulo: SENAC São Paulo, 2000. Veja-se, também, a aguda síntese contida em “Anotações sobre a história do direito econômico brasileiro (parte I: 1930-1956). Egon Bockmann Moreira. Revista de direito público da economia, Belo Horizonte, v.2, n.6, p. 67-96, jun. 2004. Portanto, não é exato falar-se em privatização, senão em reprivatização, a verificada nas duas últimas décadas, assim como em a ela associar o debate e a criação de agências reguladoras.

lando, por parte do governo de então, a inexistência de uma posição definida sobre a reforma da administração pública e a sua inação regulatória, que lhe permitisse formular e propor uma lei geral e leis específicas de maior apuro técnico, capazes de articular a regulação efetiva dos mercados,¹¹ enquanto a oposição àquele governo, e hoje à frente do atual governo, a identificou como um mero item da agenda neoliberal, que não é, ao contrário.¹²

Segundo os autores que apóiam a ementa regulatória do atual governo, os órgãos reguladores seriam uma criação neoliberal a beneficiar o capital e não ao consumidor, pois facilmente capturáveis por aquele; lei que criou as agências não poderia proibir ao presidente eleito demitir os titulares das agências nomeados por seu antecessor, pois não se pode impedir ao novo presidente imprimir, com a escolha de novos dirigentes, a orientação política e administrativa sufragada nas urnas, sob pena de se consistir, em última instância, uma fraude contra o próprio povo; e, sobretudo, o presidente da república seria o dirigente supremo da administração pública, a ele cabendo ditar “políticas públicas”, enquanto as agências reguladoras seriam meras repartições públicas e não órgãos criados por lei especial, deduzida de regra constitucional, revestidas de garantias legais ao exercício da sua função interventora na ordem econômica, tais as de independência decisória, hierárquica, orçamentária, mandatos fixos, etc.

Essa linha de interpretação do regime legal das agências reguladoras é antes partidária, e, em sua essência, remete – involuntariamente por parte de seus defensores, note-se – à formulação jurídica afirmada na década de trinta no governo Vargas, oposta à proposta então feita de se criarem órgãos reguladores independentes do poder executivo. Admitir que o bem-estar da sociedade e a defesa de seus interesses, que animam o Estado, têm no governo, a partir da pessoa do presidente da república, o seu maior intérprete e principal aplicador e que, por essa razão, a ele não se poder negar todos os meios administrativos que lhe permitam ditar “políticas públicas”, é validar, ainda que indiretamente, a hipertrofia do poder executivo sobre o Legislativo, não apenas constringendo-lhe a função legislativa mesma, mas também a sua função de fiscal do poder executivo, de, por exemplo, aprovar indicações, destituir titulares das agências e verificar a atuação delas. Nesse

¹¹ Sobre os equívocos históricos dessa afirmação, cf. *Órgãos reguladores: social-democracia ou neogetulismo?* In “Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres”. Pedro Dutra. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹² Cf. “Agências reguladoras – reforma ou extinção?”. Pedro Dutra. Ob. cit.

contexto, as ações do governo seriam sempre ações primeiramente políticas e mecanicamente converter-se-iam em “políticas públicas” – desde a decisão de critérios técnicos de universalização dos serviços de telefonia ao espaço devido guardar entre as poltronas dos aviões. Portanto, negar curso à vontade do Executivo, à vontade do presidente da república – dirigente supremo da administração pública e formulador máximo de “políticas públicas” – seria negar curso à vontade do povo.

Curiosamente, esse quadro ora defendido, de supremacia incontrastada do poder Executivo concentrada na figura do presidente da República – o dirigente supremo da administração pública – é próximo àquele defendido no regime Vargas por seu maior intérprete, ao justificar a reforma radical dos institutos jurídicos então implantada. Dizia Francisco Campos:

“A construção constitucional da máquina do governo propriamente dita é simples e prática. Toda ela é construída em torno de uma idéia central, favorável à ação eficaz do governo: o governo gravita em torno de um chefe, que é o Presidente da República. A este cabe dar a impulsão às iniciativas dos demais órgãos do governo. O instrumento capital do governo é, porém, a administração. Cumpre, pois, que a máquina administrativa seja regulada segundo o mesmo método que presidiu a organização do governo.”¹³

A contradição, entre a defesa de uma regulação subordinada ao interesse direto do governo – mesmo em sua apresentação atualizada, de o “governo faz a política pública e a agência a executa” – e a regulação técnica e independente promovida pelo Executivo por meio de agências reguladoras independentes, não está apenas na regra constitucional vigente, a dizer que a regulação – a intervenção do Estado na economia – dar-se-á na forma da Lei e sob a fiscalização do Congresso, no âmbito de uma ordem jurídica regida pelo princípio da livre-iniciativa e da livre concorrência: está, sobretudo, na impossibilidade, em um regime político como o atual, em que o presidente da República é eleito para cumprir e fazer cumprir a Lei, de se promover uma regulação técnica na forma da Lei, a salvo da ação partidária do governo, recorrendo-se aos instrumentos próprios da experiência política autoritária.

¹³ *Diretrizes do Estado Nacional – A máquina administrativa*. In “O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico”. Francisco Campos. 3ª. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1941. p. 58.

Das posições ideológicas extremas presentes no cenário político, e das formulações jurídicas daí deduzidas, quando primeiro se pôs no Brasil a questão da regulação dos mercados ainda em 1920 e 1930, restou, de ambas, um resíduo autoritário, esbatidos os matizes ideológicos que os identificavam e os opunham, a permear o debate sobre a fórmula jurídica de intervenção do estado na ordem econômica e sobre a subordinação da administração pública à Lei, que a questão das agências reguladoras independentes revela com nitidez. Esse resíduo autoritário precisa ser criticado e superado, e as formulações jurídicas que nele se inspiram precisam ser revistas, tendo-se em conta a experiência democrática que entre nós se vem afirmando nas duas últimas décadas, pois esse resíduo alimenta o impasse no qual governo e Congresso se acham, na busca de um regime regulatório que atenda ao interesse público, atenda a uma população perplexa e traumatizada ante a crescente e por vezes dramática ineficiência da regulação em curso de determinados de serviços públicos.

Em um regime democrático, como o vigente no Brasil, não é possível promover-se a regulação de mercados de bens e serviços (e não só dos chamados serviços públicos, senão naqueles onde prevalece o interesse público, tais o mercado de capitais e o farmacêutico) estruturando-a com instrumentos jurídicos formalizados em um regime autoritário, que via esses mercados, como toda a ordem econômica, subordinados à vontade do governo – ao seu interesse partidário dominador.¹⁴

Não houve “terceirização da política do Estado”; mesmo incompleto e falho, o quadro institucional regulatório existente deve ser aperfeiçoado e não substituído por um modelo intervencionista autoritário e vencido. Há oito décadas um regime de regulação técnica e independente foi formulado no Brasil e, aperfeiçoado pela experiência de diversas jurisdições, vem sendo

¹⁴ Sombriamente, o sociólogo Oliveira Vianna vaticinava que o Estado brasileiro, mesmo finda a Segunda guerra e com ela os estados totalitários de direita, o de Vargas inclusive, conservaria, sutilmente, traços daqueles regimes políticos: “Nada mais errado supor que, vencidos os povos do grupo totalitário, o Estado irá perder a sua influência, retornando à sua antiga condição meramente policial, às limitações do seu intervencionismo, tal como propugnavam os velhos doutrinadores do Estado Liberal. Não há reversibilidade possível: o Estado continuará afirmando-se cada vez mais neste novo ciclo da história que se vai abrir ao mundo com esta vitória, embora afirmando-se já sem os rígidos métodos dos regimes totalitários.” “Problemas de organização e problemas de direção (o povo e o governo)”. Oliveira Vianna. Rio de Janeiro: Jose Olympio, 1952. p. 174.

sucessivamente adotado nas democracias economicamente desenvolvidas.¹⁵ O meio escolhido pelo governo atual para promover a reversão da suposta terceirização do Estado, somado ao padrão regulatório por ele praticado e sancionado pela omissão do Congresso em devidamente sabatar e aprovar os titulares das agências e as fiscalizar, resultarão na reestatização da prestação de serviços públicos, entre outros, repetindo os sombrios resultados registrados na história recente: novas crises nos serviços regulados e possivelmente novas tragédias.

¹⁵ Entre os exemplos recentes, a tratar da regulação independente, entre outras, as monografias de Alexandre Santos de Aragão, “Agências reguladoras”. Rio de Janeiro: Forense, 2002; Marçal Justen “O direito das agências reguladoras independentes”. São Paulo: Dialética, 2002; e Floriano de Azevedo Marques Neto. “Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico”. Belo Horizonte: Forum, 2005.



CLÁUSULAS DE RAIOS E O CASO IGUATEMI

*Jorge Fagundes**

I – Introdução

Esse artigo analisa os impactos concorrenciais da cláusula de raio empregada pelo Condomínio Shopping Center Iguatemi (Iguatemi) em seus contratos de locação com os lojistas nele instalados. Tal cláusula consiste na proibição, imposta pelo Iguatemi de que estes, enquanto durar a locação, instalem ou mantenham outro estabelecimento (sede ou filial) dedicado ao mesmo ramo de atividade ou ainda ramo assemelhado ao da loja locada, num raio de 2.500 (dois mil e quinhentos) metros, contados do centro do Shopping Iguatemi. Trata-se de uma restrição vertical e, como tal, envolve não somente o mercado de *shopping centers*, mas também o de lojistas que ocupam seus espaços comerciais, que prestam serviços para os consumidores finais.

Como se sabe, as práticas restritivas, ou anticompetitivas, verticais são limitações impostas pelos ofertantes de produtos ou serviços a outros agentes econômicos com os quais se relacionam comercialmente ao longo de uma cadeia produtiva de bens ou serviços – ou seja, sobre as etapas anteriores ou posteriores às suas na cadeia de produção. Nesses casos, as empresas vendedoras (compradoras) tentam impor, às firmas compradoras (vendedoras) de seus produtos ou serviços, determinadas restrições sobre o funcionamento normal de seus negócios, que podem trazer prejuízos à livre concorrência.

Em particular, a maior preocupação das autoridades antitruste é a possibilidade de que as restrições verticais, como contratos de exclusividade, provoquem o fechamento de um nível da cadeia vertical ou a elevação dos custos de acessá-lo. Este fechamento pode levar a expulsão dos rivais,

* Doutor em Economia e Sócio da Fagundes Consultoria Econômica. Esse artigo foi elaborado a partir de Parecer Econômico solicitado pela Advocacia José Del Chiaro e *Shopping Eldorado* e juntado aos autos do PA n. 08012.006636/97-43, em que figuraram como representantes a Associação dos Lojistas de Shopping do Estado de São Paulo e a Procuradoria Geral do CADE e, como representado, o Condomínio Shopping Center Iguatemi.

aumento das barreiras à entrada ou mesmo a redução da intensidade da concorrência efetiva.

No caso em tela, a cláusula de raio equivale à imposição de uma exclusividade espacial ou territorial com implicações para a concorrência inter marcas, já que os lojistas cujos contratos contêm tal cláusula estão proibidos de abrir outro estabelecimento num raio de 2,5 km ao redor do Iguatemi, inclusive em shoppings concorrentes efetivos ou potenciais. Não envolve, portanto, uma exclusividade absoluta ou parcial, voltada para a proibição de que lojistas instalados no Iguatemi abram novas lojas em determinados *shoppings* concorrentes, como no PA nº 08012.009991/98-82 (cláusulas de exclusividade).

Esse artigo está dividido em 2 seções, além dessa introdução. A segunda seção discorre sobre os efeitos anticompetitivos da cláusula de raio utilizada pelo Iguatemi, bem como sobre a ausência de eficiências sociais dela derivadas. Segue-se uma breve conclusão.

II – Efeitos da Cláusula de Raio do Iguatemi sobre a Concorrência

Do ponto de vista da defesa da concorrência, a avaliação da cláusula de raio deve procurar verificar se a mesma produz impactos negativos – ainda que potenciais – sobre a competição no mercado de *shoppings centers* e, sendo esse o caso, se o bem estar dos consumidores é de fato por ela reduzido (ainda que potencialmente).

Essa última possibilidade – a de que o bem estar dos consumidores não seja afetado a despeito da existência de efeitos anticompetitivos – é mediada pela possível existência de eficiências econômicas *sociais* geradas pela referida cláusula, cuja existência, então, torna-se benéfica para o bem estar social.

Em outras palavras, a cláusula de raio – ou qualquer outra restrição vertical – pode, simultaneamente, gerar efeitos anticompetitivos – ainda que não necessariamente intencionais – e eficiências privadas, não obrigatoriamente sociais. No caso em tela, a cláusula implica tanto o fechamento do mercado e a elevação dos custos de rivais efetivos e potenciais do Iguatemi no seu mercado relevante de atuação, como a contenção, segundo o Representado, de condutas *ex post* – oportunistas ou não – redutoras de tráfego no interior do *shopping* por parte dos lojistas nele instalados e, portanto, das externalidades inter-lojas, fato que poderia em tese prejudicar o empreendimento como um todo (eficiência privada).

Supondo a existência de uma racionalidade econômica para o uso de cláusulas de raio outra que não a anticompetitiva, resta ainda saber se ela não reduz o bem estar dos consumidores por meio da diminuição da concorrência não compensada por eficiências que sejam repassadas para os últimos: se esse for o caso, a cláusula infringe a ordem econômica nacional. Dessa forma, não basta alegar e demonstrar que a cláusula de raio é eficiente do ponto de vista privado – se não o fosse, ela não existiria, supondo os agentes racionais –, mas sim demonstrar que a mesma não produz efeitos anticompetitivos ou, produzindo-os, que gera eficiências *sociais* que a justificam.

O leitor deve notar que esse aspecto é frequentemente negligenciado pela literatura econômica, em geral preocupada em verificar se existe uma racionalidade *privada* para a adoção de restrições verticais que não aquela associada ao exercício de poder de mercado. Entretanto, do ponto de vista da legislação da defesa da concorrência nacional e de outras jurisdições, o mais importante é a determinação dos impactos de uma certa restrição vertical sobre o bem estar dos *consumidores*, de modo que a descoberta de que existem argumentos de eficiência privada que podem justificar a conduta é condição necessária mas não suficiente para sua aceitação sob a ótica antitruste.

A rigor, trata-se de um problema semelhante ao observado na análise de atos de concentração horizontais: tais atos podem gerar simultaneamente maior poder de mercado e eficiências privadas, na forma de diminuição dos custos de produção e/ou distribuição. No entanto, somente podem ser aprovados caso tais eficiências sejam sociais no sentido de evitarem aumentos de preços, ou seja, redução no excedente dos consumidores.

II.1 – Mercado Relevante, Participantes do Mercado e Poder de Mercado do Iguatemi

II.1.1 – Características Básicas do Shopping Center

Os *shoppings centers* oferecem, de um lado, espaços comerciais para lojistas, e, de outro, serviços coletivos para esses e consumidores finais, tais como propaganda, segurança, estacionamento, seleção de lojas e de sua composição, ambientação do espaço físico, etc.¹ Tais serviços implicam, entre outros benefícios, a redução dos custos de busca para os consumidores

¹ A definição de *shopping center* (Ver KOTLER, P. e ARMSTRONG, G (1994) Principles of Marketing. New Jersey : Prentice-Hall), que poderia ser traduzida por *centro de compras*, é a de “um grupo de negócios de varejo planejado, desenvolvido, possuído e administrado como uma unidade”.

finais e a maximização de externalidades pelo lado da oferta (reduções de custos, devido ao seu compartilhamento por diversos lojistas) e da demanda (ligadas, por exemplo, ao fato de o consumidor realizar simultaneamente compras de diversas mercadorias distintas e/ou desejar comparar preços de um mesmo produto).

Trata-se de um mercado de dois lados,² na medida em que são espaços destinados a atrair consumidores e lojistas simultaneamente: quanto maior o número de consumidores (tráfego) que freqüentam um *shopping center*, maior o valor potencial do aluguel – tanto na parte fixa, como na variável (baseada em um percentual do faturamento dos lojistas) – de seus espaços comerciais; por outro lado, quanto maior o número e a variedade de lojistas instalados num *shopping center*, maior a sua capacidade de atração de consumidores finais.³

Os *shopping centers* estão, portanto, sujeitos a retornos crescente, derivados de diversos tipos de externalidades positivas. Em particular, existem externalidades de demanda inter-lojas, proporcionados pelo poder de atração de consumidores detido, sobretudo, pelas chamadas lojas âncoras (lojas de departamentos, por exemplo). De modo geral, cada loja produz para as demais um benefício por ela não internalizado, associado aos efeitos do tráfego de seus consumidores específicos sobre as vendas das demais lojas instaladas no mesmo *shopping*.⁴ Além do mais, as vendas de uma loja também dependem dos esforços de vendas – muitas vezes não observáveis – de outras lojas e do próprio empreendedor, fato que pode dar origem a novas externalidades positivas, mas também negativas.⁵

² Rochet, J-C and Tirole, J (2003) “Platform Competition in Two-Sided Markets,” *Journal of the European Economics Association* e Evans, David S. (2003) “The Antitrust Economics of Multi-sided Platform Markets,” *Yale Journal on Regulation*, 30-325.

³ No entanto, a caracterização dos *shoppings centers* como um mercado de duas pontas não deve ofuscar o problema central das cláusulas de exclusividade e raio praticadas por *shopping centers*: o fato de que tais cláusulas podem bloquear ou dificultar o acesso a insumos fundamentais para o negócio dos *shoppings* rivais, a saber, lojas com marcas consolidadas e conhecidas do público-alvo.

⁴ Evidentemente, existem ainda outras fontes de externalidades inter-lojas, tais como a complementaridade e compatibilidade do *tenant mix* e a infra-estrutura e ambientação do *shopping*.

⁵ Por exemplo, os serviços de limpeza do *shopping* e da conservação das outras lojas.

O conjunto dessas externalidades gera não somente economias de aglomeração⁶ e de rede,⁷ mas também problemas de coordenação e incentivos tanto entre lojistas, como entre seu conjunto e o empreendedor. Tais problemas são denominados pela literatura especializada de problemas de produção em equipe ou conjunta.⁸

Neste contexto, o objetivo do *shopping center* é maximizar o valor líquido dessas externalidades, tendo em vista obter o maior lucro e retorno possível de seus investimentos. Para esse último fim, é necessário que o *shopping* internalize o valor das externalidades e promova o alinhamento de incentivos entre as partes dos negócios, por meio de uma série de mecanismos que vão desde a alocação eficiente de espaços por loja até a realização de contratos que estabelecem seus direitos residuais sobre a propriedade dos lojistas (aluguel mínimo e variável, controle sobre decoração e fachada, escolha da agência de propaganda, decisão sobre *tenant mix*, etc.).⁹

⁶ As economias de aglomeração implicam menores custos e um maior tamanho de mercado para as firmas cujas atividades ocorrem num mesmo espaço geográfico, mesmo que as mesmas sejam competidoras. Nesse último caso, existe a possibilidade de que a maior competição anule os benefícios da aglomeração.

⁷ As economias de rede são análogas a economias de escala. Entretanto, enquanto a fonte das últimas reside na tecnologia que molda a função de custo das empresas em um certo ramo de atividades, no caso das primeiras a origem das economias está no lado da demanda, na medida em que a utilidade de um consumidor ao demandar um bem ou serviço aumenta com o incremento do consumo do mesmo (externalidades de consumo). Ver Katz, M. e Shapiro, C (1985) “Network Externalities, Competition, and Compatibility, *The American Economic Review*, Vol. 75, No. 3, pp. 424-440. Deve-se notar que no caso de *shopping centers*, os consumidores finais obtêm uma externalidade de consumo indireta, na medida em que os benefícios que auferem estão ligados ao aumento da base de consumo (que atrai mais lojistas) e não a conexão física direta, como no caso da telefonia. Finalmente, o leitor deve observar que as economias de rede podem estar sujeitas a congestionamentos. No caso dos *shoppings*, esse fenômeno pode ser manifestar, por exemplo, na superlotação do estacionamento ou das “vias de tráfego” de consumidores no seu interior.

⁸ Ver Alchian, A. e Demsetz, H (1972). “Production, Information Costs and Economic Organization”. *The American Economic Review*, Vol. 72, 777-95.

⁹ Ver YUO, T., CROSBY, N. E MCCANN, P. (2003): “The Management of Positive Inter-Store Externalities in Shopping Centres: Some Empirical Evidence. Paper Presented at the European Real Estate Society 2003 Conference Helsinki, Finland. Deve-se notar que, em geral, contratos para a resolução de problemas de produção em equipe implicam um *trade-off*: o aumento do incentivo de uma das partes se dá a partir da redução dos incentivos da outra parte.

No entanto, deve-se notar que do ponto de vista de cada lojista, nem todas as externalidades são positivas. Existem lojas – na verdade, a maioria delas – que são beneficiárias líquidas das externalidades inter-lojas, sendo nesse caso, *free-ridings* em relação as lojas atradoras de tráfego.¹⁰ Não é por outro motivo que as chamadas lojas âncoras ou lojas com marcas renomadas recebem benefícios extraordinários do empreendedor. Pashigian e Gould (1998, p. 115) mostram que:

“mall developers internalise these externalities by offering rent subsidies to anchors and by charging rent premiums to other mall tenants”.¹¹

Segundo os autores, as lojas âncoras recebem subsídios equivalentes a 72% das rendas pagas pelas lojas normais.¹² Evidentemente, cabe ao empreendedor a manutenção do equilíbrio entre as partes, promovendo a internalização das externalidades geradas por determinadas lojas. Em geral, quanto maiores forem as externalidades de tráfego proporcionadas por uma loja, menor a renda que ela deveria pagar ao *shopping center*.

Neste contexto, desde já vale ressaltar um importante aspecto do negócio dos *shoppings centers*: sua rentabilidade depende basicamente de sua capacidade de atrair não somente um conjunto diversificado de lojistas em *diversos* segmentos do mercado de varejo, mas também um sub-conjunto mais restrito, dentro de cada segmento, formado por lojas âncoras e/ou com marcas já reconhecidas pelo público-alvo do empreendimento. São essas as (poucas) lojas que geram fortes externalidades de tráfego.¹³

De fato, estudos mostram que, para o empreendedor, as externalidades positivas inter-lojas superam inclusive o efeito associado ao eventual poder

¹⁰ Ver Gould, D, Pashigian, B. P. e PRENDERGAST, C. (2005). “Contracts, Externalities and Incentives in Shopping Malls”. *Review of Economics and Statistics*, Vol. 87, No. 3, 411-422.

¹¹ Ver Pashigian, B. P. e Gould, D (1998). “Internalizing externalities: the pricing of space in shopping malls.” *Journal of Law and Economics* 41: 115-142.

¹² Em outro estudo, Gould *et alli* (*op. cit.*, p. 411) mostram que:

“On average, anchor stores occupy over 58% of the total leasable space in the mall and yet pay only 10% of the total rent collected by the developer. We argue that this subsidy can only be explained by the externalities created by anchor stores.”

¹³ Assim, note-se que um baixo percentual de lojas com cláusulas de raio pode ser suficiente para reduzir a competição, contanto que esse percentual seja estrategicamente direcionado para lojas chaves dentro de determinados segmentos do mercado de varejo (roupas femininas, por exemplo).

de monopólio detido por cada loja, interessando mais, portanto, a competição entre lojas de um mesmo ramo (e suas externalidades), do que a atração de uma única loja com elevador poder de monopólio (que poderia ser em parte apropriado pelo empreendedor).¹⁴ Como mencionado, tal efeito é tão forte que tipicamente as lojas âncoras – ou com grande reputação – são subsidiadas, sendo o empreendedor compensado por meio da cobrança de rendas mais elevadas dos demais lojistas, receptores líquidos de externalidades positivas (a maior parte dos lojistas num *shopping*).

Como afirmam Gould. D *et alli* (*op. cit.*, p. 413, grifo meu), a partir de amplo estudo em cerca de 2500 lojas em 35 grandes *shoppings* nos E.U.A.:

“Mall owners typically count on anchor stores to generate customer traffic to the mall, and the importance of these externalities is immediately apparent in the summary statistics. *The most striking feature of anchor contracts is that most anchors either do not pay any rent or pay only a trivial amount. 73% of anchor stores pay nothing to the developer, in contrast to 0% for nonanchor stores.*

(...)

Given that the average anchor store takes up 17% of the total space in a mall and there are an average of 3.4 anchors per mall, giving away space to anchors is a very costly endeavor for the developer. Therefore, in order to justify this behavior as rational, it seems likely that the developer is compensating the anchor for generating traffic to the mall, and thereby enabling the developer to charge higher rents for the remaining space.

(...) stores that benefit from the externalities generated by anchors are indeed charged a premium for them, so that the pricing and allocation of space are efficient within the mall.”

II.1.2 – Mercado Relevante

Os serviços prestados por um *shopping center*, não se confundem, com os serviços de locação de áreas para o comércio varejista de rua, como reconhece a própria jurisprudência do CADE. De fato, os consumidores

¹⁴ Ver Brueckner, J (1993), Inter-Store Externalities and Space Allocation in Shopping Centers, *Journal of Real Estate Finance and Economics*, 7, 5–16 e Miceli, T, Sirmans, F e Stake, D. (1988) “Optimal Competition and Allocation of Space in Shopping Centers”. *Journal of Real Estate Research*, vol. 16, n. 1, pp. 113-26.

finais (e os lojistas) obtêm nos *shoppings centers* um produto distinto daquele encontrado nas lojas de rua (ou nos espaços comerciais ofertados em ruas), a saber: segurança, menores custos de busca, estacionamento e oferta, espacialmente concentrada, de uma ampla variedade de produtos e serviços provenientes dos mais diversos segmentos do mercado varejistas, tais como roupas, serviços pessoais, alimentação, entretenimento, etc.¹⁵

Embora existam algumas regiões em centros urbanos (por exemplo, a região em torno da rua Oscar Freire em São Paulo ou da Garcia D’Avila, no Rio de Janeiro) em que tanto consumidores como lojistas se beneficiam, ainda que em menor escala, de efeitos de aglomeração e de rede – a exemplo daqueles propiciados intencionalmente pelos *shoppings centers* – tais regiões não oferecem outros serviços típicos de um *shopping*, – como estacionamento e segurança – além de não disporem, numa área equivalente a de um *shopping* em termos horizontais, da mesma variedade de “lojas” encontradas nesses últimos (incluindo cinemas e praça de alimentação).

Descartada a possibilidade de que o mercado relevante na dimensão produto também inclua as lojas situadas em ruas, mesmo àquelas próximas de um determinado *shopping center*, resta ainda avaliar outras possíveis segmentações. Afinal, existem diferentes tipos de *shoppings centers* – regionais, *outlets*, temáticos, etc. – diferenciados tanto em termos de sua localização espacial (diferenciação horizontal), como em função do *tenant mix* e do número e qualidade dos serviços coletivos que ofertam aos lojistas e consumidores finais (diferenciação vertical). Evidentemente, sem maiores análises, é claro que *shoppings* suficientemente distantes no espaço de diferenciação horizontal e/ou vertical não competem entre si, da mesma forma que, como exemplo extremo, um Fusca não compete com uma Ferrari, embora ambos sejam automóveis.

A jurisprudência do CADE define o mercado relevante em que o Iguatemi se encontra, na dimensão produto, como o mercado de *shoppings centers* regionais de alto padrão, sendo a dimensão geográfica formada pelas zonas oeste, norte da zona sul e oeste da zona central da cidade de São Paulo. Embora possa haver controvérsias sobre a definição do mercado relevante em ambas as suas dimensões, essa questão, ainda que importante sob determinados quadros analíticos,¹⁶ não implica nenhuma distorção significativa para o exame

¹⁵ Ver Voto do Conselheiro Pfeiffer no PA número 08012.009991/98-82, pp.17-20.

¹⁶ No caso em tela, a cláusula de raio do Iguatemi foi vista como concorrencialmente válida pela SDE exclusivamente em função de supostamente existirem, no mercado relevante, quatro outros competidores – Morumbi, Higienópolis, Vila Lobos e Jardim Sul – capazes de oferecer rivalidade efetiva a Representada, na medida em que estão

dos impactos anticompetitivos da cláusula de raio do Iguatemi em modelos de competição com bens verticalmente diferenciados, como se verá adiante.

II.1.3 – Participantes do Mercado e Poder de Mercado do Iguatemi

A tabela de faturamento por área bruta locável e preço por metro quadrado revela diferenças significativas nos valores obtidos por cada *shopping* situado nas zonas oeste, norte da zona sul e oeste da zona central da cidade de São Paulo, fato que, no mínimo, expõe a existência de uma grande distância ente eles nos espaço de diferenciação horizontal e/ou vertical.

Com efeito, a tabela abaixo apresenta as diferenças de preço em termos de índice – tomando-se como base o *shopping* cujo valor do aluguel é mais alto, o Iguatemi, tanto em termos de valor do aluguel por metro quadrado, como em função do faturamento por área bruta locável (ABL) –, bem como a distância cada *shopping* apontado pela SDE como pertencente ao mercado relevante de alto padrão nas zonas oeste, norte da zona sul e oeste da zona central da cidade de São Paulo até o Iguatemi.

Tabela I – Diferenças de Preço e Distância em Relação ao Iguatemi

Shopping	Índice de Preço Valor aluguel	Índice de Preço Fat./ ABL (R\$/ABL)	Distância (em metros)
Villa Lobos	29	35 (5500)	4400
Jardim Sul	34	43 (6700)	7800
Eldorado	38	35 (5500)	1000
Higienópolis	59	67 (10500)	4900
Morumbi	65	52 (8053)	5000
Iguatemi	100	100 (15576)	0

Fonte: Elaboração Própria com base nos dados constantes no Parecer da SDE.

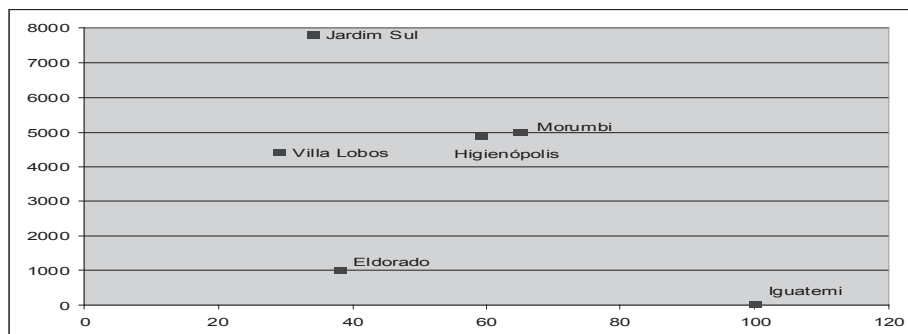
fora do raio de 2,5 km estabelecido pela cláusula. Assim, segundo a SDE, poderia haver prejuízo a um concorrente, mas não a concorrência do mercado relevante por ela definido. Nesse quadro analítico, mudanças na definição do mercado relevante podem ter impactos significativos sobre a análise antitruste. Por exemplo, poder-se-ia verificar que o Eldorado seria o único competidor do Iguatemi no mercado relevante geográfico formado pela região dos Jardins, de modo que a cláusula de raio reduziria a concorrência direta entre os únicos dois competidores no mercado relevante, tal como no caso Shopping D vs. Centro-Norte (PA n. 080012.002841/2001-13).

Observa-se que existem claramente três segmentos de *shopping*, agrupados em relação ao valor dos aluguéis ou do faturamento por ABL, tomado aqui como *proxy* da diferenciação vertical/horizontal:

- (i) o segmento de *high end*, integrado exclusivamente pelo Iguatemi, cuja qualidade vertical ofertada seria a máxima (Smax). Seu preço é 50% maior do que o preço médio da faixa intermediária;
- (ii) o segmento intermediário, formado pelos *shoppings* Morumbi e Higienópolis (Smed), cujo preço médio é 80% maior do que o preço médio da faixa *low end*; e
- (iii) o segmento *low end*, composto pelos *shoppings* Villa Lobos, Jardim Sul e Eldorado (Sbaixa), cujo preço médio é cerca de 34% menor do que o preço do Iguatemi.

Note-se também que o shopping Eldorado é o mais próximo do Iguatemi no espaço de diferenciação horizontal, situando-se a apenas 1000 metros do último. Todos os demais estão a mais de 4 km do Iguatemi, fato que deve ser visto à luz dos conhecidos congestionamentos de tráfego na cidade de São Paulo, que aumentam exponencialmente os custos de transporte/deslocamento dos consumidores finais. O gráfico abaixo permite a visualização do posicionamento dos *shoppings* concorrentes do Iguatemi (ou seja, dentro do mercado relevante produto e geográfico definido pelo CADE) no espaço de diferenciação horizontal e no posicionamento em termos de preços.

Gráfico I – Posicionamento Horizontal (Eixo Vertical) e de Preços (Eixo Horizontal – Iguatemi = 100) dos Shoppings de Alto Padrão Situado nas Zonas Oeste, Norte da Zona Sul e Oeste da Zona Central da Cidade de São Paulo



Fonte: Elaboração Própria a partir da tabela I.

A principal conclusão que dele se extrai é que os *shoppings* mais bem posicionados em termos de diferenciação vertical em relação ao Iguatemi, oferecendo uma qualidade média, encontram-se bastante distantes desse último no espaço de diferenciação horizontal (espaço esse imutável, dado o caráter irreversível da decisão de localização); já os situados no segmento *low end* do mercado estão muito diferenciados face ao Iguatemi horizontal e verticalmente (Jardim Sul e Villa Lobos) ou somente verticalmente (Eldorado).

Concluí-se, portanto, que o poder de mercado do Iguatemi é possivelmente muito superior ao espelhado a partir da avaliação de seu *market share* em termos de faturamento ou receitas de aluguel, na faixa de 30%, seja porque o mercado relevante é possivelmente bem mais restrito em ambas as suas dimensões formadoras (e, portanto, o número de *players* competidores do Iguatemi muito menor do que o suposto pelo Parecer da SDE na caso em tela), seja em função do elevado grau de diferenciação (qualidade vertical e/ou horizontal) do Iguatemi – situado entre os melhores *shoppings* do mundo –, sendo o mercado relevante constituído por bens altamente diferenciados horizontal e verticalmente.

Finalmente, deve-se destacar um elemento que reforça o poder de mercado do Iguatemi, a saber, as vantagens auto-alimentadas de *first-mover*, decorrentes do fato de ter sido – por seus próprios méritos – o primeiro *shopping* de São Paulo, bem como o primeiro voltado para o público da classe A, oferecendo uma qualidade vertical até hoje não igualada por qualquer outro *shopping* em São Paulo e no Brasil. Tais vantagens, aliadas a existência de mecanismos de realimentação (*self reinforcing mechanisms*)¹⁷ de sua posição dominante, inerente ao fato de que lojas voltadas para o público-alvo classe A preferem ocupar espaços comerciais já freqüentados por esse tipo de público – ou seja, *shoppings* já consolidados no segmento de mercado de alto padrão, no caso, apenas o Iguatemi – implica evidentemente em reforço de seu poder de mercado.

Uma segunda e ultima dimensão para a caracterização do poder de mercado do Iguatemi está associada às barreiras à entrada no mercado relevante no qual o mesmo se situa. Cabe notar, em primeiro lugar, que tais barreiras podem ser estruturais ou estratégicas, inserindo-se como exemplo desse último caso a criação de capacidade instalada e mesmo a realização de contratos de exclusividade que dificultem ou elevem os custos de obtenção

¹⁷ Tais como externalidades de rede. Ver ARTHUR, W. (1994). *Increasing Returns and Path Dependency in the Economy*. The University of Michigan Press. Ann Arbor

de ativos necessários a determinação competitividade de novos entrantes por parte dos incumbentes.

No caso em tela, ambas estão presentes. De um lado, a existência de grandes espaços disponíveis para a construção de novos *shoppings centers* na área formada pelo mercado relevante geográfico é cada vez menor, fato que implica a elevação dos custos de entrada ou mesmo, no futuro próximo, o bloqueio de novas entradas, principalmente no contexto de *shoppings* altamente diferenciados verticalmente. Independentemente desse problema, os investimentos associados a construção de um *shopping center* são de natureza afundada, fato que gera barreiras à entrada.¹⁸ De outro lado, o próprio comportamento estratégico do Iguatemi eleva as barreiras à entrada para novos entrantes, na medida em que implica, no mínimo, a elevação dos custos de entrada associados à busca e negociação de contratos (custos de transação) com lojistas cujas marcas são menos conhecidas do público da classe A, aumentando-se, por esse mesmo motivo, o risco do negócio.

Tal comportamento passa pelo fechamento, ainda que parcial, de importantes *insumos* necessários ao reposicionamento e/ou entrada de rivais voltados para a oferta de um “produto” de elevada qualidade, a saber: lojas com marcas já amplamente estabelecidas e conhecidas do público de classe A. Com o acesso a essas lojas bloqueado, *shoppings* rivais que desejem se aproximar do Iguatemi no espaço de diferenciação vertical incorrem, no mínimo, em maior custos afundados para a criação do mesmo nível de qualidade *vis a vis* aqueles que ocorreriam na ausência das cláusulas de raio e/ou exclusividade,¹⁹ fato que pode comprometer o lucro e, portanto, inviabilizar a entrada/reposicionamento.

II.2 – Diferenciação Vertical, Barreiras à Entrada e Efeitos Anticompetitivos da Cláusula de Raio

Como já visto, os *shoppings centers* são diferenciados horizontal e verticalmente.²⁰ A primeira forma de diferenciação é geográfica, estando

¹⁸ Ver voto do conselheiro Pfeiffer no PA n. 080012.002841/2001-13, p. 18.

¹⁹ Isso porque o mercado de comércio varejista de roupas, jóias, artigos de presente, etc. voltados para o segmento de alto padrão é caracterizado no Brasil por um conjunto relativamente reduzido de marcas consolidadas, conforme reconhece a jurisprudência do CADE

²⁰ A estratégia de diferenciação horizontal refere-se a um produto ou serviço preferido por um conjunto de consumidores em particular. Um exemplo típico diz respeito a

associada a uma decisão irreversível de localização e, em geral, *de capacidade* (expressa pela área bruta locável). Por esse motivo, a única dimensão estratégica de diferenciação para os incumbentes – salvo a realização de novos investimentos em outras unidades físicas, possivelmente em locais distintos no mesmo município, fato que demanda investimento afundados significativos e tempo considerável – é a vertical, associada, de um lado, ao perfil e composição das lojas neles instaladas (*tenant mix*) e, de outro, a quantidade e qualidade da provisão de bens coletivos, como propaganda, segurança, ar condicionado e estacionamento.

Desde Hotelling (1929),²¹ uma grande literatura de modelos, baseados em teoria dos jogos, foi desenvolvida. Tais modelos procuram determinar o equilíbrio de mercado – e suas características – associado a estruturas de mercados oligopolizadas com bens diferenciados. Em geral, supõe-se que as firmas tomam decisões de preços e quantidades após as decisões de entrada e localização de seus produtos no espaço de diferenciação. Essas últimas são realizadas a partir da antecipação dos *pay-offs* associados aos preços e quantidades para cada possibilidade de entrada e qualidade dos produtos.

Em particular, nos modelos de diferenciação vertical, a concorrência é analisada fundamentalmente através da disputa do mercado, a qual depende, por sua vez, da relação entre as qualidades disponibilizadas aos consumidores, bem como da renda e sua distribuição entre os últimos. Quanto mais afastadas estas qualidades, maior será o diferencial entre os respectivos preços e menor a concorrência. Quando as qualidades se tornam mais semelhantes, a intensificação da concorrência conduz a uma aproximação dos preços pela redução do preço do bem de maior qualidade.²²

localização geográfica: para um determinado conjunto de consumidores, um certo *shopping – ceteris paribus* – pode ser preferível face a um outro *shopping* simplesmente por estar mais próximo de sua residência ou local de trabalho, fato que implica menor custos de deslocamento. Já a estratégia de diferenciação vertical envolve produtos ou serviços que são preferidos por todos os consumidores em relação aos oferecidos por concorrentes. Ou seja, entre dois produtos de qualidade S_i e S_j , com qualidade $S_i > S_j$, todos os consumidores preferem S_i . Esse somente não monopoliza o mercado (o produto e não as firmas que o ofertam) porque os consumidores podem não ter renda suficiente para adquiri-lo. Ver TIROLE (1988).

²¹ Hotelling, H (1929), “Stability in Competition”, *Economic Journal*, 39, 41-57.

²² Ver GABSZEWICK, J. e THISSE, J.F. (1979): Price Competition, Quality and Income Disparities, *Journal of Economic Theory*, 20, 340- 359; AOKI, R. e PRUSA, T. (1996): Sequential versus Simultaneous Choice with Endogenous Quality,

Supondo-se dada a dimensão horizontal, segue-se que os *shoppings* podem, mediante alguns investimentos (certamente bem inferiores aqueles associados a constituição de um novo empreendimento, supondo a existência de áreas disponíveis em locais apropriados) e no médio prazo, alterar o nível de qualidade vertical por eles ofertados, sobretudo diante de mudanças na renda e/ou na distribuição de renda dos consumidores em sua área de influência, mudanças essas capazes de “abrir” espaços para a co-existência lucrativa de qualidades mais próximas no espaço de diferenciação vertical, dada uma certa região geográfica.²³ Trata-se da efetivação de estratégias de reposicionamento de “marca”, necessárias diante da dinâmica da demanda dos consumidores.

Cumprir notar que, adotando-se a hipótese de agentes econômicos racionais, toda e qualquer estratégia de reposicionamento vertical de um *shopping center* deve ser lucrativa. Caso contrário, não seria realizada. A luz dos modelos de diferenciação vertical, a estratégia de reposicionamento vertical de um certo *shopping* poderia ocorrer a partir, por exemplo, de uma redução da desigualdade de renda ou do aumento da renda média dos consumidores na sua área de influência. Esse fenômeno implicaria um novo equilíbrio de mercado, com a elevação da qualidade de todos os *shoppings*, ainda que a diferença entre os níveis de qualidade ofertados por cada um pudesse se manter constante.

Resta investigar se um bloqueio estratégico a capacidade do Eldorado – único *shopping* afetado pela cláusula de raio – se reposicionar no espaço de diferenciação vertical, aproximando-se da qualidade ofertada pelo Iguatemi, ainda que outros *shoppings* pudessem *em tese* fazê-lo, (posto que, embora estejam fora do raio de 2,5 km estipulado pelo Iguatemi, tais *shoppings* ainda estão restringidos em suas estratégias pela vigência da cláusula de exclusividade) produz impactos negativos sobre o bem estar dos consumidores finais e lojistas (usuários dos serviços do *shopping center*).

No caso em tela, não resta dúvida de que o shopping Eldorado é o concorrente mais próximo do Iguatemi no espaço de diferenciação horizontal e,

International Journal of Industrial Organisation, 15, 103- 121; DONNENFEL, S. e WEBER, S. (1995): Limit Qualities and Entry Deterrence, *RAND Journal of Economics*, 26, 113- 130, e SHAKED, A. e SUTTON, J. (1982): Relaxing Price Competition Through Product Differentiation, *Review of Economic Studies*, XLIX, 3-13.

²³ Ver GABSZEWICK, J. e THISSE, J.F. (*op. cit.*).

por esse mesmo motivo, é o concorrente mais bem posicionado para oferecer rivalidade efetiva para o Representado, constituindo-se numa ameaça real à erosão do poder de mercado por ela detido. De fato, a dimensão horizontal da concorrência, tanto por seu caráter irreversível, como pelos elevados custos de deslocamento dos consumidores em grandes metrópoles, tem um papel preponderante na determinação do grau de rivalidade efetivo ou potencial entre dois *shoppings centers*. Mas dada a localização geográfica dos *shoppings centers*, associada a uma decisão irreversível no momento da fundação do empreendimento, a diferenciação vertical – e os preços a ela associados – torna-se a principal forma de competição.

Com efeito, a diferenciação horizontal define uma relação de competição rígida e imutável: dois *shoppings centers* situados a, por exemplo, cerca de 20 km de um outro num grande centro urbano dificilmente concorrem independentemente de quão próximos estejam no espaço de diferenciação vertical. Por outro lado, quanto mais próximos dois *shoppings centers* estão um do outro geograficamente, maior a ameaça recíproca que representam, pelo menos potencialmente, supondo a ausência de restrições verticais sobre as decisões de localização dos lojistas.

Ora, a aproximação do shopping Eldorado em relação à posição do *shopping* Iguatemi no espaço de diferenciação vertical – por meio de uma redefinição de seu *mix* de lojas, tornando-o mais parecido com o do *shopping* Iguatemi, pela atração de lojas que inicialmente estejam situadas nesse último, por exemplo – implicará maior competição, com redução do poder de mercado (e, conseqüentemente, de lucros extraordinários) do último e benefícios para lojistas e consumidores na forma de menores preços de aluguel (e, possivelmente produtos finais) ou ainda com a maior oferta de serviços coletivos ou redução dos preços desses, tal como o de estacionamento.

Poder-se-ia argumentar que a existência de outros *shoppings* potenciais rivais, capazes de se reposicionarem verticalmente por meio de uma redefinição de seus *tenant mixes* – dado o fato de não serem afetados pela cláusula de raio por estarem a mais de 2,5 km do Iguatemi –, seria suficiente para a manutenção do processo competitivo, motivo pelo qual a cláusula de raio não produziria efeitos anticompetitivos (como afirmado no Parecer da SDE).

Tal argumento, no entanto, seria incorreto. Isso por desprezar o fato de que os demais *shoppings* incluídos no mercado relevante em que o Iguatemi atua estão muito distantes no espaço de diferenciação horizontal – o que implica, tudo mais constante, um menor grau de concorrência, mesmo que a qualidade vertical fosse a mesma.

Com efeito, a existência de custos de deslocamento por parte dos consumidores é o principal fator a impedir que o grau de concorrência oferecido pelos demais *shoppings* de alto padrão, mesmo supondo que os mesmos viessem a se reposicionar verticalmente, seja o mesmo daquele potencialmente associado ao Eldorado. Por exemplo, suponha-se que o *shopping* Pátio Higienópolis implementasse uma estratégia de reposicionamento vertical – adotando-se ainda a hipótese adicional que tal estratégia, dada as características da população em sua área de influência, fosse lucrativa – que o deixasse com um *tenant mix* e uma oferta de serviços coletivos idênticos aos do Iguatemi. Tal situação certamente geraria *algum* efeito competitivo sobre o Representado, na medida em que os consumidores que moram ou trabalham em áreas mais próximas do Pátio Higienópolis e que antes frequentavam o Iguatemi por sua maior qualidade vertical – a despeito dos maiores custos de transporte associados à ida ao último – desviariam sua demanda para as lojas situadas no primeiro.

Mas o reconhecimento desse fato não implica negar que para a maior parte dos consumidores – *justamente aqueles situados na chamada área de influência do Iguatemi* –, o Pátio Higienópolis “renovado” não se constitui numa alternativa ao Representado: o custo de deslocamento para o “novo” Higienópolis continuaria a superar o diferencial entre o preço competitivo e o preço supra normal associado ao poder de mercado gerado pela diferenciação horizontal do Iguatemi. Reside nesse aspecto o caráter especial e único do Eldorado como fonte de pressão competitiva na área de influência do Iguatemi.

Não bastasse afetar a concorrência efetiva, a mesma cláusula de raio implica aumento das barreiras à entrada no mercado de atuação do Iguatemi, posto impedir o posicionamento estratégico adequado dos potenciais competidores que desejassem entrar numa posição mais perto daquela ocupada no espaço de diferenciação vertical pelo Iguatemi, ameaçando seu poder de mercado e com ele competindo mais diretamente a partir de uma escolha de localização geográfica a mais próxima possível do Representado.

II.3 – Ausência de Eficiências

O exame dos autos do processo em tela mostra que o Representado basicamente argumenta que a cláusula de raio se justifica pela necessidade do empreendedor se proteger contra comportamentos oportunistas *ex post* de lojistas, que, na ausência da cláusula, poderiam abrir novos estabelecimentos

na área de influência do Iguatemi. Tal ação implicaria não somente a redução das vendas da loja “original”, com diminuição da receita do Iguatemi obtida por meio da parte variável do aluguel, mas também o *desvio de tráfego* de consumidores para fora do *shopping center*, com conseqüente redução das externalidades positivas inter-lojas e da lucratividade do empreendimento.

O primeiro argumento está associado a um problema eminentemente privado, semelhante a uma situação na qual o comprador de um insumo descobre que seu fornecedor – supondo que a transação com esse não envolva ativos específicos e que o insumo adquirido não tenha sido desenvolvido a partir de investimentos do comprador – também passou a ofertar seus produtos para novos concorrentes *downstream*, fato que implica o efeito indireto de maior oferta de bens finais e, portanto, menores receitas e lucros para o comprador original do insumo. Ou seja, trata-se simplesmente de reconhecer, de modo indireto, que a maior competição entre *shoppings*, inclusive na dimensão vertical, implica menores lucros.

Já o segundo argumento, por envolver externalidades inter-lojas, merece uma discussão mais profunda. Entretanto, já do ponto de vista privado, tal argumento é bastante discutível, posto que a literatura sobre *shoppings centers* aponta para o fato de que a maior parte das lojas “pega carona” nas externalidades inter-lojas geradas pelas lojas de renome e, sobretudo, pelas lojas âncoras. Dessa forma, a maior parte das lojas não seria capaz, por si só, de desviar tráfego para outras regiões: tal desvio seria função da própria abertura de novos *shoppings centers* na área de influência de um determinado *shopping*, isto é, do aumento da concorrência.

Além do mais, se esse fosse realmente o caso (perda de tráfego), pela mesma razão acima apontada, as lojas âncoras ou de grande reputação nacional seriam justamente aquelas em que a cláusula de raio se faria mais necessária; no entanto, são justamente essas lojas, em geral, as isentas de tal cláusula.

Finalmente, observa-se que existem *shopping centers* que não utilizam cláusulas de raio. Se fossem motivadas por razões de eficiências, todos os *shoppings* deveriam adotar cláusulas de raio. Essa situação, na verdade, pode simplesmente indicar que alguns *shoppings* possuem poder de mercado para impor cláusulas de raio aos seus lojistas e outros não, fato que demonstraria que tais cláusulas servem a propósitos anticompetitivos. Segundo Eckert e West (2006. p. 35, grifo meu):

“Finally, it is found that, after controlling for other factors, a chain is more likely to enter both malls when they are both operated by large developers than when one developer is large and the other is small, although this effect on the probability of entering both shopping centers is not large. *This finding is consistent with the hypothesis that large developers use radius restrictions in an anticompetitive fashion, particularly against independent malls and small chains of malls.*”²⁴

II.3.1 – Externalidades, Alinhamento de Incentivos e Contratos de Aluguel

Não se discute que existem externalidades positivas associadas as economias de aglomeração proporcionadas pelas atividades dos *shoppings centers*. De fato, os *shoppings* geram propositalmente efeitos de aglomeração que, antes de seu surgimento, ocorriam espontaneamente em determinadas ruas ou regiões de quase todos os municípios. Nesse último caso, presente até os dias de hoje, tais externalidades não encontram em geral um mecanismo apropriado de internalização, motivo pelo qual a oferta de serviços de coordenação, administração comum, segurança, etc. normalmente não ocorre em aglomerados de lojas em ruas.

Entretanto, o modelo de preços adotado pelos *shopping centers* já se constitui num mecanismo eficaz de internalização das externalidades interlojas geradas pelo empreendimento. De fato, ao cobrarem dos lojistas um aluguel mínimo (parte fixa) e um aluguel variável, determinado por meio de um percentual sobre o faturamento dos últimos, os *shoppings centers* auferem todos os benefícios gerados pelas economias de aglomeração e de rede (pelo lado dos consumidores) geradas pelo empreendimento.

O aluguel mínimo garante o retorno do investimento realizado, caso as lojas não tenham a performance idealizada; já o aluguel variável, indexado ao faturamento dos lojistas, permite a captura dos benefícios associados ao aumento do número de transações num contexto de externalidades positivas. E certamente o contrato de locação, com cláusulas que especifiquem

²⁴ Ver Eckert, A e West, D. (2006) “Radius Restrictions and the Similarity of Neighboring shopping Centers”, disponível em http://zeus.econ.umd.edu/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=IIOC2006&paper_id=179. Deve-se notar, no entanto, que os autores advertem para o fato de que seus resultados podem refletir diferenças não observáveis – no modelo usado – entre empreendedores independentes e grandes grupos construtores de *shoppings*.

claramente os direitos de propriedades das partes – empreendedor e lojistas – é fundamental para garantir que o *shopping* de fato usufrua os benefícios proporcionados pelos seus serviços. Nesse sentido, ao estabelecer direitos residuais sobre o faturamento dos lojistas (sobre o rendimento do ativo), o contrato padrão de um *shopping center* internaliza as externalidades proporcionadas pelo empreendimento.

Além do mais, a estrutura de preço do contrato entre o empreendedor e os lojistas também garante a necessária flexibilidade para o alinhamento de incentivos entre o empreendedor e os lojistas, num contexto de externalidades positivas diferenciadas por lojistas. Com efeito, se o aluguel é determinado mais pela parte fixa (com o estabelecimento de baixos percentuais sobre o faturamento e elevado aluguel mínimo), os incentivos das lojas para a promoção de esforços de venda no interior do shopping aumentam – embora os incentivos para que o *shopping* participe dos esforços de venda diminuam, como resultado da redução do retorno marginal de seu esforço -; se o aluguel é baseado sobre a parte variável (mediante o estabelecimento de um aluguel fixo baixo e de um percentual mais elevado sobre o faturamento dos lojistas), o incentivo do shopping é incrementado (ainda que o dos lojistas reduzido).

A especificação ótima de cada contrato entre o empreendedor e um lojista em particular, equilibrado esses incentivos conflitantes, depende do tamanho das externalidades geradas pela loja. Assim, a discriminação de preço opera como mecanismo de “valorização” das diferentes capacidades de cada loja em atrair tráfego de clientes. Como argumentam Gould, Pashigian, e PRENDERGAST, C. (*op. cit.*, p. 412):

“However, not all stores are alike. The effort of stores such as anchors generates externalities to other stores by attracting customers to the mall. To see how this affects incentives, consider the effect of an anchor store generating more externalities through its sales. This has the straightforward effect that its rent should fall. Yet it is also the case that the marginal return to unobserved actions by the anchor that increases sales should increase. Seen from the perspective of agency theory, the marginal return to anchor effort should go up by increasing its *pay for performance* (through higher thresholds and/or lower sharing percentages).....But we also test an indirect effect. Higher incentives for the anchor reduce the developer’s marginal return to effort. We show that this reduction in incentives for the developer is compensated for by increasing the developer’s share of *nonanchor* sales (lowering

nonanchor thresholds and increasing nonanchor sharing percentages). That is, incentives for the developer are still created, but the burden of stimulating anchor effort is shifted from anchor stores to nonanchor stores. In this way, we show that malls not only achieve an efficient allocation of space, but also design incentive contracts efficiently in response to this.”

Os resultados empíricos do estudo de Gould, Pashigian e PRENDERGAST (*op. cit*) confirmam plenamente as previsões teóricas, ou seja, mostram que os contratos de aluguel na dimensão preço são desenhados para produzir a alocação eficiente de incentivos entre as lojas e entre essas e o empreendedor. Segundo os autores (p. 421):

“All of these results are consistent with our hypothesis. A higher presence of anchors in a mall generates larger externalities., and therefore, anchor effort is stimulated through lower sharing percentages. But this reduces the incentives of the developer, *ceteris paribus*, so contracts with the nonanchor stores compensate for this by increasing the developer’s share of their sales on the margin. In other words, the burden of stimulating the effort of the developer is increasingly placed upon the nonanchor stores when anchor effort is shown to generate more externalities.”

As cláusulas de raio, portanto, são desnecessárias para a internalização das externalidades positivas associadas as economias de aglomeração; caso não existissem, não reduziriam os incentivos dos *shoppings centers* a investirem na sua atividade-fim.

II.3.2 – Comportamentos Oportunistas dos Lojistas e Cláusulas de Raio

Também não se discute que o sucesso do empreendimento *shopping center* depende de esforços conjuntos do empreendedor e dos lojistas. O desenvolvimento do ponto comercial, bem como a provisão de serviços comuns de interesse de todos os lojistas e do próprio empreendedor – propaganda, segurança, estacionamento e ambientação – depende de esforços coletivos, mas centralizados em grande parte na figura do empreendedor.

Nesse sentido, diversas cláusulas do contrato padrão dos *shoppings* com seus lojistas estabelecem direitos e deveres entre as partes, limitando a liberdade de ação de ambas. Na maior parte dos casos, trata-se de cláusulas

eminentemente privadas, posto que dizem respeito somente a restrição que não afetam qualquer interesse difuso, como a concorrência.²⁵

Portanto, esse tipo de comportamento, não necessariamente oportunista, é facilmente eliminado por meio de cláusulas que transfiram parte dos direitos de propriedade dos lojistas para o empreendedor, que recebe direitos de supervisionar o desempenho do empreendimento e tomar atitudes voltadas para a sua maximização. Diversas cláusulas do contrato padrão do Iguatemi delegam direitos de propriedade residuais para o empreendedor, tais como determinação do *tenant mix* e escolha da agência de publicidade. Enfim, inúmeras cláusulas dão ao empreendedor direitos de supervisão e delimitação das ações dos lojistas, de modo a resolver adequadamente problemas de coordenação e motivação dos mesmos no âmbito *privado*.

A questão crucial do ponto de vista antitruste, no entanto, é mais restrita, residindo na avaliação da natureza e, sobretudo, dos efeitos da cláusula de raio sobre a concorrência e sobre o bem estar social.

Já foi argumentado que tal cláusula gera efeitos anticompetitivos. Seria ela, no entanto, importante para evitar algum tipo de comportamento oportunista por parte dos lojistas? Em caso afirmativo, haveria algum outro mecanismo que evitasse o comportamento oportunista dos lojistas sem afetar a concorrência?

E supondo que um mecanismo alternativo não existisse, os benefícios sociais da cláusula compensariam seus efeitos negativos sobre o bem estar dos consumidores? Finalmente, se a resposta da pergunta anterior fosse negativa, havia ainda alguma forma de reformar a cláusula de modo a reduzir seus impactos negativos sobre a concorrência ao mesmo tempo em que se preserva a sua eficiência?

O Iguatemi argumenta que os lojistas podem *ex post* alterar, mediante a abertura de novas lojas num raio de 2,5 km do *shopping*, o fluxo de tráfego de consumidores no empreendimento. Tratar-se-ia, segundo o Representado, de um comportamento oportunista a ser coibido justamente com a cláusula de raio. Tal comportamento, caso não fosse coibido, produziria efeitos negativos, segundo o Iguatemi, sobre o bem estar social, com redução do incentivo ao

²⁵ Assim, por exemplo, restrições impostas pelo empreendedor à decoração e fachada das lojas restringem a liberdade dos locatários, mas salvaguardam os direitos estabelecidos no momento do contrato, evitando que o comportamento de um lojista – intencional ou não – venha a prejudicar os esforços de vendas dos demais lojistas, afetando negativamente suas receitas e, portanto, os resultados do empreendedor.

investimento na atividade *shopping center*, elevação de custos de transações e diminuição da diferenciação de produtos.²⁶

Como se sabe, segundo a teoria dos custos de transação,²⁷ as características intrínsecas das transações determinam o surgimento de um valor econômico à integridade e continuidade das relações mercantis entre agentes econômicos específicos, ou seja, entre os *mesmos* agentes, de modo que o estabelecimento de vínculos extra-mercado pode tornar-se uma forma de organizar a transação superior à sua efetivação via mercado. Evidentemente, tais vínculos também implicam custos. A questão, portanto, está na busca de formas de minimizar os custos de transação, por meio da procura de mecanismos contratuais – formais ou não – que desestimulem conflitos e, caso estes surjam, os resolvam rapidamente. Em particular, a emergência de comportamentos oportunistas,²⁸ que depende basicamente da presença de ativos específicos associados à transação,²⁹ faz com que a coordenação da interação entre tais agentes por relações mercantis puramente competitivas apresente *ineficiências*.

Tal fato remete a primeira condição necessária, mas não suficiente, para a validação do argumento do Iguatemi: existe algum ativo específico na transação entre o empreendedor e seus lojistas, ou seja, a cláusula de raio permite a apropriação de retorno sobre um ativo específico por parte do *shopping center*? A resposta é negativa.

²⁶ Ver, por exemplo, Parecer Econômico “Cláusula de Raio no Shopping Center Iguatemi: Racionalidade Econômica, Dimensionamento e Efeitos sobre o Mercado”, de autoria dos professores Carlos Leão e Jorge Brito, pp. 20-24.

²⁷ Para apresentações das principais hipóteses da teoria dos custos de transação, em diferentes formulações, ver KLEIN, B.; CRAWFORD, R.; ALCHIAN, A. (1978). “Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process”, *Journal of Law and Economics*, 21, pp. 297-326 e Williamson, O. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. New York: The Free Press, 449 p.

²⁸ O oportunismo é caracterizado como ações que, por meio de manipulação ou ocultamento de intenções e/ou informações, buscam auferir lucros que alterem a configuração inicial de um contrato.

²⁹ Três são os atributos básicos de uma transação, a saber, a frequência; a incerteza; e a especificidade dos ativos envolvidos, sendo este último o principal elemento, na visão de Williamson, responsável pela determinação do tipo de coordenação a ser realizada no ambiente econômico.

Quatro fatores podem determinar o surgimento de ativos específicos (Williamson, *op. cit.*, pp. 95-96):

- (i) especificidade de natureza locacional, ligada à exigência de proximidade geográfica entre as partes que transacionam, combinada com custos de transferir unidades produtivas caso haja troca de demandante ou ofertante;
- (ii) especificidades derivadas da presença de ativos dedicados, de modo que a expansão de capacidade produtiva é direcionada e dimensionada unicamente para atender à demanda de um conjunto de transações, implicando uma inevitável ociosidade no caso de interrupção da relação;
- (iii) especificidades de natureza física, associadas à aquisição de equipamentos dedicados para ofertar ou consumir os bens ou serviços transacionados, ou seja, unidades de capital fixo que são especializadas e atendem a requerimentos particulares da outra parte envolvida na relação; e
- (iv) especificidades do capital humano, derivadas das diferentes formas de aprendizado, que fazem com que demandantes e ofertantes de determinados produtos acabem se servindo mutuamente com maior eficiência do que poderiam fazer com novos parceiros.

No caso da transação entre o empreendedor e o lojista, nenhum desses fatores está presente:

- (i) a marca dos lojistas não é um ativo específico da transação entre o Iguatemi e seus lojistas, salvo em caso especiais em que o empreendedor de um shopping em particular tenha realizado investimentos significativos na criação, desenvolvimento e consolidação da marca.³⁰ Na maior parte dos casos, as lojas já possuem marcas estabelecidas antes de se instalarem num determinado *shopping center*. Em outras palavras, as marcas não são compartilhadas e os investimentos realizados pelo *shopping* ou pelos lojistas na promoção de suas respectivas marcas não são específicos, sendo seus valores mantidos em caso de rompimento da relação; e
- (ii) as instalações do *shopping center* utilizadas por um determinado lojista podem ser usadas por outros agentes em caso de rompimento da relação, sem prejuízos significativos para ambas as partes, como,

³⁰ Investimentos que não devem ser confundidos com aqueles inerentes a promoção da marca do próprio *shopping*.

aliás, ocorre freqüentemente, quando da reformulação do *tenant mix* por parte do empreendedor. De fato, salvo algumas despesas com a própria elaboração dos contratos de locação – minimizadas, inclusive, pela existência de um contrato-padrão – e com a instalação da loja (gastos com decoração, por exemplo), não há investimentos em ativos específicos que justifiquem a necessidade de soluções contratuais restritivas a concorrência.

Ora, nesse contexto, a cláusula de raio não pode ser justificada pelo interesse das partes em estimular a continuidade da relação, posto que o que ela restringe é o estabelecimento dos lojistas em áreas próximas ao *shopping center*, e não o rompimento da relação, que, como visto, dada a ausência de especificidades de ativos, poderia ser facilmente substituída por uma outra transação, se fosse o caso. O bloqueio da expansão do negócio do lojista em determinada região pela imposição da cláusula de raio, portanto, não pode ser explicado pelo desejo de dar continuidade à transação original entre o *shopping* e o lojista.

Além do mais, como já mencionado, o *shopping* já possui uma garantia básica de apropriação de externalidades, a saber, o aluguel mínimo, que independe da performance dos lojistas. Assim, eventuais reduções de tráfego de consumidores geradas pela abertura de novas lojas da mesma “cadeia” das lojas já presentes no Iguatemi dentro do raio de 2,5 km, ainda que produzissem diminuição das receitas do *shopping*, não implicariam menor incentivo ao investimento, cujo retorno mínimo está assegurado pelo aluguel fixo.

III – Conclusões

Ao longo desse artigo, foram analisados os efeitos da cláusula de raio do Iguatemi no mercado de *shopping* regionais de alto padrão na região de atuação do Representado, com a conclusão de que as mesmas seriam anti-competitivas. A chave para a obtenção dessa conclusão está, de um lado, no padrão de concorrência entre *shopping centers*, baseado na diferenciação horizontal – uma decisão irreversível – e vertical – variável estratégica; e, de outro lado, no reconhecimento do caráter único do Eldorado como principal ameaça ao Iguatemi, em função de sua localização geográfica. Existindo efeitos anticompetitivos, associados a elevação dos custos de rivais efetivos e potenciais, com claros prejuízos para consumidores e lojistas, fica também evidenciada a ausência de eficiências *sociais* derivadas do uso da cláusula de raio do Iguatemi.

INTRODUÇÃO AO REGIME JURÍDICO DA INDÚSTRIA ELÉTRICA – PREMISSAS TÉCNICAS E ECONÔMICAS

*Luiz Gustavo Kaercher Loureiro**

Introdução

No presente estudo são apresentados alguns elementos caracterizadores da indústria elétrica brasileira, em suas dimensões técnica e econômica.

Não se pretende que seja uma descrição completa, sistemática ou aprofundada desses aspectos, e desconsidera-se por completo a configuração institucional da indústria. Seus temas foram escolhidos a partir de uma perspectiva jurídica, ou melhor, a partir da opinião do autor acerca de quais traços técnicos e econômicos do setor elétrico brasileiro são mais relevantes e devem ser conhecidos do jurista para uma exegese eficaz, i.e., para uma efetiva compreensão e análise crítica das normas jurídicas, sobretudo aquelas constantes da Constituição. Na base desta opinião está, de um lado, um prévio e sumário contato com as normas constitucionais que tratam do setor elétrico. De outro, um julgamento acerca de quais seriam algumas das características empíricas marcantes do setor elétrico brasileiro.

Assim, seja por oferecer as premissas não jurídicas, seja por orientar-se parcialmente, na escolha destas premissas, pelo conteúdo das normas situadas no ápice da hierarquia normativa – às quais todas as demais normas devem respeito – o presente estudo pode ser considerado como uma *introdução ao regime jurídico da indústria elétrica brasileira*. E assim há de ser tido pelo leitor, seja ele profissional do Direito ou não, correndo-se o risco de que o primeiro possa considerá-lo por demais árido e pouco atinente à exegese de normas e o segundo, muito genérico e pouco acurado.

O estudo principia com um sumaríssimo exame das normas constitucionais que tratam mais diretamente do setor elétrico (Seção I) e que, como dito, ajudaram na “seleção” dos temas a serem considerados em seguida. Na Seção II oferecem-se umas poucas noções de física elementar e do contexto onde se situa o objeto de estudo, i.e., o setor elétrico brasileiro. Aí serão

* Advogado.

rapidamente apresentados o conceito “escolar” e as características gerais do fenômeno *energia*, bem como indicadas as demais atividades que se ocupam de explorar as diferentes *fontes de energia* (indústria energética, em geral). Já a Seção III é centrada nos traços mais gerais de um *setor elétrico qualquer*: suas atividades básicas – geração, transmissão e distribuição – e sua característica mais notável – impossibilidade de armazenamento da utilidade “energia elétrica”. A Seção seguinte (IV) introduz as notas características do setor *no Brasil* e que o tornam único no mundo, vale dizer, a predominância da energia elétrica oriunda de fonte hidráulica (água) e o alto grau de interligação existente entre os centros de produção e de consumo. As Seções V e VI desenvolvem estes dois tópicos (segmento de geração e transmissão, respectivamente), enquanto que as Seções VII e VIII exploram algumas conseqüências importantes das características apresentadas, i.e., a necessidade de Planejamento da Operação (Seção VII) e da Expansão (Seção VIII). A Seção IX fornece um quadro esquemático da distribuição de energia elétrica e a Seção X encerra o estudo com um tópico que, embora óbvio, é por vezes pouco considerado para fins de análise jurídica, a relevância da indústria elétrica para a sociedade moderna. As Conclusões reafirmam as idéias mais importantes presentes no texto.

I – Temas suscitados pelas normas constitucionais

Deixa-se para outra ocasião o exame acurado dos dispositivos constitucionais pertinentes ao setor elétrico e a indicação daqueles outros interessados em perspectivas mais amplas como a *energia em geral* (ex., art. 22, inc. IV) e indústrias energéticas (ex., art. 177). Na presente Seção são apenas colocados em evidência alguns temas e dispositivos constitucionais que possuem especial relação com a indústria elétrica, seja porque lhe dizem respeito diretamente, seja porque a ela se aplicam de modo específico, ainda que tenham alcance que a ultrapasse.

No âmbito dos dispositivos específicos, cabe mencionar, em primeiro lugar, a importância para a Constituição do *potencial hidráulico* e do seu aproveitamento para fins de geração de energia elétrica.

Inserido no contexto do *uso múltiplo das águas*, o potencial hidráulico parece ser a fonte de energia privilegiada pela Constituição que dela trata de diversos dispositivos, em conjunto com outros aspectos da indústria elétrica ou com outras “fontes *renováveis*” (art. 176, par. único) ou de modo individualizado (ex., art. 20, inc. VIII, art. 176). Este interesse

suscita uma análise mais detalhada da geração de energia elétrica a partir de fonte hídrica, cfe. infra.

A Constituição, por outro lado, não se preocupou apenas com um aspecto ou uma *fonte* de energia elétrica; tratou de modo genérico da indústria elétrica, quando, p.ex., atribuiu à União Federal a exploração (direta ou indireta) dos “serviços e instalações de energia elétrica” (art. 21, inc. XII, b), sem especificar quais são uns e outros. Será conveniente, por isso, fazer algumas considerações sobre as diferentes fases da indústria, suas funções e os equipamentos ou “instalações” que a tornam possível.

Deixando de lado os dispositivos específicos, cabe mencionar ainda dois “temas constitucionais” que auxiliam na individuação das características técnico-econômicas a serem apresentadas a seguir: (a.) a noção constitucional de *planejamento*, presente no art. 174 e (b.) a preocupação com o *meio-ambiente*, estampada em diversos dispositivos, e mais especificamente no art. 225 (veja-se os § 1º, inc. IV e § 6º deste artigo). Consoante com isso, serão salientados em seguida alguns elementos do setor elétrico que guardam, pelo menos em princípio, relação com esses temas.

Seria possível encontrar muitas outras sugestões constitucionais que direcionariam uma apresentação não jurídica do setor. Assim, por exemplo, a preocupação com a energia nuclear (art. 21, inc. XXIII; art. 22, inc. XXVI; art. 225, § 6º) demandaria alguns esclarecimentos sobre essa fonte de energia; a ênfase no aproveitamento de rios e massas d’água em regiões menos desenvolvidas (art. 43, § 2º, inc. IV) poderia levar a considerações sobre bacias hidrográficas e aproveitamento de potenciais hidráulicos espalhados pelo Brasil, dentre outras. Isso sem falar do que poderiam sugerir comandos constitucionais genéricos e abstratos como a necessidade de erradicação da pobreza em todo o território nacional e de eliminação das desigualdades regionais (art. 3º, inc. III).

A Constituição, como se vê, é rica em sugestões.

Mas, para além da inspiração tirada do texto normativo, não se pode deixar de referir também as características técnicas e econômicas que o setor possui no Brasil e que o definem desde estas perspectivas, mesmo antes do advento da atual Constituição, i.e., a realidade *empírica* que a Constituição pressupõe e que não pode pretender modificar.

O texto que segue equilibra-se entre estas duas exigências para dar cabo de tarefa a que se é proposto.

II – Energia, energia elétrica, fonte de energia, indústria energética e matriz energética

Como visto, o texto constitucional emprega os termos *energia*, *energia elétrica*, *fonte de energia* e *potencial hidráulico*, dentre outros. Deixando de lado a complicada questão acerca da existência de uma *política energética constitucional*, mas desejando ainda assim conjugar estas expressões, pode-se dizer que energia elétrica é uma forma de *energia*, obtida a partir de determinadas *fontes*, dentre as quais o *potencial hidráulico*. O seu aproveitamento econômico – a exploração organizada e sistemática da fonte – dá forma à *indústria elétrica* que se insere no quadro mais amplo das *indústrias energéticas*.

Energia é um conceito generalíssimo e abarca uma série de fenômenos tão díspares entre si que só uma definição muito abstrata pode ser empregada. Tradicionalmente, afirma-se que é a “capacidade de realizar trabalho”. Este último conceito, por sua vez, é normalmente definido em contextos físicos como o produto da *força* exercida em um objeto qualquer, pela *distância* percorrida por este objeto em razão da ação da força sobre ele.

Essas sucintas definições de energia e trabalho adaptadas livremente de livros de física elementar são cientificamente precárias além de muito pouco simpáticas aos juristas, senão enfadonhas. Foram reproduzidas aqui, porém, por dois motivos: (i.) para enfatizar, pelo grau de abstração que possuem, a amplitude do quadro em que se insere o tema específico – indústria da energia elétrica e (ii.) para indicar que *energia* está sempre ligada à idéia de *ação* ou *transformação* (noção sugerida pela “imagem” do deslocamento de um objeto).

Considerando (i.) e (ii.) pode-se dizer que *energia* é um *fenômeno que está intimamente associado com qualquer tipo de alteração, transformação, movimento no mundo*.

Em termos mais prosaicos, “energia” é aquilo que causa ou possibilita uma mudança qualquer: permite coisas tão disparatadas quanto o deslocamento de uma bala de revólver, o esforço humano (intelectual e físico), a rotação das pás de uma turbina, o funcionamento de motores, a cocção de alimentos, o aquecimento da matéria, a transformação da larva em borboleta, do girino em sapo, da matéria orgânica em carvão etc.

A energia, conseqüentemente, existe em diversíssimas formas, provoca as mais disparatadas alterações (“trabalhos”) e se encontra nos mais diferentes

elementos. Muito antes de ser manejada ou aproveitada pelo homem e de se constituir em objeto de uma ou de várias indústrias – e apenas uma pequeníssima parcela dela o é – a energia é um elemento constitutivo do universo e onde quer que se verifique uma mudança qualquer, ela está presente.

Em termos conceituais, fala-se de energia *química*, energia *térmica*, energia *solar*, energia *mecânica*, energia *nuclear* e, também, em energia *elétrica*.

Fisicamente, essa energia (elétrica) – cuja unidade de medida é tradicionalmente o *watt* – é associada ao movimento em um *condutor* de certas partículas atômicas chamadas *elétrons* – movimento normalmente referido como “fluxo” ou “corrente”. Em termos singelos, a *energia elétrica* é uma propriedade da *corrente elétrica* – assim como a energia química é uma propriedade de certos compostos de carbono e outros átomos. Com essa energia que circula pelos condutores elétricos de um circuito e que pode ser obtida de muitas diferentes maneiras, realizam-se, igualmente, inúmeros e diferentes tipos de trabalhos em utensílios conectados ao circuito elétrico: movimento de equipamentos, produção de calor, luz etc.

Uma nota típica fundamental da energia – não só da elétrica – é a sua *transformabilidade* por meio de variados processos (é, aliás, essa transformabilidade que está na base da *indústria energética*, que nada mais faz do que transformar ou “liberar” diferentes formas de energias “contidas” em certas fontes, pelo controle e manejo de determinados processos físico-químicos).

A energia solar é transformada, pelo processo de fotossíntese, em energia química, “armazenada” nas plantas. A energia química, por sua vez, pode ser transformada (por vários procedimentos, dentre eles a combustão) em energia térmica, ou calor. A energia térmica é conversível em energia mecânica; esta em energia elétrica. A transformação não possui, porém, uma única direção: energia elétrica converte-se em energia térmica, em energia mecânica; energia mecânica pode transformar-se em energia térmica *e così via*. Em verdade, em termos físicos a energia das diferentes fontes não é jamais “gerada”, mas sempre “transformada”.

É, aliás, a sua (infinita e incessante) transformação que torna possível o “trabalho”, ou seja, a alteração das coisas no mundo. Para ficar nos exemplos acima: o movimento da bala do revólver, energia mecânica, é propiciado pela liberação de energia química contida na pólvora do projétil, através da explosão. O movimento do corpo humano é igualmente proporcionado pela energia química contida nos alimentos ingeridos, transformada em energia

mecânica ou cinética. A rotação das pás de uma turbina, outro exemplo de energia mecânica, advém da energia cinética da água em queda. A cocção de alimentos é possível porque a energia química de algum tipo de combustível foi transformada em calor (energia térmica). E assim os demais exemplos: a transformação no mundo é a resultante de um processo de transformação de energias.

Ocorre, porém, que este não é o vocabulário corrente. Afirma-se, antes, que a energia é sempre gerada ou obtida a partir de uma determinada *fonte*. Conquanto seja mais correto dizer-se que *um determinado tipo de energia é obtido a partir de outro determinado tipo de energia contido em um certo elemento físico* (que por sua vez, “adquiriu” essa energia por um anterior processo de transformação...) falar-se-á aqui em energia e nas suas “fontes”.

Para ficar naquelas fontes que mais se prestam ao manejo pelo homem – i.e., cuja exploração sistemática por meio do emprego sobre elas de certos processos de transformação de energia constitui a indústria energética – diz-se que petróleo, gás natural, carvão, água corrente, matéria orgânica (biomassa), ar em movimento, raios solares, minérios radioativos são todos *fontes* de energia.

Com essa linguagem se quer significar que cada um destes elementos possui um tipo de energia que, devidamente liberada por variados processos, pode ser utilizada para a produção de trabalho ou para a obtenção de um outro tipo de energia que não aquele inicial, i.e., “primário”. Para cada fonte o tipo de uso energético que dela se fará bem como o processo de aproveitamento a que será submetida variam imensamente e mesmo cada fonte pode ter diferentes empregos energéticos.

A água de um rio pode ser usada para mover as pás de um moinho ou de uma turbina acoplada a um gerador. No primeiro caso, transforma-se sua energia cinética (“contida” na água corrente) em energia mecânica (“contida” na roda do moinho) que realizará o trabalho de moagem de grãos. No segundo caso, a energia potencial (da água “em repouso” armazenada no reservatório) se transforma em energia cinética (quando a água corre pelo conduto forçado que leva à turbina), que se transforma em energia mecânica (quando move as pás da turbina), a qual, finalmente, será transformada em energia elétrica (cfe. adiante), que será usada para diversas finalidades.

O petróleo e o gás natural, elementos com grandes quantidades de energia, por seu turno, podem servir para movimentar uma frota de veículos ou para gerar energia elétrica. No primeiro caso, a energia química que con-

têm será, ao final de um processo de transformação, convertida em energia mecânica (movimento dos pistões de um motor). No segundo caso, estes gás e petróleo serão queimados para liberar energia térmica, a qual será usada para movimentar as pás de uma turbina (energia mecânica) que “gerará” energia elétrica.

Da mesma forma, todas as demais “fontes” são usadas para produzir a energia desejada (“final”), por processos técnicos de diferentes graus de complexidade. Para concluir com um exemplo tipicamente brasileiro: a cana-de-açúcar, vegetal de alto potencial energético (contém muita energia química) é trabalhada para virar combustível automotivo – etanol – capaz de fornecer energia mecânica para a movimentação de veículos, ou açúcar, substância de alta concentração de energia química capaz de sustentar grandes quantidades de trabalho de um ser humano. O resíduo deste processo – o bagaço da cana – ainda contém boa quantidade de energia química e pode ser queimada para se obter energia elétrica (entenda-se: pela sua queima libera-se a energia química da matéria orgânica que vem a ser transformada em calor, o qual, por sua vez, se transmuta em energia mecânica que, finalmente, “produz” energia elétrica por um processo que envolve várias etapas e materiais “coadjuvantes” e que se chama “geração termoelétrica”, cfe. adiante).

Como já dito, o manejo de certas fontes de energia i.e., a aplicação nelas de determinado processo de transformação mirado à obtenção de outro tipo de energia ou de algum trabalho ou alteração no mundo constitui uma antiga atividade humana (e objeto de muita cobiça, como mostra o castigo de Prometeu).¹ Mesmo a produção de alimentos é, em certa medida, uma atividade de manejo e transformação de uma fonte de energia (a cana de açúcar, p.ex.) para a obtenção de energia que viabiliza o trabalho humano.

Mas o que caracteriza especificamente a chamada *indústria energética* é o aproveitamento sistemático e não esporádico de *certas* fontes de energia e o emprego nelas de certos processos de transformação para a obtenção de *certos produtos*. Convencionalmente, coloca-se ao lado da indústria elétrica a indústria do petróleo, do gás, do carvão, da cana de açúcar para obtenção do etanol, para ficar nas mais relevantes. Cada uma delas, por formas e

¹ Já a mitologia grega apercebeu-se da incalculável importância disso, apanágio dos Deuses que foi roubado de Zeus e entregue aos homens por Prometeu, figura trágica submetida a terríveis castigos pelo favor que fez à humanidade, dando-lhe a conhecer o fogo.

organizações diferentes, explora economicamente fontes de energia para diferentes finalidades.

Há, porém, uma diferença interessante entre a indústria elétrica e as demais: ela é a única que se ocupa de um tipo específico de energia, a *elétrica*, sem se interessar pela fonte, enquanto que as demais não se definem pela energia mas, reversamente, pela fonte que exploram.

A indústria do petróleo – para ficar num exemplo importante – explora uma fonte que possui alto teor de energia química e que será transformada em diferentes tipos de energia: energia térmica para a indústria elétrica, energia mecânica para o transporte etc. A indústria elétrica, por sua vez, não se ocupa de *uma fonte em particular*, mas vale-se de todas para a obtenção de uma energia específica. Poder-se-ia dizer, inclusive, que a indústria elétrica é, em parte, *dependente* das demais indústrias energéticas, pois se aproveita do trabalho delas para obter seu insumo, na medida em que existem usinas geradoras a carvão, óleo diesel, biomassa etc. (cfe. adiante).

Em estreita conexão com a indústria energética está o conceito de *matriz energética*. Ela nada mais é do que a consideração em conjunto de todas as fontes de energia que são objeto das *indústrias energéticas*, segundo seus percentuais de participação no consumo energético nacional total. Para que se tenha uma idéia mais concreta, em termos numéricos, o petróleo e seus derivados respondem por cerca de 38,7% de toda a oferta energética do país; em seguida vêm a biomassa (29,7%), a energia elétrica proveniente de fonte hidráulica (14,8%), gás natural (9,4%), carvão mineral (6,3%) e o urânio (1,2%).

Resumindo:

- Energia elétrica é uma espécie de energia; está associada ao fenômeno da “corrente elétrica”;
- Energia, em geral, define-se como capacidade de realizar trabalho e existe no universo em variadas formas: energia química, energia cinética, energia térmica, energia elétrica, dentre outras;
- Uma característica fundamental da energia é sua *transformabilidade*, por ação de determinados processos físico-químicos;
- Embora seja fisicamente mais adequado falar-se processos infinitos e sucessivos de transformação, emprega-se o termo *fonte de energia* para indicar um elemento que contém um determinado tipo de energia e a partir do qual obtém-se outras formas de energia;

- A exploração sistemática das fontes de energia constitui o gênero *indústria energética*, do qual a *indústria elétrica* é uma espécie;
 - Enquanto as demais indústrias energéticas empregam uma fonte para proporcionar diferentes formas de energia, a indústria elétrica vale-se de variadas fontes para obtenção de uma específica forma de energia, a elétrica;
- Por matriz energética entende-se o conjunto das fontes de energia que suprem o consumo energético total de um país.

III – O Setor Elétrico: noções gerais

III.1. As fases da indústria

Os “serviços” ou atividades básicas da indústria elétrica – referidas genericamente no texto constitucional – são, basicamente, três: a *produção*, a *transmissão* e a *distribuição* da energia elétrica até os centros de consumo.

A energia elétrica produzida² nas usinas hidrelétricas, termoelétricas, eólicas etc (i.e., obtida a partir da transformação de outros tipos de energias contidos em determinadas *fontes*, cfe. supra),³ é levada pelo sistema de

² Cfe. sempre a ressalva de que energia não é propriamente gerada mas obtida por transformação.

³ Dentre os critérios mais comuns de classificação de usinas estão os seguintes.

Tipo de fonte a partir da qual se obtém a energia elétrica: (i.) usinas hidrelétricas (água); (ii.) usinas a gás natural; (iii.) usinas a carvão mineral; (iv.) usinas a diesel e demais derivados do petróleo; (v.) usinas a biomassa; (vi.) usinas nucleares; (vii.) usinas eólicas; (viii.) geração solar, dentre outras.

As usinas de ns. (ii.), (iii.), (iv.) e (v.) são agrupadas sob o título de *usinas termoelétricas* porque um elemento essencial no processo de geração de energia elétrica é a energia térmica (calor), obtida ou pela queima dos respectivos combustíveis ou pela da fissão do átomo de urânio, no caso das usinas nucleares. Assim, têm-se *usinas hidrelétricas, termoelétricas, eólicas e solares (essas duas últimas são, às vezes, denominadas como fontes alternativas)*.

As usinas termoelétricas dividem-se ainda segundo o *elemento que faz girar a turbina (ou segundo o “modo de aproveitamento” da energia térmica resultante da combustão ou fissão)*: (i.) usinas de combustão interna; (ii.) usinas de combustão externa (a vapor). Nas primeiras, é o próprio combustível que, submetido à altíssima pressão e temperatura, entra em contato com as pás da turbina, provocando o seu movimento. Ou seja, a energia térmica obtida pela combustão é transformada “diretamente” em

transmissão (as grandes torres metálicas situadas normalmente ao longo das

energia mecânica, sem fase intermediária. Nas usinas de tipo (ii.), o combustível é queimado para aquecer água que circula pelas tubulações da usina. Esta água se torna vapor que – sempre em altíssima temperatura e pressão – faz movimentar a turbina. Ou seja: a energia térmica liberada pela combustão não é transformada diretamente em energia mecânica, mas é “transferida” para a água que, em forma de vapor de alta temperatura, produz, finalmente, energia mecânica (movimento das pás da turbina). De regra, apenas as termelétricas a gás e diesel são de combustão interna.

Característica da fonte quanto à reposição: (i.) usinas que empregam fontes renováveis; (ii.) usinas com combustível não renovável. São do tipo (i.) as usinas hidrelétricas, a biomassa, eólica e solar; de tipo (ii.) as demais, i.e., as que empregam combustíveis fósseis (carvão, gás natural e derivados de petróleo) e nuclear (urânio). A distinção baseia-se na articulação entre “velocidade de consumo” x “velocidade de reposição”, como se verá adiante.

Característica do processo de geração: (i.) térmicas convencionais; (ii.) térmicas de ciclo combinado; (iii.) térmicas de co-geração. As térmicas de ciclo combinado envolvem um “duplo uso” do combustível e possuem, por isso, uma eficiência energética maior. Normalmente, o combustível primário é o gás que, depois de ser utilizado para a geração de energia elétrica na modalidade de combustão interna, ainda possui uma quantidade considerável de calor residual capaz de aquecer a água ao estado de vapor que, por sua vez, faz girar uma turbina de combustão externa. As usinas de co-geração possuem um funcionamento semelhante às térmicas de ciclo combinado, na medida em que também se aproveitam de calor residual do combustível primário (e por isso apresentam também uma maior eficiência energética). São diferentes, porém, pois empregam este calor em outros processos (por exemplo, de aquecimento) que normalmente estão agregados à própria planta, bem como por poderem ter qualquer energético como fonte primária. As térmicas convencionais, por sua vez, possuem, como o nome indica, um funcionamento simples, i.e., sem aproveitamentos residuais. Este é outro critério que diz respeito apenas às térmicas.

Modalidade de operação: (i.) operação integrada (usinas integradas ao sistema interligado nacional); (ii.) operação isolada (usinas conhecidas como geração distribuída – fontes locais junto às unidades consumidoras, normalmente operando sem controle do despacho central). Como se verá mais adiante, as usinas elétricas podem não abastecer direta e unicamente um centro de consumo, mas se encontrar interconectadas em uma rede de transmissão que liga *diversos centros de produção* a *diversos centros de consumo*. Este tipo de organização existe para fazer com que fontes distantes possam distribuir energia a diversos pontos de consumo, tornando-se economicamente viáveis através da utilização do sistema de transmissão (economia de escala). Quanto mais evoluído é o sistema de transmissão mais interconectado ele é, fazendo com que se tenham várias opções de suprimento. Todavia sua operação se torna muito mais complexa, exigindo uma coordenação total entre as instalações. Nos primórdios da indústria elétrica, porém, a interligação da rede elétrica era muito precária, e uma usina estava ligada diretamente a um centro de consumo por redes de transmissão e distribuição. A operação isolada, em que só uma usina atende diretamente um centro de consumo, é

rodovias)⁴ até os centros de distribuição (subestações), onde tem sua tensão rebaixada⁵ para ser entregue, via rede de distribuição, aos consumidores, no chamado *ponto de entrega*.

Consoante com isso, usinas geradoras e redes – compostas de fios e equipamentos acessórios como transformadores, subestações, barramentos etc. – são as suas “instalações” básicas. As duas últimas – transmissão e

uma alternativa geralmente utilizada em locais remotos do país (“sistemas isolados”, cfe. adiante) onde o custo de instalação de um sistema de transmissão não se torna atrativo. Por essas e outras questões, esta é uma modalidade que começa, novamente, a ganhar espaço no setor elétrico, i.e., em configuração de “geração distribuída”. Em tal hipótese, a usina não está atendendo a um sistema isolado, mas fornece energia elétrica a uma empresa distribuidora *paralelamente* ao abastecimento via sistema. Em outras palavras: uma usina – normalmente de pequenas dimensões – é conectada diretamente às redes de distribuição de um determinado agente, sem passar pelas redes de transmissão (pelo “sistema”). O agente distribuidor (ou melhor, os usuários conectados às suas redes) recebe a energia seja desse gerador local seja das demais usinas conectadas ao sistema elétrico nacional.

Tipos de usinas hidrelétricas: há vários critérios de classificação. Os mais comuns são (i.) quanto à existência e altura efetiva da queda d’água; (ii.) capacidade ou potência instalada; (iii.) quanto à localização; (iv.) quanto ao tipo de barragem; (v.) quanto ao tipo de reservatório; (vi.) quanto ao tipo de turbina empregado.

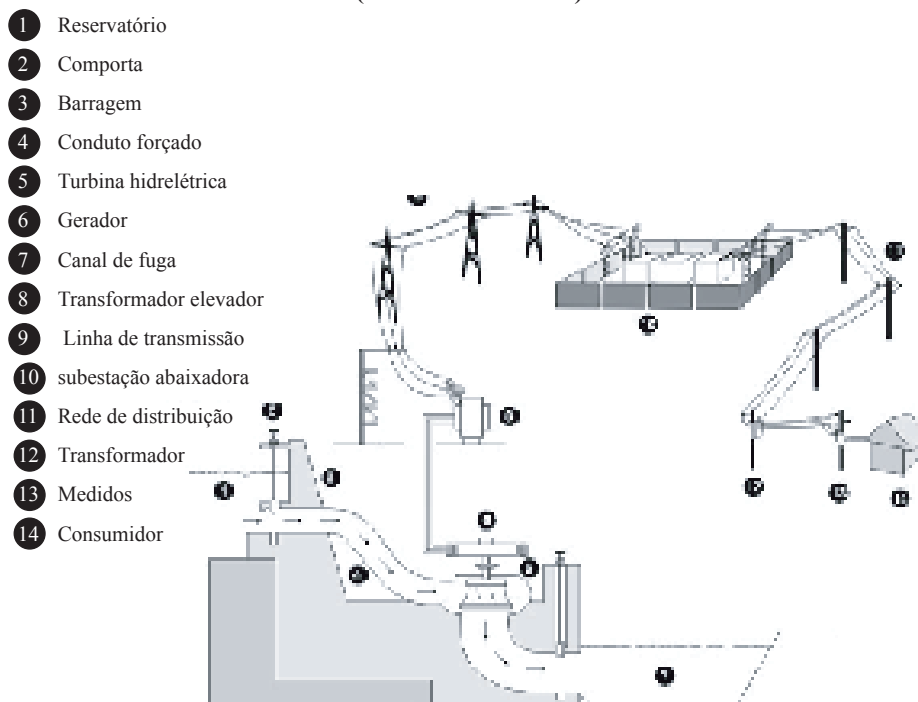
Esses fatores são interdependentes. Geralmente, a altura da queda determina os demais, e uma combinação entre esta e a capacidade instalada determina o tipo de planta e instalação. Não há limites muito precisos para a classificação do tipo de queda e, portanto, os valores variam entre fontes e autores. O Centro Nacional de Referência em Pequenas Centrais Hidrelétricas – CERPCH, da Universidade Federal de Itajubá – UNIFEI, considera de baixa queda uma instalação com altura de até 15 m; instalações com alturas superiores a 150 m são consideradas de alta queda e instalações com altura entre esses dois valores são consideradas de média queda (CERPCH, 2000).

⁴ A tensão (voltagem) da corrente elétrica é aumentada para o transporte. Assim é porque desse modo se consegue transmitir de modo mais eficiente a energia elétrica, minimizando a quantidade de “perdas elétricas”. As perdas elétricas, também conhecidas como “perdas ôhmicas”, referem-se à parcela de energia elétrica que é transformada em calor ao ser transmitida. Isto se ao fato de que toda corrente elétrica que passa por um condutor (fio) encontra uma certa resistência do material e necessita “gastar” energia para superá-la. Esta energia não utilizável para o consumo mas para vencer a resistência é chamada de “perda elétrica” e é dissipada na forma de calor. Aumentando-se a voltagem, a “pressão” na corrente, diminui-se a quantidade de perdas elétricas que se situam hoje na ordem de 6 a 8% de toda a produção de energia elétrica nacional (perdas no sistema de transmissão).

⁵ A voltagem é rebaixada por questões de segurança.

distribuição – são as chamadas atividades “de fio” (“transporte”, de forma imprecisa).

Figura 1 – As Fases da Indústria e seus Equipamentos Básicos (Usina Hidrelétrica)



A estas três atividades que exigem instalações e equipamentos, as normas do setor elétrico acrescentaram outra, de *comercialização de energia* (“pura”). O comercializador não detém ativos de geração, transmissão ou distribuição nem maneja a utilidade mas apenas transaciona-a – com determinados consumidores e sob certos pressupostos – em operações de compra-e-venda. Não será, por isso, objeto de análise no presente estudo.

III.2. A característica básica: energia não se armazena e deve ser produzida na exata medida do consumo

As três funções a que correspondem equipamentos e instalações devem estar dispostas de tal sorte que atendam *instantaneamente* às exigências de consumo, na sua *exata medida*. Isto porque *não se pode conservar energia*

*elétrica que, uma vez gerada, flui à (quase) velocidade da luz pelo sistema elétrico inteiro e é instantaneamente consumida.*⁶

Essa é uma característica fundamental, de certo modo desconcertante, mas muito típica da energia elétrica e que determina importantes conseqüências na gestão da atividade. Não se pode – como ocorre em quase todas as outras atividades econômicas – produzir a utilidade para estocá-la e utilizá-la gradativamente na medida em que dela se precisa.

Deixando de lado explicações e perplexidades físicas e técnicas, é importante ter presente que tal nota distintiva – conjugada a outra que será vista a seguir, i.e., a da interligação elétrica – faz surgir a necessidade de um sujeito que, não se limitando a gerar, a transmitir ou distribuir energia, tenha uma visão completa do sistema, desde o comportamento das unidades geradoras até o dos centros de consumo. Trata-se de um “operador do sistema”, entidade (a tarefa não está à medida de um só homem) que deve ter acesso prévio e, também, em tempo real a todas as informações acerca do comportamento da demanda (“carga” no jargão elétrico) de um dado sistema, bem como plena disponibilidade para coordenar a geração de energia nas usinas na medida da necessidade (coordenar ou determinar o “despacho”).⁷ Como não se pode guardar energia elétrica nem se pode gerar em excesso (comprometimento da estabilidade de todo o sistema), este operador do sistema deve garantir – sob certos pressupostos de segurança e economicidade, cfe. adiante – que *a produção se iguale, a todo o instante, ao consumo.*

⁶ Em verdade, a energia é uma constante no universo e por isso nunca é “consumida” mas *transformada*. Com efeito, tanto a “geração” quanto o “consumo” de energia são processos de cambiamento.

Na geração, o ponto de chegada é a energia elétrica. Ela é obtida a partir da energia mecânica contida no movimento da turbina, por fenômeno físico chamado “indução eletromagnética”. Essa energia mecânica, por sua vez, pode ser resultado da transformação da energia potencial contida na água em queda ou da energia cinética contida no vapor ou gases em combustão. Por seu turno, essa energia cinética é o resultado da liberação da energia química contida nos energéticos, quando da queima. Regressivamente, toda a energia disponível na terra pode ser reconduzida à energia solar.

No consumo, a energia elétrica é o ponto de partida. É ela que vem transformada em energia cinética, mecânica etc., nos aparelhos que a “consomem”.

⁷ Há uma sutileza importante neste passo: o despacho pode ou não ser *determinado* pelo ONS. Se o despacho for técnico (como é o caso do Brasil), as usinas estão sob forte controle do operador. Nesta hipótese ele *determina*. Se o despacho for comercial (como é o caso da maioria dos outros países), há apenas *gerência* do operador, a qual consiste na acomodação das quantidades de energia que os diferentes geradores decidiram produzir em razão de seus compromissos comerciais, pelo critério do preço.

Essa é uma primeira nota que sugere uma reflexão sobre a necessidade, função e extensão do *planejamento* no setor elétrico (cfe. infra).

IV – Traços distintivos do setor elétrico *brasileiro*: preponderância da geração hidráulica e alto grau de interligação

Passando da descrição das fases da indústria e de seu traço genérico fundamental para a caracterização específica do setor elétrico brasileiro, pode-se dizer que os seus elementos mais marcantes são dados

- (a.) pelo tipo de fonte de onde provém a maior parte da energia elétrica – *potenciais hidráulicos*: normalmente distantes dos centros de consumo; situados em bacias hidrográficas⁸ submetidas a diferentes regimes climáticos e altamente interdependentes entre si; explorados por meio da construção de grandes reservatórios com longos (e diferentes) períodos de regularização, e;
- (b.) pelo imenso sistema interligado de transmissão de energia elétrica que perpassa a maior parte do território nacional, unindo os centros de produção com os centros de consumo em uma malha elétrica de tal modo configurada que se diz terem as usinas entre si uma *interdependência operativa* (cfe. adiante).

Consoante com isso, costuma-se dizer que o Brasil (mais precisamente: a parte economicamente mais ativa de seu território) possui um *sistema elétrico interligado de grande porte, de base hidrotérmica onde predomina a geração de energia elétrica a partir de uma fonte renovável, i.e., da exploração dos potenciais hidráulicos*. Embora este potencial seja ainda relativamente pouco aproveitado,⁹ as usinas hidrelétricas – cujas dimensões variam

⁸ O Brasil possui 8 grandes bacias e mais de 80 sub-bacias. As bacias são (em ordem de potencial estimado em relação ao total nacional): Rio Amazonas (40,6%), Rio Paraná (23,5%), Rio Tocantins (10,3%), Rio São Francisco (10,1%), Sistema do Atlântico Leste (5,6%), Rio Uruguai (5,0%), Sistema do Atlântico Sudeste (3,7%) e Sistema do Atlântico Norte/Nordeste (1,2%).

⁹ Apesar da tendência de aumento de outras fontes, devido a restrições socioeconômicas e ambientais de projetos hidrelétricos e aos avanços tecnológicos no aproveitamento de fontes não-convencionais, tudo indica que a energia hidráulica continuará sendo, por muitos anos, a principal fonte geradora de energia elétrica do Brasil. Embora os maiores potenciais remanescentes estejam localizados em regiões com fortes restrições ambientais e distantes dos principais centros consumidores, estima-se que, nos próximos anos, pelo menos 50% da necessidade de expansão da capacidade de geração seja de origem hídrica.

de 12.600 MW a menos de 1 MW¹⁰ de potência instalada – respondem por cerca de 79% de toda a oferta de energia elétrica do país.

Essas duas características são graficamente visualizadas na figura 2.

É necessário aprofundar estes dois pontos.

V – Características da geração, em particular, hidráulica

Quando se fala em “água” como fonte de energia elétrica, refere-se, mais especificamente, ao *potencial hidráulico*.

Este é caracterizado (i.) pela vazão hidráulica (movimento da água no rio) e (ii) pela concentração dos desníveis existentes ao longo do curso de um rio em um determinado ponto (movimento da água em queda). A concentração desses desníveis pode ser natural (quando, por exemplo, o desnível está concentrado em uma cachoeira) ou obtido artificialmente (por meio de uma barragem ou por desvio do rio de seu leito natural, de forma a concentrar vários pequenos desníveis existentes ao longo de um rio).

Como é o potencial hidráulico que é aproveitado pela usina hidrelétrica, para fins unicamente didáticos considerou-se útil separar o tratamento da “água” onde está o *potencial hidráulico*, da usina que aproveita esta fonte.

V.1. Características da água como fonte de energia elétrica (*potencial hidráulico*)

V.1.1. Fonte renovável e ainda abundante

A água é, como diz mesmo o texto constitucional (art. 176, par. único) uma fonte *renovável* de energia elétrica, além de não emissora de gases de efeito estufa (cfe. infra). E, dado o percentual com que ela participa da oferta deste insumo no Brasil, o país se caracteriza por possuir um dos mais altos

Normalmente, mede-se um potencial hidráulico pela sua capacidade máxima estimada de produzir energia elétrica, i.e., pela sua *potência*. A unidade básica de medida da potência é o *watt* e seus múltiplos: *kilowatt* (1.000 W), *megawatt* (1.000.000 W), *gigawatt* (1.000.000.000 W), *therawatt* (1.000.000.000.000 W).

¹⁰ Itaipu é a maior hidrelétrica do mundo, com potência de 12.600 MW. Havia, em setembro de 2003, cerca de 139 usinas hidrelétricas com potência superior a 30 MW, as quais respondem por cerca de 98,5% de toda a energia de fonte hídrica ofertada. O restante 1,5% é proveniente de 378 pequenos empreendimentos hidrelétricos (fonte Atlas de Energia Elétrica – ANEEL).

índices de energia elétrica proveniente de fonte renovável. Enquanto o mundo apresenta uma média de 17%, por aqui este percentual chega a 83%, o que é uma grande vantagem competitiva.

A diferença entre os 79% (percentual de participação da água) e este 83% advém do fato de que a água não é a única fonte renovável de energia elétrica disponível. Além dela, são consideradas como tal a biomassa e o movimento de massas de ar, o vento, dentre outras, menos significativas. *Não são tidas por fontes renováveis de energia*, por outro lado, o petróleo, o carvão, o gás natural e os minérios radioativos (urânio) usados também na geração de energia elétrica. Os três primeiros são chamados *combustíveis fósseis* e o urânio *combustível nuclear*.

A distinção entre fonte renovável e não renovável é dada pela velocidade de sua reposição em contraste com a velocidade de seu uso. Enquanto a água é reposta (pelas chuvas e demais precipitações atmosféricas) ciclicamente em um espaço de tempo compatível com seu uso, o carvão, o petróleo e o gás natural são materiais fósseis que levam milhões de anos para se formar, sem possibilidade de reposição que acompanhe o consumo.

Além de ser uma fonte de energia renovável, o potencial hídrico nacional ainda por explorar é bastante significativo, embora, em geral, muito distante dos principais centros de consumo.¹¹ Para que se tenha uma idéia, estima-se¹² que o Brasil possua uma capacidade de cerca 260 GW de energia,

¹¹ O que traz conseqüências técnicas e econômicas não desprezíveis. Quanto a isso, basta pensar na extensão das redes de transmissão de energia necessárias para integrar hidrelétricas situadas em zonas remotas como a Amazônia, ao Sistema Interligado Nacional.

¹² O *potencial hidráulico total* é o resultado da somatória da capacidade de todos os potenciais hidráulicos conhecidos. Este “conhecimento” do potencial e de sua capacidade, por sua vez, possui grau de profundidade, os quais dão origem a uma grande classificação entre *potencial inventariado* e *potencial* (meramente) *estimado*. Dos 260 GW, aproximadamente 177 GW já foram *inventariados*, sendo o restante apenas *estimado*.

O *potencial inventariado* contém aproveitamentos submetidos a um exame mais detalhado e inclui usinas em diferentes níveis de estudos além de aproveitamentos em construção e operação. Assim, o potencial inventariado é resultante da somatória dos aproveitamentos: (i.) apenas em inventário – estudo da bacia hidrográfica realizado para a determinação do seu potencial hidrelétrico, mediante a escolha da melhor alternativa de divisão de queda, que constitui o conjunto de aproveitamentos compatíveis, entre si e com projetos desenvolvidos, de forma a se obter uma avaliação da energia disponível, dos impactos ambientais e dos custos de implantação dos empreendimentos; (ii.) com estudo de viabilidade – resultado da concepção global do aproveitamento, considerada

dos quais apenas 66 GW foram efetivamente aproveitados, ou seja, algo em torno de 25%. Na bacia amazônica, por exemplo, situam-se aproximadamente 105 GW de capacidade, com uma exploração que pouco passa de 0,5%, i.e., 668 MW (números aproximados).

Mas se essas são vantagens indiscutíveis da água, há certos fatores condicionantes externos que devem ser observados na geração de energia elétrica a partir dela.

V.1.2. Sujeita a outros usos (uso múltiplo das águas)

Com efeito, a água não é útil, apenas, para a indústria elétrica mas se presta a vários outros empregos pelo homem, como também salientado pela Constituição em diversos dispositivos.

sua otimização técnico-econômica, de modo a permitir a elaboração dos documentos para licitação. Esse estudo compreende o dimensionamento das estruturas principais e das obras de infra-estrutura local e a definição da respectiva área de influência, do uso múltiplo da água e dos efeitos sobre o meio ambiente; (iii.) com projeto básico – aproveitamento detalhado e em profundidade, com orçamento definido, que permita a elaboração dos documentos de licitação das obras civis e do fornecimento dos equipamentos eletromecânicos; (iv.) em construção – aproveitamento que teve suas obras iniciadas, sem nenhuma unidade geradora em operação; e (v.) em operação, i.e., que produzem energia para uso econômico.

Os empreendimentos em operação constituem a *capacidade instalada* (como dito, cerca de 66 GW).

O *potencial estimado* contém os potenciais em fases anteriores de estudo, i.e., (i.) *potencial remanescente* – resultado de estimativa realizada em escritório, a partir de dados existentes e sem qualquer levantamento complementar, considerando-se um trecho de um curso d'água, via de regra situado na cabeceira, sem determinar o local de implantação do aproveitamento; (ii.) *potenciais individualizados*, que são aqueles cuja estimativa foi realizada em escritório para um determinado local, a partir de dados existentes ou levantamentos expeditos, mas ainda sem qualquer levantamento detalhado.

O maior potencial total é o da bacia do Amazonas, com cerca de 105 GW e um aproveitamento baixíssimo, de cerca de 668 MW, i.e., 0,6%. Em segundo lugar, vem o potencial da bacia do Paraná, com cerca de 60 GW de potencial total (dos quais 54 GW inventariados) e cerca de 40 GW de capacidade instalada, ou seja, cerca de 73% de aproveitamento. Como se vê, a bacia do Paraná é muito explorada e, em termos nacionais, responde por quase 60% de toda a capacidade instalada (em seguida vêm as bacias do São Francisco e do Tocantins, com 16 e 12% do total da capacidade instalada nacional). Em termos absolutos, a bacia do São Francisco é a segunda mais explorada, com cerca de 42% de seu potencial inventariado já explorado).

Antes mesmo de servir para gerar energia elétrica, a água de nossos rios já era aproveitada de outras formas. Servia e serve para a navegação fluvial, i.e., para o transporte de pessoas e coisas (art. 22, inc. X); foi e é fonte de diferentes tipos de energia, a exemplo daquela mecânica para movimento de rodas e moinhos d'água. É ainda desviada para irrigação da lavoura (art. 42, ADCT), para usos residenciais, para consumo e também para criação de peixes e outras formas de vida aquáticas. A água tem, em síntese, uma valência que vai muito além do seu aproveitamento para geração de energia elétrica, de tal sorte que esta última atividade deve ser levada a efeito de forma compatível com as demais.

Esse aspecto não importa somente no momento da construção da usina, mas a acompanha durante todo o período de seu funcionamento. Assim, a decisão de gerar energia em uma determinada usina não se funda exclusivamente na necessidade deste insumo, mas – à parte questões relativas à interdependência operativa *entre usinas diferentes*, cfe. infra – há de ser correlacionada com variáveis “externas” ao setor, tais aqueles relacionados com a navegação, proteção da fauna aquática, consumo etc.

V.2. Características das usinas hidrelétricas

Sinteticamente, uma usina hidrelétrica consiste no conjunto de obras e equipamentos cuja finalidade é a geração de energia elétrica, através de aproveitamento do potencial hidráulico existente em um rio. Uma usina “clássica” compõe-se das seguintes partes: barragem; sistemas de captação e adução de água; casa de força (onde estão a turbina e o gerador a ela acoplado) e sistema de restituição de água ao leito natural do rio. Como dito, a usina hidráulica nada mais faz do que aproveitar a energia potencial da água armazenada no reservatório (e a potência de uma usina hidrelétrica nada mais é do que o produto da altura da queda pela vazão da água).

Quanto ao processo, é relativamente simples: a água captada no lago formado pela barragem é conduzida até a casa de força através de canais, túneis e/ou condutos metálicos (condutos forçados). Ao passar pelas pás da turbina, fá-la girar, juntamente com um eixo em cuja extremidade está acoplado o gerador cfe. fig. 1, supra. Este é um magneto circundado por fios de cobre enrolados entre si. Girando-se o magneto ou a bobina de cobre (por força do movimento do eixo da turbina ao qual ele está acoplado) induz-se uma corrente elétrica nos fios, e tem-se a energia elétrica (energia mecânica transformada em energia elétrica pelo fenômeno da indução eletromagnética). Após passar pela

turbina hidráulica, na casa de força, a água é restituída ao leito natural do rio, através do canal de fuga. Dessa forma, a potência hidráulica é transformada em potência mecânica quando a água passa pela turbina, fazendo com que esta gire, e, no gerador – que também gira acoplado mecanicamente à turbina – a potência mecânica é transformada em potência elétrica.

Ocorre, porém, que as usinas hidrelétricas não são consideradas isoladamente. Há vários fatores que levam a um tratamento conjunto delas. O primeiro é a hidrografia.

V.2.1. A interligação natural entre diferentes bacias, sub-bacias e rios

De fato, a hidrografia brasileira apresenta grande interligação entre rios, bacias e sub-bacias.

Essa característica faz com que as usinas hidrelétricas aí situadas – desde os mega-empreendimentos, como Itaipu e Tucuruí, de 12.600 e 8.125 MW, respectivamente, até os pequenos, de até 1 MW – se encontrem “naturalmente” relacionados entre si pelas vazões de água antes mesmo de estarem integradas em um sistema de transmissão (no jargão, “acoplamento hidráulico”).

Com efeito, tendo presente que (i.) os níveis dos reservatórios são elementos determinantes na capacidade de geração de energia elétrica de uma usina e (ii.) esses níveis são em boa medida determinados pela vazão do rio, e (iii.) a vazão do rio depende em grande parte dos manejos dos demais reservatórios situados acima daquele interessado, pode-se concluir que a geração de energia elétrica a partir de fonte hidráulica depende muito da operação das demais usinas situadas no mesmo complexo hídrico.

Considerando-se esse último aspecto e também a necessidade de gerar-se energia elétrica em harmonia com as exigências ambientais e ainda com a satisfação das demais necessidades atendidas pela água, tem-se que as decisões acerca da geração de uma determinada usina não são pautadas única e exclusivamente pelos seus próprios interesses econômicos e comerciais (usina isoladamente considerada). Na verdade, cuida-se de uma medida que necessita articular-se com inúmeras variáveis. Assim, por exemplo, é necessário avaliar se a geração (ou a sua falta) acarretará obstáculos à navegação fluvial, obstrução da reprodução de peixes, diminuição de água disponível para usinas que se encontram a jusante, risco de cheias etc (são as chamadas “restrições operativas”).

IV.2. Outras características, apresentadas em confronto com as usinas termoeletricas

Para finalizar esta brevíssima descrição dos aspectos mais salientes da geração de energia elétrica, convém fazer uma breve comparação entre aspectos técnico-econômicos das duas formas dominantes de geração, a hidrelétrica e a termoeletrica.

O processo de geração termoeletrica é semelhante àquele hidráulico, i.e., também se trata de movimentar um magneto entre fios (ou fios entre um magneto), a partir da rotação de uma turbina, gerando-se a energia elétrica pelo fenômeno da indução eletromagnética. Apenas que a acionar a turbina são outros “combustíveis” que não a água corrente. Aqui, o movimento é obtido pela expansão de elementos submetidos a altíssimas temperaturas e conduzidos até suas pás por dutos forçados. Trata-se ou do vapor da água superaquecida pela combustão de algum energético (carvão, óleo etc.) ou de gases superaquecidos (também resultantes de combustão). Em ambos os casos, é a energia térmica (calor) obtida a partir da energia química de alguma fonte primária que provoca o movimento. Troca-se a energia potencial da água pelo calor, para se obter a energia mecânica posteriormente transformada em energia elétrica.

As usinas termoeletricas, por sua vez, distinguem-se, segundo variados critérios,¹³ mas sobretudo, pelo combustível que empregam para gerar calor em processos de combustão – alguns deles referidos na Constituição, como o carvão, o gás natural, o petróleo e os minérios nucleares.

Certas usinas usam combustíveis fósseis, como o carvão, os derivados de petróleo ou o gás natural. Outras se valem da queima da chamada biomassa, i.e., de matéria orgânica de origem vegetal ou animal (bagaço de cana-de-açúcar, dejetos urbanos p.ex.). Outras, ainda, empregam combustível nuclear (aqui o calor não é obtido por combustão mas por *fissão nuclear*). O que as acomuna, no entanto, é o fato de que geram, de uma forma ou de outra, calor, o qual é por sua vez empregado para fazer girar as pás da turbina.

De modo geral, enquanto tanto térmicas quanto hidráulicas podem ter pequenas (pequeníssimas dimensões), são as usinas hidráulicas as unidades geradoras de maior porte. Para que se tenha uma idéia, uma grande usina térmica não ultrapassa os 2000 MW de potência, enquanto que as grandes hidrelétricas podem superar os 10.000 MW, como é o caso de Itaipu.

¹³ v. nota 4.

Ocorre, porém que, normalmente, as maiores usinas hidrelétricas – ou os maiores potenciais hidráulicos ainda por explorar – situam-se longe dos centros de consumo, em regiões remotas do país (pense-se na bacia amazônica, cfe. supra), enquanto que as termoeletricas, não dependendo de fatores naturais, podem se localizar próximas da carga. A localização de uma usina importa, dentre outras coisas, para a determinação dos custos de transmissão associados a ela. Usinas distantes exigem linhas de transmissão mais extensas e, com isso, custos associados mais altos (nesse segmento).

Um outro aspecto que muito diferencia as duas usinas é aquele relativo aos tempos de construção: enquanto as usinas termoeletricas exigem normalmente um prazo mais curto para a entrada em operação (2 a 3 anos desde a concepção), aquelas hidrelétricas consomem longos períodos desde a fase de estudos e inventário do potencial hidráulico,¹⁴ passando pelos projetos construtivos e estudos ambientais, construção, formação do reservatório, até a entrada efetiva em operação comercial. Por conta disso, não é raro ter-se empreendimentos hidrelétricos concluídos em prazos superiores a 6 anos.

Quanto ao capital empregado, embora a indústria elétrica como um todo seja considerada de capital intensivo, os volumes econômico-financeiros requeridos por empreendimentos de exploração do potencial hidráulico são normalmente superiores àqueles movimentados por empreendimentos termoeletricos de mesma capacidade. Em termos absolutos, as usinas hidrelétricas são os empreendimentos que mais exigem mobilização de capital em toda a indústria.

Além de tomar muito tempo para maturação e ser de capital intensivo, os empreendimentos hidrelétricos apresentam retorno do investimento em um prazo bastante longo. Isso se deve não apenas às duas características apresentadas, mas também ao fato de que o valor da energia elétrica transacionada quando a usina entra em operação tende a ser calculado em função, ainda, do custo da operação que é baixo (dado o não desembolso pelo combustível) e da vida útil provável da usina, que não raras vezes supera os 100 anos. Diferentemente, as usinas termoeletricas não têm tanta vida útil e possuem custos maiores na fase de operação.

Com efeito, outro elemento diferenciador diz respeito aos custos e riscos de operação. Enquanto a usina hidrelétrica trabalha com um combustível barato (quase sem custo), mas em certa medida aleatório, a água, e apresenta

¹⁴ v. nota 11.

enorme custo de construção, a usina termoelétrica tem essa equação invertida: custa menos para construir e mais para operar, dado que necessita comprar o combustível que utiliza (petróleo, gás, carvão etc.).

Também invertida é a equação ambiental: enquanto as usinas hidrelétricas causam grandes impactos ao meio-ambiente quando de sua construção e (comparativamente menores) efeitos na operação, as termoelétricas pouco agridem o ambiente para serem instaladas mas muito o danificam quando da operação, sobretudo se utilizados combustíveis fósseis, grandes responsáveis pela emissão dos gases de efeito estufa.¹⁵ Enquanto a geração de energia elétrica a partir da água não provoca emissões deste tipo de gases, as usinas térmicas a carvão são as principais responsáveis pela liberação de dióxido de carbono na atmosfera.

Com efeito, a construção das usinas hidrelétricas tem significativas conseqüências sócio-econômicas e para o meio-ambiente. Ela comporta, via de regra, modificações no curso dos rios e a criação de um lago artificial, o reservatório, onde a água fica represada, pronta para a geração de energia elétrica. Este reservatório, de dimensões variáveis, provoca inúmeras alterações ambientais e, por vezes, sociais. As conseqüências mais importantes são a perda da biodiversidade (fauna e flora alagadas) ou de áreas cultiváveis e a alteração do microclima, com o aumento da umidade e das precipitações (chuvas) nas áreas adjacentes ao reservatório, bem como alterações da vida aquática (submetida a um regime diferente de vazões). Por vezes, de par com a perda de áreas cultiváveis, pode haver não negligenciáveis deslocamentos populacionais que suscitam o problema do reassentamento das populações

¹⁵ De fato, essa afirmação acerca do potencial poluente deve ser restringida às térmicas que se valem de combustíveis fósseis, pois aquelas à biomassa e as usinas nucleares não apresentam alto grau de nocividade ao ambiente durante a operação.

Quanto à térmicas a carvão, gás natural ou petróleo, são, de fato prejudiciais ao meio ambiente. Atendo-se ao carvão, sua queima resulta na emissão de uma série de poluentes para o ar, tais como: cinzas, gases (SOx, NOx e CO₂), “chuva ácida” e hidrocarbonetos

Dentre todos os resíduos, talvez o mais problemático seja o gás carbônico (CO₂) que se encontra hoje na atmosfera em quantidade 30% superior àquela que existia no começo da Revolução Industrial, há duzentos anos atrás. Trata-se do gás que participa com a maior contribuição global para o aumento do efeito de estufa resultante de atividades econômicas (aproximadamente 60% do total). Por isso, as tarefas mais urgentes para as usinas térmicas a combustíveis fósseis são a redução dos impactos ambientais em concomitância com o incremento da eficiência energética.

atingidas pelas barragens (embora significativamente menos relevantes, os aspectos ambientais da fase de *operação* também existem e podem ser sumariamente elencados: alterações na vazão da água do rio e de seus afluentes, modificação do regime de vida aquática, controle de cheias/secas por meio de manejo do reservatório, dentre outros).

Um outro elemento que diferencia as térmicas das usinas hidrelétricas é a *eficiência energética*, i.e., o quanto cada processo consegue aproveitar da energia “original” contida na fonte primária. Neste quesito, as usinas hidrelétricas são imbatíveis, pois apresentam um índice próximo aos 90%: quase a totalidade da energia potencial gravitacional da água é transformada em energia elétrica. Já as usinas térmicas apresentam uma *performance* mais pobre: em média, conseguem aproveitar apenas 38% da energia química contida no elemento combustível (desconsidera-se a co-geração). Há muitas transformações envolvidas em um ciclo térmico tradicional: de energia química para energia térmica; de energia térmica para energia mecânica e desta, finalmente, para energia elétrica. Em cada uma dessas fases, há perdas.¹⁶

Do ponto de vista operacional, há plena complementariedade entre os diferentes tipos de usinas que – como se verá – estão interligadas em um sistema. As hidrelétricas fornecem o grosso da energia elétrica consumida, enquanto que as térmicas, de operação mais cara, *complementam a oferta de energia elétrica no parque gerador brasileiro*.

Esta característica requer uma breve explicação.

Antes de ser comando propriamente jurídico, é uma exigência de bom senso econômico a produção de uma determinada utilidade com o menor custo disponível. Sob essa exigência, as usinas hidrelétricas operariam sempre e a plena capacidade, pois que seu custo de operação é mais baixo, dado o nenhum desembolso pelo combustível (aliás, se não se estivesse descrevendo uma realidade existente *hoje* – a configuração real do sistema elétrico brasileiro – poder-se-ia indagar acerca da necessidade e conveniência de se construir usinas térmicas, de operação cara mas custo de construção baixo, ou hidrelétricas, em equação inversa).

Ocorre, porém, que, além de barato, o combustível das hidrelétricas é *aleatório* e corre-se sempre o risco de que venha a faltar, independentemente

¹⁶ As usinas de ciclo combinado e aquelas em modalidade de co-geração são mais eficientes do que os processos de ciclo simples, pois aproveitam duplamente o combustível inicial (gás, geralmente).

do esforço humano em contrário. Por isso, a água dos reservatórios deve ser usada também em consideração a este elemento de risco, em benefício do consumo futuro. Em outras palavras, não se pode, simplesmente, esvaziar os reservatórios para atender à demanda de hoje e correr-se o risco de ter de contar quase que exclusivamente com a cara (e insuficiente) geração térmica no futuro.

Assim – e eis aqui um outro elemento que aponta para a necessidade de um *planejamento* – a decisão acerca de com qual *mix energético* (água ou combustíveis) gerar energia em um dado momento contém uma ponderação que equilibra *economicidade* (que aponta para a energia de fonte hídrica) e *segurança de abastecimento futuro* (que sinaliza o uso de usinas termoelétricas). Esse equilíbrio é tradicionalmente encontrado, no Brasil, através de técnicas e modelos matemáticos que indicam o “despacho ótimo” que deve ser seguido a fim de se manter uma boa relação entre custo de operação e risco de abastecimento.¹⁷

Esse último aspecto encarece o fato de que as usinas, hidráulicas e térmicas, operam em coordenação, ou seja, integradas em um sistema. E tal é possível, sobretudo, em razão da configuração das redes de transmissão de energia no Brasil.

V – Características da transmissão – a rede básica de transmissão e o Sistema Interligado Nacional – SIN

Viu-se acima que as usinas hidrelétricas (e apenas elas) possuem um elemento de integração “natural”, consubstanciado na conformação da rede fluvial brasileira.

¹⁷ Consideram-se ainda neste processo as restrições operativas das usinas termoelétricas. Isto é, assim como as hidráulicas (cujas restrições operativas estão fortemente ligadas a questões físicas – defluência mínima, volume máximo operativo, etc.), as termoelétricas possuem restrições que impingem certas configurações de despacho: a chamada “geração mínima”. Essa geração mínima irá definir se a usina terá um modo de operação tipo contínuo (operação na base da curva de carga, normalmente adotada para usinas hidroelétricas) ou tipo instantâneo (operação na ponta, normalmente adotada para usinas mais caras, que são despachadas apenas para cobrir os picos de demanda). A geração mínima pode ser originária de aspectos construtivos da usina (como nuclear por exemplo) ou de aspectos comerciais (contratos de suprimento de combustível, requerendo valores mínimos de consumo). Esse aspecto define a chamada “flexibilidade operativa” da usina.

Pois a esse fator espontâneo acrescenta-se outro, “construído”, i.e., as redes de transmissão do SIN. Dada a sua configuração, pode-se dizer que *no Brasil, a transmissão de energia não tem apenas a função de ligar a usina ao centro de consumo (ou à rede de distribuição) com um mínimo de perdas elétricas* (como na fig. 1). *Ela realiza uma tarefa energeticamente estratégica, qual seja, a de integrar unidades de geração de energia elétrica submetidas a diferentes condições de operação* (em função de diversidades climáticas, hidrológicas, de acessibilidade de combustível, de situação técnica etc.), *para o melhor aproveitamento possível de todas as potencialidades do sistema* (fig. 2).

De fato, a principal característica do SIN é que ele promove a interdependência entre a grande maioria das usinas de geração de energia elétrica, estejam ou não “naturalmente” interligadas pela hidrografia, sejam elas hídricas ou térmicas, e aproveita com isso as diferentes situações das diferentes usinas. Em um sistema interligado pode-se, por exemplo, “transferir” – dentro de certos limites, i.e., considerando as “restrições de transmissão” – a energia de uma região que a tem em abundância por estar em período de chuvas e com reservatórios cheios de água, para outra carente, por estar atravessando um período de seca, com reservatórios vazios. Ou ainda: pode-se “substituir” usinas que, por uma emergência, deixaram de gerar energia, por outras, mesmo que situadas no outro extremo do país.

Fisicamente, compõem o SIN as regiões Sul-Sudeste, parte do Centro-Oeste, Nordeste e parte do Norte. São mais de 80.000 Km de redes de transmissão, com tensões que variam desde 130 até 750 kV. Em termos de território, apenas a Amazônia e parte do Centro-Oeste estão fora de sua cobertura e são atendidos pelo que se convencionou chamar de “sistemas isolados”.¹⁸

¹⁸ Nos Sistemas Isolados, em outubro de 2003, havia 345 centrais elétricas em operação assim distribuídas: (i.) Região Norte: 304; (ii.) Estado de Mato Grosso: 36; (iii.) Estados de Pernambuco, Bahia, Maranhão e Mato Grosso do Sul: 5. Tomados em conjunto, esses sistemas cobrem quase 50% do território nacional e consomem em torno de 3% da energia elétrica utilizada no País. Os mais importantes Sistemas Isolados, do ponto de vista da dimensão do consumo, são os que atendem às capitais da região Norte – Manaus, Porto Velho, Macapá, Rio Branco e Boa Vista – exceto Belém, que está interligada ao SIN. Nos sistemas de Manaus, Porto Velho e Macapá, a geração de eletricidade é hidrotérmica. Em Rio Branco a geração local é puramente térmica, com o suprimento complementado por meio da interligação, em 230 kV, ao sistema de Porto Velho. O sistema que atende Boa Vista e parte do interior do Estado de Roraima passou a ser suprido pela energia importada da Venezuela, por meio de

Além de propiciar ganhos decorrentes das diferentes situações em que se encontram os inúmeros centros de produção de energia espalhados pelo território nacional, o SIN proporciona maior segurança operacional, ao aumentar as variedades de escoamento da energia elétrica gerada pelas usinas. Em outras palavras, é possível fazer chegar a energia elétrica aos locais onde é exigida por diferentes caminhos, bem como é possível minimizar mal-funcionamentos do sistema, por meio da adoção de “rotas alternativas” de escoamento da energia elétrica.

O potenciamento da geração bem como o aumento da segurança operacional do sistema tornam imprescindível uma operação coordenada das redes de transmissão que compõem o SIN. De fato, para atingir-se tais efeitos não se pode operá-las sob o horizonte restrito “usina/rede de transmissão/rede de distribuição”, mas há de se ter uma visão conjunta do comportamento de todos os “corredores elétricos” conectados aos variados centros de produção e de consumo.

VI – Atendimento da demanda de energia elétrica com segurança, economicidade, qualidade e garantia de disponibilidade – Planejamento da Operação

Utilização da água para outros fins, respeito ao meio ambiente, atenção às demais usinas localizadas na mesma bacia hidrográfica, equacionamento e aproveitamento das diferenças climáticas e hidrológicas das diferentes regiões, controle dos fluxos de energia que transitam pelas partes do país eletricamente interligadas, diferentes custos para geração de energia elétrica etc.: tudo isso deve ser considerado juntamente com o objetivo de se atender instantânea e exatamente a demanda espalhada por (quase) todo o território nacional com segurança operativa e racionalidade econômica e ainda com atenção ao abastecimento futuro.

Bem se vê que a consideração de todos esses fatores requer uma atividade contínua e metodologicamente estruturada de coleta, organização e análise de diversos tipos de informação com vistas à tomada de decisões, bem como uma visão global do comportamento de todos os sujeitos interessados na produção e consumo de energia elétrica. Dado que se está falando

uma interligação, em 230 kV, com o sistema da hidrelétrica de Guri, naquele país. A maioria dos sistemas do interior desses Estados é suprida por unidades geradoras a diesel.

do funcionamento do setor, tais decisões redundam em ações relativas à *operação* do parque elétrico brasileiro. Em síntese, a indústria elétrica exige um complexo *Planejamento da Operação*, o qual consiste em processos de planejamento de longo (cinco anos à frente com discretização mensal – *Plano Anual de Operação*), médio (três meses à frente com discretização semanal – *Programa Mensal de Operação*), e curto prazo (um mês à frente com discretização horária – *Programação Diária da Operação*).

Uma vez conhecidos os dados relativos às condicionantes (e são tantos!) e na busca dos objetivos indicados, procura-se o melhor ponto de equilíbrio; procura-se, em termos técnicos, *otimizar a operação*. A idéia toda pode ser resumida da seguinte forma: *o planejamento da operação do setor elétrico incorpora ou considera condicionantes de variados tipos e determinados objetivos, buscando compatibilizá-los entre si. Quando tal compatibilização é alcançada, diz-se que a operação está otimizada, i.e., que se obtém a energia elétrica da forma mais segura, econômica e adequada possível.*

A segurança envolve inúmeras exigências: respeito aos limites operativos das usinas e dos equipamentos; respeito aos limites da rede de transmissão para trocas energéticas entre bacias e regiões; manutenção das condições adequadas de tensão e frequência; minimização da possibilidade de ocorrerem contingência; incremento da possibilidade de recomposição do sistema em caso de falha etc.

A adequação, em termos singelos, consiste na produção e “entrega” de uma energia com características físicas tais que possibilitem a realização do trabalho para o qual é requerida (poder-se-ia falar de “qualidade”, ao invés de “adequação”).

Por fim, a economia envolve a escolha dos menores custos de operação, sem desconsiderarem-se os horizontes de curto prazo de disponibilidade de energia elétrica.

Períodos de tempo que ultrapassam o curto prazo já dizem respeito a outro tipo de cálculo, relativo já não mais à operação, mas à *expansão do sistema*. E com isso passa-se ao próximo tópico, dedicado, exatamente, às condições para incremento físico da oferta de energia elétrica no tempo e no espaço.

VII – Garantia da oferta futura e expansão do setor elétrico – Planejamento da Expansão

Lembre-se que, de modo geral, usinas e redes de transmissão requerem períodos não curtos para entrarem em operação; que demandam capital que normalmente não vem mobilizado com facilidade e instantaneidade. Lembre-se também que se trata de uma indústria de capital intensivo, na qual o sobre-investimento tem conseqüências econômicas desastrosas para o investidor ou para o consumidor, de modo que idealmente a oferta deve acompanhar de muito perto a demanda, sem que se permita correr um risco do desabastecimento (dada óbvia a importância da utilidade, cfe. adiante). Considere-se, ainda, que a demanda por energia no Brasil é crescente e contínua, mesmo em períodos de baixo ou nulo crescimento econômico (em países subdesenvolvidos como o Brasil, isto ocorre pelo ingresso de novos usuários).

Para que a expansão da oferta se dê de forma *ótima*, exige-se, assim, *planejamento. Planejamento da Expansão.*

Dadas as notas características da indústria elétrica, os horizontes de planejamento da expansão costumam ser divididos em três blocos temporais: (i.) estudos de longo prazo, entre 20 e 30 anos, nos quais se estabelecem as linhas mestras de desenvolvimento do sistema, a composição esperada do parque gerador e dos grandes troncos de transmissão, os programas de desenvolvimento tecnológico-industrial e ainda metas para o horizonte de médio prazo; (ii.) estudos de prazo médio, entre 10 e 15 anos (Planos Decenal e Quinquenal de Expansão). Aqui é feito o equacionamento do atendimento ao mercado para os próximos 15 anos, o estabelecimento da alternativa de expansão do sistema elétrico condicionada pelos resultados dos estudos de longo prazo. Por fim, tem-se (iii.) o planejamento da expansão de curto prazo, entre 3 e 5 anos, constituindo-se, sobretudo, em ajustes das decisões da alternativa de médio prazo a variações conjunturais como variação de mercado, restrições de investimento e cronograma de obras (normalmente é a revisão do Plano Decenal, o qual está em permanente contato com o Plano Anual de Operação).

Esses estudos de planejamento costumam ter por tarefas avaliar a evolução, no tempo e no espaço, dos requisitos de mercado, programar os meios de produção e transmissão de energia elétrica mais convenientes para atendimento aos requisitos projetados, estabelecer diretrizes e metas a longo prazo, bem como avaliar condicionantes de curto prazo e, ainda, compati-

bilizar diretrizes e metas a longo prazo com condicionantes de curto prazo, através de revisões periódicas do plano de expansão.

Tudo isso com o objetivo de (a.) determinar meios necessários para garantir o atendimento futuro confiável e econômico aos consumidores de energia elétrica; (b.) minimizar risco de ociosidade prematura ou sobre-investimentos desnecessários que oneram os consumidores; (c.) propiciar prazos necessários para a programação dos recursos tecnológicos, financeiros, humanos e organizacionais compatíveis com as metas de expansão do sistema elétrico e, finalmente, (d.) conferir flexibilidade ao plano de expansão, tendo em vista as incertezas inerentes às projeções de mercado e de custos, bem como oportunidades e riscos detectados na elaboração ou na implantação do plano.

VIII – Uma fase negligenciada: a distribuição de energia

Tradicionalmente, quando se trata de caracterizar um determinado setor elétrico, centra-se a atenção nos segmentos de geração e transmissão, supondo-se que a fase (fisicamente) final, da distribuição, tenha um comportamento e uma conformação padrão que pouco muda, em comparação com os traços da geração e da transmissão.

Independentemente de quanto possa ser acertada esta percepção, convém lançar algumas breves notas sobre a distribuição de energia elétrica, visto ser ela um dos “serviços de energia elétrica” referidos pela Constituição e envolver não poucas “instalações”, cfe. art. 21, inc. XII, b. Além disso, tenha-se presente que ela é tão importante quanto as demais na tarefa de propiciar energia elétrica para atender às necessidades nacionais e que o número de sujeitos que gozam desta utilidade essencial (energia elétrica) é diretamente dependente da capilarização das redes de distribuição no território. São estas instalações que conectam todo o sistema à unidade consumidora.

Tal como a transmissão, a instalação fundamental da distribuição é o conjunto de fios e postes que formam a rede elétrica. Esta rede, porém, transmite energia em baixa tensão e está, como dito acima, diretamente conectada às unidades consumidoras.¹⁹ Atualmente, as redes de distribuição

¹⁹ Embora em certos casos especiais grandes consumidores podem estar conectados às redes de transmissão.

espalhadas pelo país atendem a cerca de 95% das unidades que necessitam de energia elétrica.

Do ponto de vista econômico, costuma-se tratar a fase da distribuição como *um monopólio natural*.

Por esta teoria econômica, os custos de exploração e os preços a pagar pelos consumidores seriam maiores se fosse introduzida a concorrência neste segmento da indústria. A idéia que está por traz do monopólio natural é singela e envolve o conceito de economia de escala. Uma só estrutura (rede) pode atender a um número indeterminado de consumidores, com baixos custos incrementais (de adição de um consumidor novo). A duplicação – ou multiplicação – de redes em um mesmo território oneraria sobremaneira todos e cada um dos consumidores a elas conectados que não dividiriam o custo principal. No limite, poder-se-ia pensar na situação absurda de ter-se *cada consumidor* conectado ao sistema de transmissão por *uma rede*, por ele inteiramente custeada.

A teoria econômica que cuida da distribuição enquanto monopólio natural preconiza que o setor, por não estar sujeito à competição, seja especialmente regulado, para que se evitem abusos no exercício da atividade. A regulação a que se sujeita tal atividade é tanto de caráter econômico – para garantir a expansão e operação a preços compatíveis – como de caráter técnico – para garantir a qualidade do serviço de fornecimento.

Tecnicamente, o serviço de distribuição atende o fornecimento de energia dos consumidores de média e baixa tensão (34.5 kV, 13.8 kV, 380 kV, 220 V e 127 V). Nas regiões mais desenvolvidas e nas áreas metropolitanas, cargas de maior porte podem também ser supridas pela distribuição primária, ou “subtransmissão”, a 69 kV, 138kV e até 230kV. Os sistemas de distribuição de energia elétrica brasileiros (redes elétricas) são predominantemente aéreos, radiais em todas as regiões, com configurações de distribuição urbanas subterrâneas nos maiores centros populacionais como São Paulo, Porto Alegre, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Curitiba, Salvador e Brasília.²⁰

As companhias de distribuição são atualmente responsáveis pela preparação e planejamento dos projetos de extensão da rede (Planejamento

²⁰ Nas áreas rurais, sistemas de 3 e 4 fios são utilizados, juntamente com os sistemas monofásicos (fase-fase, fase-neutro e retorno à terra). A escolha do sistema apropriado varia de companhia a companhia dependendo da densidade de carga da região, do tipo de carga e da disponibilidade de recursos.

da Expansão da Distribuição), realizando os trabalhos de construção necessários para o fornecimento de energia aos consumidores, juntamente com a operação e a manutenção de seu próprio sistema – de acordo com os níveis de qualidade de fornecimento adequados.

Este planejamento é composto pelos planos de expansão das redes de alta, média e baixa tensão, os quais possuem características específicas. No que se refere à tecnologia de planejamento de redes, esta área sofreu grandes avanços nos últimos tempos, procurando-se automatizar e controlar, mesmo à distância, as operações pertinentes, através de estudos apurados e com uso de modernos centros de operação, chegando-se hoje a uma preocupação crescente com o problema da qualidade da energia.²¹

Estas são, sucintamente apresentadas, as principais características técnicas e econômicas da indústria que devem ser consideradas pelo jurista em sua análise das normas pertinentes ao setor. A elas convém acrescentar uma outra característica que se poderia qualificar de “social” e que assume, hoje, a condição de obviedade.

IX – Absoluta relevância social

Considere-se o grande número de empregos gerados, a dimensão dos capitais mobilizados e dos recursos naturais estratégicos utilizados na indústria elétrica, o volume econômico-financeiro movimentando continuamente pelo setor, dentre outros fatores. Só por estes, ela mereceria um destaque pela importância que possui na economia do país.

Mas, por sobre todos eles está a importância *intrínseca da utilidade produzida*, da *energia elétrica*. E é tal esta importância que se pode dizer ser a energia elétrica um elemento *constitutivo da sociedade e do Estado*

²¹ Os índices de qualidade são, basicamente: (a) DEC: representa o tempo médio durante o qual cada consumidor, em dado grupo ficou sem energia elétrica durante um certo período – expresso em horas. (b) FEC: representa o número médio de interrupções sofridas pelo consumidor individualmente, em dado grupo, durante um certo período. (c) DM: representa o tempo médio para o restabelecimento do fornecimento subsequente às interrupções de fornecimento – expresso em horas. Os níveis aceitáveis destes índices são definidos de acordo com a densidade e a configuração dos sistemas em exame, e variam de 15 horas a 120 horas por ano de interrupção para DEC e de 20 a 90 interrupções por ano para FEC.

moderno, sem a qual suas instituições econômicas e políticas materialmente não funcionam.

Encarecer este aspecto hoje pode parecer truísmo, mas torna-se necessário, quanto mais não fosse, para eliminar de vez uma discussão jurídica que – incrivelmente – ocupou muito tempo de nossa doutrina em meados do século passado. No contexto da dicotomia entre *serviços públicos* e *serviços de utilidade pública* indagava-se se as atividades ligadas à produção e fornecimento de energia elétrica seriam *necessárias* (serviços públicos) ou *meramente úteis* (serviços de utilidade pública) *à sociedade* e, em última análise, à conformação estatal.

“Meramente útil” significava que a utilidade produzida poderia deixar de existir, sem que tal causasse mais do que eventuais desconfortos ou transtornos que não colocariam em risco a sobrevivência social e a coesão estatal. Parte da doutrina – Pontes de Miranda, por exemplo – sustentava tratar-se de atividade que aportava somente comodidade à organização social.

Considera-se esta opinião completamente equivocada e muito perniciosa para uma correta exegese constitucional. Sobretudo porque são tarefas como essa que mais de perto concorrem para a realização dos valores constitucionais estampados nos arts. 1º e 3º da Carta e que por isso são dotadas por ela de um regime jurídico *diferenciado*.

Com efeito, dada a forma como se estruturou a sociedade contemporânea, é de se ter a produção, transporte e fornecimento de energia elétrica como atividades de absoluta relevância social e, assim, imprescindíveis.

Essa constatação isolada, no entanto, não importa em qualquer pré-julgamento de caráter normativo ou acerca da natureza jurídica da atividade. Sugere, apenas, que o Direito lhe empreste particular atenção, sem determinar aprioristicamente a sua forma jurídica.

Conclusões

É chegado o momento de se colherem os pontos não jurídicos principais, para poder empreender-se com frutos a análise propriamente jurídica.

- Energia elétrica é uma forma de energia e a indústria elétrica é uma das indústrias do setor energético. Obtém-se-a a partir do movimento das pás de uma turbina acoplada a um gerador, que converte a energia mecânica em elétrica através do fenômeno da indução eletromagnética; esta energia mecânica, por sua vez, é

produto de formas anteriores de energia – potencial, da água em queda; cinética, obtida com a combustão de certos produtos etc., chamados *fontes de energia*;

- As atividades da indústria elétrica são quatro: geração, transmissão, distribuição e comercialização; as três primeiras envolvem atividades de manejo físico da energia e instalações próprias. A comercialização consiste, apenas, na transação da utilidade (compra e venda);
 - A energia elétrica deve ser produzida e transportada na exata medida em que é requerida e no exato montante demandado;
 - A maior parte da energia elétrica produzida no Brasil provém de uma fonte de energia *renovável*, a água, mais precisamente o *potencial hidráulico*, cuja exploração ainda não atingiu 50% do total estimado; complementam o parque gerador sobretudo usinas termoeletricas que se valem de variados elementos: *fontes não renováveis* como os combustíveis fósseis (gás natural, derivados de petróleo, carvão mineral), e o combustível nuclear (urânio); *fontes renováveis* como a biomassa
- o A geração de energia a partir da exploração do potencial hidráulico tem as seguintes características básicas:
- Possui dimensões que variam de 1 MW de potência até 12.000 MW;
 - Deve respeitar os demais usos da água, bem como ocorrer com a menor agressão possível ao meio-ambiente e às populações afetadas (esses dois últimos problemas se fazem sentir, sobretudo, na fase de construção);
 - Deve realizar-se em atenção às demais usinas hidrelétricas que se encontram na mesma bacia ou sub-bacia hidrográfica;
 - Possui longos prazos de construção e emprega larga quantidade de capital nesse processo;
 - Tem uma vida útil longuíssima;
 - Possui baixo custo de operação, mas vale-se de um combustível aleatório que, se usado de forma inadequada pode causar insuficiência de abastecimento futuro;
 - Opera como fonte energética prioritária do sistema brasileiro.

- o Por contraste, a geração termoeletrica:
 - Tem dimensões que se situam, em geral, até 1200 MW;
 - É menos agressiva ao ambiente na sua fase de construção, mas em geral muito poluente quando de sua operação;
 - Consome tempos menores de construção e necessita de menos capital em comparação com uma usina hidrelétrica equivalente (o que não significa que não seja um empreendimento de capital intensivo);
 - Possui uma vida útil mais reduzida;
 - Possui custo de operação mais alto do que a hidrelétrica devido à necessidade de compra do combustível;
 - Opera, no Brasil, de forma complementar às usinas hidroelétricas;
- A maior parte do território nacional está eletricamente interligada por uma rede de transmissão que conecta as diferentes usinas geradoras (hídricas e térmicas) aos diferentes centros de consumo. Trata-se do Sistema Interligado Nacional – SIN.
 - o Essa rede não apenas permite o fluxo de energia dos centros de produção aos de consumo, mas tem uma função energética estratégica: melhora a performance do parque gerador brasileiro, aproveitando-se das diferentes situações a que estão submetidas as usinas, e garante maior segurança na operação;
 - o Sua operação deve ser realizada com pleno conhecimento das possibilidades de geração, das exigências de consumo e das alternativas de “escoamento” da energia, i.e., a rede deve ser operada em benefício do *sistema elétrico como um todo*.
- Tanto as características da geração hidráulica quanto a existência do SIN exigem uma atividade de *planejamento da operação*. Esse planejamento necessita de uma enorme quantidade de dados relativos aos mais diversos aspectos da indústria (possibilidade e condições de geração, comportamento das redes de transmissão, necessidades de consumo etc.) e busca minimizar o custo total da operação e garantir o abastecimento (presente e futuro) com qualidade e em atendimento às exigências ambientais e de uso múltiplo das águas; em uma palavra, o planejamento da operação busca a *otimização energética*.

- Não é, porém, somente a operação que necessita de planejamento. Ele existe também na *expansão* do setor. Seu objetivo é a garantia, no tempo, da oferta em face da demanda, em condições ótimas, i.e., com suficiência, economia e qualidade no futuro (e sempre em atenção às condicionantes porventura existentes).
- A distribuição de energia:
 - o É uma atividade “de rede” que, porém, não individua um determinado setor elétrico de seus congêneres, dada a extrema padronização de sua configuração e operação;
 - o É caracterizada economicamente como um “monopólio natural”.
- Com todas essas características, a energia elétrica é uma utilidade *indispensável* para a Sociedade e o Estado modernos.



A TEORIA DO ABUSO DE DIREITO: UMA ALTERNATIVA PARA INTERPRETAR A JURISPRUDÊNCIA AMERICANA SOBRE REFUSALS TO DEAL

*Mauro Hiane de Moura**

Abstract: a lei sobre refusals to deal é incrivelmente confusa – um cenário que decorre, em parte, do fato de que, embora os Tribunais sempre utilizem certas expressões-chave nas decisões que versam sobre esse tema, seu significado muda sutilmente de caso para caso. Nesse contexto, ainda que recusas de venda praticadas por um monopolista sejam tradicionalmente classificadas como casos típicos de monopolização, alguns casos sugerem que esse tipo de conduta tende a ser analisado sob uma moldura teórica diferente. Essa moldura teórica coloca grande ênfase em intenção específica e envolve ferramentas analíticas que desviam, em certa medida, do padrão aplicado a casos de monopolização. Embora ela não corresponda, oficialmente, ao estado da lei contra monopolização, a aplicação da teoria do abuso de direito a cenários de recusas de venda ajuda a explicar uma parcela substancial dos resultados atualmente suportados pela Suprema Corte, e oferece uma razão clara para a rejeição da doutrina das essential facilities.

Palavras-chave: Sherman Act – monopolização – abuso de direito – essential facilities – refusals to deal.

1. Introdução

A idéia de que recusas de venda (“refusals to deal”) praticadas por um monopolista podem ser enquadradas como uma violação à Seção 2 do Sherman Act possui ampla aceitação. Isso, contudo, não quer dizer muito, porque diferentes teorias têm sido apresentadas para explicar o que deve e o que não deve contar como uma recusa de venda ilícita, e definir quais testes devem ser aplicados pelos Tribunais para identificar tais hipóteses propriamente.

* Bacharel em Direito, com láurea acadêmica, pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Economia Empresarial pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito (LL.M.) pela Universidade de Chicago. Pós-graduando em Economia do Direito da Concorrência pela Universidade de Londres. Advogado.

Veja-se, por exemplo, o que ocorre com a doutrina das *essential facilities*: de um lado, consumidores tentam utilizá-la para garantir seu suprimento de um determinado bem; de outro, companhias telefônicas invocam-na para garantir acesso às redes de prestadoras de serviços de longa distância, ou às redes de seus competidores. Em alguns casos, contudo, a doutrina das *essential facilities* é totalmente ignorada, e o elemento subjetivo da conduta do monopolista quando ele recusou-se a negociar com alguém torna-se o elemento chave da análise judicial. Alguns casos, por fim, forcem o réu a apresentar uma justificativa legítima para seu comportamento, enquanto outros sugerem que o autor possui o ônus de provar que o réu buscou um certo rumo de ação enquanto possuía uma determinada intenção.

Resumidamente, a lei sobre recusas de venda é incrivelmente confusa – um cenário que decorre, em parte, do fato de que, embora os Tribunais utilizem certas expressões-chave em todo caso que versa sobre esse tema, o significado de tais expressões muda sutilmente em cada um deles. Nesse contexto, ainda que recusas de venda sejam tradicionalmente classificadas como casos típicos de monopolização, alguns casos julgados pela Suprema Corte sugerem que esse tipo de conduta tende, na realidade, a ser analisado de acordo com uma moldura teórica diferente. Essa moldura teórica coloca grande ênfase em *intenção específica*, sendo similar à teoria do abuso de direito, e envolve ferramentas analíticas que desviam do modelo aplicado a casos de monopolização. Meu objetivo, neste artigo, é identificar esses casos e oferecer uma maneira alternativa de explicar o que deve e o que não deve contar como uma recusa de venda ilícita sob o regime do Sherman Act.

O artigo inicia, na segunda parte, com uma descrição breve das origens e do papel da doutrina do abuso de direito, explicando como ela apareceu nos sistemas Continentais e indicando sua compatibilidade com o sistema norteamericano. A seguir, descreverei os testes básicos utilizados pelas Cortes para aplicar a Seção 2 do Sherman Act – para, na quarta parte, analisar precedentes-chave de recusas de venda. Na quinta parte, utilizarei a doutrina do abuso de direito para explicar o que *realmente* foi feito nos casos analisados na quarta parte do artigo, oferecendo um meio alternativo de entendê-los.

2. A Teoria do Abuso de Direito no Sistema Anglo-Americano

A doutrina do abuso de direito surgiu na França, durante o século dezenove, como uma maneira de compensar o amplo alcance da definição do Código de Napoleão referente a direitos de propriedade. De acordo com o Código, a propriedade forneceria um direito absoluto de uso e disposição,

desde que tais usos não contrariassem outras leis e regulamentos. Os Tribunais franceses, contudo, rapidamente encontraram uma maneira de eliminar alguns dos resultados indesejáveis que poderiam ser produzidos por uma formulação tão ampla, e desenvolveram a doutrina do abuso de direito. Uma das decisões mais antigas em tal direção foi produzida pela Corte de Colmar, declarando que “os limites do direito de propriedade são definidos por um interesse sério e legítimo, e, por conseqüência, eles não autorizam ações lesivas (no caso, a construção de uma chaminé) que não são justificadas por razões de utilidade e que são destinadas a causar prejuízo aos interesses de terceiros”.¹

Atualmente, a idéia de abuso de direito é compartilhada pela grande maioria dos sistemas Continentais, muito embora suas características variem de lugar para lugar. As maneiras diferentes em que o conceito é implementado podem ser classificadas em três grupos, que chamarei “*intencionalista*”, “*objetivista*” e “*mista*”. Para a vertente intencionalista, *intenção maliciosa* é o elemento essencial para a definição de abuso – o artigo 833 do Código Civil Italiano, por exemplo, afirma que o proprietário não pode praticar atos que não tenham outra finalidade que não prejudicar ou causar dano a outrem.² Em uma mesma linha, de acordo com o artigo 1295, parágrafo 2º, do Código Civil Austríaco, qualquer um que exercite seus direitos com a finalidade manifesta de lesar os interesses de outrem é responsável por danos.³

Onde a teoria objetivista é adotada, um abuso existe quando, à luz das circunstâncias, o exercício de um direito é irrazoável, ou seus efeitos são excessivos. Na Suíça, por exemplo, se um direito é exercido de uma maneira que causa dano a terceiro, quando uma maneira menos lesiva de exercê-lo era possível, há abuso.⁴ Em Portugal, o artigo 334 do Código Civil indica que o exercício de um direito é ilegítimo quando seu titular manifestamente exceder os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito.⁵

¹ Vera Bolgar, *Abuse of Rights in Europe*, 35 La. L. Rev. 1021 (1974-1975).

² Codice Civile, art. 833. Atti d'emulazione – Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri.

³ Joseph Voyame *et al.*, *Abuse of Rights in Comparative Law*, 30, in *Colloquium, Abuse of Rights and Equivalent Concepts: the Principle and its Present Day Application* (Council of Europe, 1990).

⁴ *Id.*, pág. 37.

⁵ Decreto-Lei n. 47.344, de 25 de Novembro de 1966, Artigo 334. (Abuso do direito) – É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os

Na abordagem mista, Tribunais considerarão a natureza objetiva do ato de exercício de um direito e a intenção de seu titular. Como exemplo, leia-se o artigo 13(2) do Código Civil de 1992 da Holanda, conforme o qual “situações de abuso de direito são o exercício de um direito com a única intenção de lesar a outrem, ou por um propósito diferente daquele para o qual o direito foi concedido; ou o exercício de um direito quando seu titular não poderia razoavelmente ter decidido exercê-lo, dada a desproporção entre o interesse no exercício do direito e o dano causado por tal conduta”.⁶

A Inglaterra e os Estados Unidos pertencem a uma *quarta* categoria de países: aqueles que não reconhecem, *abertamente*, a existência de uma doutrina de abuso de direito. Usualmente, com o propósito de demonstrar que o conceito não possui lugar dentro do sistema Anglo-Americano, faz-se referência ao caso *Mayor of Bradford v. Pickles*, [1895] AC 587. Nele, um certo senhor Pickles cavou poços em sua propriedade – e, muito embora tenha declarado fazê-lo apenas para drenar algumas camadas de pedra subterrâneas, seu propósito específico era *reduzir o suprimento de água da comunidade* na qual se inseria. Pickles esperava que, desse modo, ele pudesse auferir alguns lucros no futuro – pois a comunidade seria obrigada a (i.) comprar suas terras ou (ii.) pagar-lhe por alguma espécie de direito que lhes concedesse acesso à água.

Em outras palavras, Pickles exerceu seu direito com uma única finalidade: lesar a comunidade. Depois que uma medida restritiva contra Pickles foi deferida, o caso foi submetido à Chancery Division – e, muito embora nenhum dos Lordes julgando o caso possuísse qualquer dúvida sobre a intenção real de Pickles, eles *deixaram de ordenar que os poços fossem fechados*. A decisão mostra que os Lordes *conheciam* a doutrina conforme a qual Pickles poderia ser impedido de maliciosamente exercer seus direitos legais e simplesmente declara que tal princípio *não havia encontrado lugar* no sistema inglês.⁷

limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito.

⁶ Michael Byers, *Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age*, 47 McGill L.J. 389 at 394-395 (2002).

⁷ *Corporation of Bradford v. Pickles*, [1895] 1 Ch 145. Depois de uma avaliação inicial, Lorde Herschell explicou que “*there [remained] the point to which I adverted, viz., the argument that, even if the Defendant is not otherwise infringing any rights of the Plaintiffs, he may be restrained from a malicious exercise of his legal rights,*

A disputa foi enviada à Câmara dos Lordes. Lá, o caso foi litigado sob a premissa de que Pickles havia agido maliciosamente, e sob a teoria de que um uso “que seria, em outras circunstâncias, justificável, deixa de sê-lo quando seu objeto é lesar a outrem”.⁸ A decisão do Tribunal *a quo*, contudo, foi mantida. A Câmara dos Lordes explicou que havia decidido uma questão idêntica em *Chesmore v. Richards*, 7 H.L.C. 349 – onde declarou que “o proprietário tinha um direito de fazer o que havia feito, independentemente de seu objeto ou finalidade, e ainda que a finalidade esteja totalmente desconectada do desfrute de seu próprio patrimônio”.⁹ As conseqüências dessa posição foram claramente explicadas por Lorde Macnagthen:

Muito talvez pudesse ser dito em defesa ou em ataque à conduta do Sr. Pickles. Mas a resposta real para o pedido da municipalidade é que, em um tal caso, motivos são imateriais. É o ato, não o motivo do ato, que deve ser considerado. Se o ato, separado do motivo, enseja o aparecimento de dano sem violação legal, o motivo, independentemente do quão repreensível possa ser, não irá fornecer esse elemento.¹⁰

Uma característica interessante desse caso é que os autores tentaram invocar a autoridade de *Chesmore v. Richards*, citando um trecho no qual era afirmado que “todo homem tem um direito às vantagens naturais de seu terreno [...], mas de acordo com a regra da razão e a lei ‘sic utere tuo ut alienum non laedas’, parece certo entender que ele deva exercer seu direito em uma maneira razoável, com tão pouco dano aos direitos de seu vizinho quanto possível”.

his design being to injure the Plaintiffs, and not to benefit himself. There is the high authority of Lord Wensleydale for stating that this principle has not found a place in our law. No case has been cited where relief has been given by the Courts on any such ground”. Lord Lindley, em complemento, explicou que “the only question a Court of Law or Equity can consider is whether the Defendant has a right to do what he threatens and intends to do. If he has he cannot be interfered with, however selfish, vexatious, or even malicious his conduct may be: see Chesmore v. Richards”. Grifei.

⁸ “The respondent in diverting this water is not making a reasonable use of the land. He is acting maliciously, and the cases shew that a user which would otherwise be justifiable ceases to be so when the object is to injure another”. *Mayor of Bradford v. Pickles*, [1895] AC 587. Grifei.

⁹ *Id.*

¹⁰ *Id.* Grifei.

Infelizmente para os autores, o voto condutor também disse que “o *Direito Civil* [dos sistemas Continentais] *considera um ato, que em outro contexto seria considerado legal, ilegal se praticado com a intenção maliciosa de lesar um vizinho, animo vicino nocendi. O mesmo princípio é adotado pelas leis da Escócia, onde um ato é proibido se ‘praticado em aemulationem vicini’, mas esse princípio não encontrou lugar em nosso direito*” (grifei). Em *Mayor of Bradford v. Pickles*, portanto, Lorde Watson corretamente explicou que “os nobres e ilustrados Lordes que participaram na decisão de *Chasemore v. Richards* entenderam que a doutrina não tem lugar na lei da Inglaterra”.

O caso anterior serve de ilustração à idéia de que o sistema inglês não conhece a idéia de abuso de direito. Um comentarista reconhece que pontos isolados da lei referente a *nuisance* regulam boa parte do território coberto pela teoria do abuso de direito, mas explica que essas são instâncias isoladas, e que a lei da Inglaterra recusou-se a adotar a teoria como um princípio geral – simplesmente perguntando *o que* o réu fez, e não *por qual motivo* ele o fez.¹¹ Muito embora as causas reais de tal condição sejam desconhecidas, é possível pensar em vários motivos potenciais; uma opção seria fundamentar a rejeição da doutrina na concepção *individualista* de direitos individuais do sistema inglês, ou no fato de que a maioria dos autores ingleses está convencida de que as intenções de um indivíduo desafiam a análise racional.¹²

De qualquer maneira, nos Estados Unidos, a visão absolutista de direitos que provavelmente gerou a rejeição da doutrina do abuso de direito na Inglaterra foi *modificada* – e, como resultado, uma teoria *mais moderada* emergiu. Essa teoria *não é incompatível* com a idéia de que, em certos cenários, o exercício de um direito pode levar a um resultado ilegal porque o titular de tal direito agiu com uma intenção maliciosa. O melhor meio de ilustrar as diferenças entre os dois sistemas é o caso *Burke v. Smith*, 68 Mich. 380 (1888), como explicarei abaixo.

Burke e Smith eram proprietários de dois terrenos contíguos. Inicialmente, Smith tinha uma casa que cobria metade de seu terreno, e o lote de Burke estava vazio. Burke então decidiu construir duas casas em seu terreno para, subsequente, alugá-las – o que, aparentemente, incomodou Smith, que decidiu construir mais uma casa na parte remanescente de seu terreno. Os conflitos entre os vizinhos aumentaram e Smith decidiu

¹¹ H.C. Gutteridge, *Abuse of Rights*, 5 Cambridge L.J. 30 (1933-1935).

¹² Ver Voyame, nota 4, *supra*, pág. 40.

construir uma *cerca de madeira*, em sua propriedade, que *impedia que a luz solar chegasse* nas janelas das casas de Burke.

Burke processou Smith, requerendo uma injunção compelindo-o a retirar a cerca de madeira – adotando a teoria de que Burke havia sido movido por uma intenção maliciosa e que sua ação não tinha qualquer propósito prático. A defesa de Smith baseou-se (i.) no fato de que, como a cerca estava dentro de sua propriedade, seus motivos eram irrelevantes, e (ii.) em uma afirmação de que o papel da cerca era impedir que Smith olhasse para as dependências das casas de Burke. A Corte rejeitou as justificativas de Smith e decidiu em favor de Burke, explicando que “*nenhum homem tem um direito legal de fazer uso malicioso de sua propriedade, não para benefício próprio, para para o claro propósito de lesar seu vizinho*”.¹³ O detalhe curioso está em que a maioria que suportou o voto contrário a Smith também invocou, como precedente, *Chasemore v. Richards* – um caso em que, como acima explicado, a conclusão *oposta* foi alcançada:

Em *Chasemore v. Richards*, 7 H.L. Cas. 387, 388, a Corte, ao firmar a regra conforme a qual o proprietário da terra tem direito a seu aproveitamento, e às terras subterrâneas que sob ela estejam, e que ele pode, para obter tal água, escavar um poço em prejuízo de seu vizinho, qualificou a regra dizendo que – “Parece certo dizer que ele deve exercer seu direito de uma maneira razoável, com tão pouco dano ao direito de seu vizinho quanto possível”, e aludiu ao fato de que a lei civil “considera um ato, que, de outra maneira, seria legal per se, ilegal se praticado com a intenção maliciosa de lesar a um vizinho animo vicino nocendi”.¹⁴

A Suprema Corte de Michigan, em outras palavras, adotou a mesma leitura de *Chasemore* que foi adotada, sete anos mais tarde, pelo Prefeito de Bradford (adversário do sr. Pickles na ação referida mais acima) – e que seria *rejeitada* pela Câmara dos Lordes. Não se deve pensar, contudo, que a Suprema Corte de Michigan não estava ciente das possibilidades alternativas de solução do problema: Smith fez expressa referência a uma série de casos que rejeitavam a idéia de que a motivação poderia tornar uma conduta ilícita. A Corte de Michigan, contudo, (i.) declarou que eles não representavam a lei em Michigan, e (ii.) consignou que o resultado defendido pela maioria era

¹³ 69 Mich. 380, 388 (1888).

¹⁴ *Id.*, pág. 386. Grifei.

“justo e equitativo, e poderia ser sustentado, se não pelo peso de precedentes, pela melhor razão e pela melhor autoridade”¹⁵ – apenas então citando *Chesmore*, juntamente com outros casos e tratados¹⁶ que poderiam fornecer apoio à conclusão desejada. *Burke*, por tudo isso, é sinal de uma rejeição deliberada¹⁷ à rota adotada em *Mayor of Bradford v. Pickles*, e serve como símbolo da idéia de que a teoria absolutista de direitos existente na Inglaterra não foi reproduzida nos Estados Unidos.¹⁸

¹⁵ *Id.*, pág. 386.

¹⁶ “*Mr. Cooley, in his work on Torts, in speaking of nuisances, says: ‘If a discomfort is wantonly caused from malice or wickedness, a slight degree of inconvenience may be sufficient to render it actionable.’ Cooley, Torts, 596. Mr. Washburn, in his treatise on Easements quotes with favor the doctrine as to rights in the use of water laid down in Wheatley v. Baugh, supra: ‘Neither the civil nor the common law permits a man to be deprived of a spring or stream of water for the mere gratification of malice. * * * The owner of land on which a spring issues from the earth has a perfect right to it against all the world, except those through whose lands it comes. He has even a right to it against them until it comes in conflict with the enjoyment of their right of property.’ Washb. Easem. (3d ed.) 487, 488”.* *Id.*, pág. 387. (grifei)

¹⁷ O voto divergente menciona que “*it was urged on the argument that there was at least foundation for such relief in the civil law, and that we might follow that if we chose*”. Ver *id.*, pág. 390, (grifei), dando uma boa idéia do contexto em que *Chesmore* foi usado pela maioria. Provavelmente essa é a razão pela qual o voto divergente não faz referência ao fato de que, em *Chesmore*, a Câmara dos Lordes atingiu um resultado inteiramente oposto. Diferentemente, depois da frase acima transcrita, o voto divergente continua com “*I have searched diligently, and found no such authority*”. Aqui, contudo, há uma armadilha sutil: o que o voto divergente procurou, e não encontrou, era uma regra permitindo a criação de uma *servidão* (um *easement*) em benefício de *Burke*, e dando a ele o direito de olhar às dependências de seu vizinho. A despeito disso, a solução de Direito Civil Continental mencionada em *Chesmore* e pelos autores não era uma “*servidão judicial*”, mas a doutrina do *abuso de direito*. Se o voto divergente houvesse procurado por tal solução, teria certamente encontrado referências a ela.

¹⁸ Em 1905, James Barr Ames, Dean da Harvard Law School, investigou o estado da lei sobre cercas restritivas (*spite fences*) e desvio malicioso de água nos Estados Unidos. Ele verificou que “*in thirteen of the fifteen jurisdictions in which the question [had] arisen the courts have declared that the malevolent draining of a neighbor’s spring is a tort. On the other hand, in six of the ten states in which actions have been brought for the malevolent erection of a spite fence, the opinion of the court was against the plaintiff*”. J.B. Ames, *How Far an Act May Be a Tort Because of the Wrongful Motive of the Actor*, 18 Harv. L. Rev. 411 (1905), *apud* Joseph M. Perillo, *Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept*, 27 Pac. L.J. 37, pág. 45.

Assim, ainda que não esteja claramente codificada ou definida, a idéia de abuso de direito não é totalmente estranha ao sistema Americano. Meu objetivo, com os exemplos anteriores, é demonstrar que essa idéia, ainda que não abertamente reconhecida, faz parte do que podemos chamar de “*inconsistente jurídico*” norte-americano – e se manifesta, episodicamente, nas mais diferentes áreas de seu Direito.¹⁹

Deve ser mencionado, de qualquer sorte, que uma cláusula geral de abuso de direito pode não ser tão necessária ao sistema Anglo-Americano quanto é aos sistemas Continentais. Nos países de Direito Civil, direitos são (i.) fundamentalmente, baseados em *textos legais*, onde são (ii.) definidos *amplamente*. Nesse contexto, a doutrina do abuso de direito tem uma *função corretiva*,²⁰ tornando ilícitas certas condutas que poderiam aparentar estar dentro do escopo de uma fórmula textual ampla. Nos países de common law, como direitos tendem a ser *incrementalmente definidos* a partir de *decisões judiciais*, é menos provável que uma doutrina equivalente seja necessária:²¹ é perfeitamente razoável assumir que a evolução paulatina e constante dos direitos nesse sistema tenderá a definir os limites externos de cada direito, em cada momento de tempo, em sua extensão desejável.

A evolução incremental dos conceitos legais nos sistemas de common law, no entanto, tem seus próprios problemas. Às vezes, em razão da doutrina *stare decisis*, Tribunais parecem, na superfície, estar utilizando conceitos legais mencionados nos precedentes que citam – mas, na verdade, estão, subterraneamente, *redefinindo-os* e adaptando-os às necessidades de cada caso. Nesse contexto, a idéia de abuso de direito ainda pode ser útil, ajudando o observador superar aquilo que as decisões *afirmam* fazer e entender aquilo que elas *realmente* fazem. Isso é o que farei a seguir.²²

¹⁹ Um comentarista chegou a pretender que *há* uma *doutrina de abuso de direito* no Direito Americano, “and is employed under such labels of nuisance, duress, good faith, economic waste, public policy, misuse of copyright and patent rights, lack of business purpose in tax law, extortion and others”. Perillo, nota 19, *supra*, pág. 40.

²⁰ Ver A.N. Yiannopoulos, *Civil Liability for Abuse of Right: Something Old, Something New...*, 54 La. L. Rev. 1195 (1993-1994).

²¹ Esta teoria foi oferecida por Pierre Catala and Tony Weir in *Delict and Torts: A Study in Parallel, Part II*, 38 Tul. L. Rev. 221 (1964), *apud* Michael Byers, *Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age*, 47 McGill L.J. 389, pág. 396 (2002).

²² A tese de fundo contida neste artigo é a de que, por trás da linguagem dos testes de monopolização, a Suprema Corte está aplicando uma variante da teoria do abuso de direito para separar o que deve e o que não deve ser visto como uma recusa de

3. A Lei contra Monopolização: da Intenção Específica à Análise Proporcional

A Seção 2 do Sherman Act afirma que “*toda pessoa que monopolizar, ou tentar monopolizar, ou combinar ou conspirar com qualquer outra pessoa ou pessoas, para monopolizar qualquer parte do comércio entre os Estados, ou com nações estrangeiras*”,²³ deve ser considerada culpada por uma infração criminal²⁴ e condenada. Não há definição textual, contudo, do que deva ser considerado “*monopolização*” ou “*tentativa de monopolizar*” – de modo que os Tribunais ficaram com o encargo de interpretar tais conceitos e determinar sua extensão correta.

Na antiga *common law*, “*contratos em restrição ao comércio*” e “*monopólio*” eram idéias conectadas.²⁵ Basicamente, alguém poderia obter um monopólio através de uma série de contratos restringindo os direitos de

venda ilícita. Se essa leitura estiver correta, isso pode demonstrar uma insuficiência comparativa dos sistemas de *common law* em relação aos sistemas de Direito Civil: válvulas de escape normativas como o abuso de direito possuem uma função corretiva. Nos países de *common law*, precisamente em razão de seu funcionamento incremental e retrospectivo, Tribunais não possuem condições de delinear válvulas de escape normativas da mesma maneira; se o fizerem, provavelmente estarão parecendo *afrontar a força dos precedentes que devem respeitar*. A única maneira de respeitar um precedente e adaptá-lo a casos novos é *mudando o significado de suas palavras* – provavelmente, o que foi feito pela Suprema Corte em relação ao tema objeto deste comentário.

²³ No original: “*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations*”.

²⁴ No original, “*felony*”, termo utilizado em oposição a “*misdemeanor*”, que designa infrações criminais de menor potencial ofensivo. Felonies são crimes sérios – na mesma categoria, por exemplo, estão homicídios, estupros e incêndios criminosos.

²⁵ “*This is shown by my Lord Coke’s definition of monopoly as being ‘an institution or allowance (...) whereby any person or persons, bodies politic or corporate, are sought to be restrained of any freedom or liberty that they had before or hindered in their lawful trade.’ It is illustrated also by the definition which Hawkins gives of monopoly wherein it is said that the effect of monopoly is to restrain the citizen ‘from the freedom of manufacturing or trading which he had before.’ And see especially the opinion of Parker, C.J., in Mitchel v. Reynolds (1711), 1 P. Williams, 181, where a classification is made of monopoly which brings it generically within the description of restraint of trade”. *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 55 (U.S., 1911). Grifei.*

uma das partes de tal contrato de livremente dedicar-se a alguma atividade econômica.²⁶ Como resultado, um monopólio apareceria, gerando o poder de aumentar preços e impedindo pessoas de livremente exercer a ocupação que desejassem.²⁷

Nos Estados Unidos, houve uma ligeira modificação dessa concepção: não apenas contratos em que alguém fosse forçado a retirar-se de certa atividade econômica, mas também contratos que tendessem a “indevidamente diminuir a competição e, portanto, aumentar preços – em outras palavras, monopolizar – vieram [...] a ser considerados e tratados como eles tinham sido na Inglaterra, como restringindo o fluxo devido do comércio, e, por conseqüência, como sendo em restrição ao comércio”.²⁸

²⁶ Em sua definição da idéia de “*contracts in restraint of trade*”, Justice White explicou que eles eram o resultado de um *abuso do direito de contratar*, e eram efetuados com a *intenção de causar dano ao público*. “As monopoly as thus conceived embraced only a consequence arising from an exertion of sovereign power, no express restrictions or prohibitions obtained against the creation by an individual of a monopoly as such. But as it was considered, at least so far as the necessities of life were concerned, that individuals by the abuse of their right to contract might be able to usurp the power arbitrarily to enhance prices, one of the wrongs arising from monopoly, it came to be that laws were passed relating to offenses such as forestalling, regrating and engrossing by which prohibitions were placed upon the power of individuals to deal under such circumstances and conditions as, according to the conception of the times, created a presumption that the dealings were not simply the honest exertion of one’s right to contract for his own benefit unaccompanied by a wrongful motive to injure others, but were the consequence of a contract or course of dealing of such a character as to give rise to the presumption of an intent to injure others through the means, for instance, of a monopolistic increase of prices”. *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 52 (1911). Grifei.

²⁷ À época em que *Standard Oil* e *American Tobacco* foram decididos, a Suprema Corte já havia decidido uma dezena de casos sobre o Sherman Act. Nesses dois casos, contudo, a Corte *modificou* sua interpretação do Sherman Act – embora, claro, não tenha expressamente admitido tal circunstância no corpo das duas decisões. Para os fins da presente análise, contudo, os casos anteriores assumem um papel secundário.

²⁸ *Id.*, pág. 57. Mais uma vez, a idéia de abuso do direito de contratar está presente: uma análise desses contratos justificava a conclusão de que “they had not been entered into or performed with the legitimate purpose of reasonably forwarding personal interest and developing trade, but on the contrary were of such a character as to give rise to the inference or presumption that they had been entered into or done with the intent to do wrong to the general public and to limit the right of individuals, thus restraining the free flow of commerce and tending to bring about the evils, such as

Esses atos, contudo, inicialmente, só seriam rejeitados quando envolvessem “uma intenção e um propósito de excluir outros, o que era frequentemente manifestado nos atos e em negociações totalmente inconsistentes com a teoria de que eles haviam sido feitos sob a única idéia de aumentar o desenvolvimento de poder negocial por meio de métodos tradicionais”.²⁹ Em outras palavras, nas origens de sua aplicação, a Seção 2 era *direcionada* à captura de atos em cuja raiz estava um tipo de *intenção maliciosa*. Leia-se a seguinte passagem de *U.S. v. Socony-Vacuum*, decidido em 1940:

A existência ou o exercício de poder para atingir o objetivo desejado torna-se importante apenas em casos nos quais a acusação é a real monopolização de qualquer parte do comércio, em violação à Section 2 do Ato. *Uma intenção e o poder para produzir o resultado condenado pela lei são, então, necessários*. Como afirmado em *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375, 396, 25 S.Ct. 276, 279, ‘... quando essa intenção e a conseqüente perigosa probabilidade existem, esse estatuto, assim como vários outros, e como a common law em alguns casos, dirige-se contra tal perigosa probabilidade bem como contra o resultado completo.’³⁰

Durante a década de 40, todavia, o Sherman Act passou a ser lido com um alto grau de hostilidade contra grandes companhias – de modo que a maioria ações adotadas por um monopolista começou a ser vista como fonte de potenciais problemas. O ponto mais alto dessa tendência é, provavelmente, *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416 (1945), onde o Juiz Learned Hand entendeu que a Alcoa havia ilegalmente *monopolizado* um determinado mercado por meio da progressiva ampliação de sua capacidade de produção.

Há aqui, contudo, uma sutil manobra interpretativa. A Alcoa, efetivamente, havia mantido sua posição por meio de ações voluntárias – mas seria difícil provar que, por trás de tais ações voluntárias, havia a *intenção específica* de construir ou manter um monopólio. Nesse contexto, era provável que, se o caso fosse submetido aos testes-padrão referentes à Seção 2 do Sherman

enhancement of prices, which were considered to be against public policy”. *Id.*, pág. 59. Grifei.

²⁹ *Id.*, pág. 76. *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 181-182 (1911). *United States v. United States Steel Corp.*, 223 F. 55, 62 (U.S. Dist., 1915).

³⁰ 310 U.S. 150, 224 (1940). Nota de rodapé n. 59. Grifei.

Act, o governo dos Estados Unidos *perderia* a ação movida contra a Alcoa. Learned Hand, não obstante, encontrou uma solução – e *redefiniu* o teste de monopolização, fundamentando-o em *ação voluntária*, não em intenção específica de construir um monopólio.

Em *American Tobacco Co. v. United States*, 328 U.S. 781 (1946), a Suprema Corte aceitou o centro da tese de *Alcoa*, acatando a idéia de que uma violação à Seção 2 requeria *ação voluntária*, mas não *intenção específica* de construir um monopólio. Aqui, todavia, há outra inconsistência – provavelmente decorrente do fato de que a Corte não poderia ignorar abertamente seus próprios precedentes. Leia-se o seguinte trecho:

Uma interpretação correta do estatuto e das fontes pertinentes leva à conclusão de que o crime de monopolização ocorre, sob o parágrafo 2 do Sherman Act, quando as partes, como nestes casos, combinam ou conspiram para adquirir ou manter o poder para excluir competidores de qualquer parte do comércio entre os vários estados ou com nações estrangeiras, desde que elas também tenham um poder tal que sejam capazes, como um grupo, de excluir competição real ou potencial e *desde que tenham a intenção e a finalidade de exercer tal poder*. Ver *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150 , 226, n. 59, 60 S.Ct. 811, 846 e as fontes lá citadas.³¹

O trecho acima grifado, lido por seu valor de face, conduziria qualquer leitor à conclusão de que a abordagem intencionalista continuaria sendo decisiva para a definição da ofensa de monopolização. No entanto, alguns parágrafos a seguir, a Suprema Corte expressamente fala sobre a decisão do caso *Alcoa*, explicando que ela havia sido proferida pela Corte de Apelação do Segundo Circuito sob a autoridade de uma lei que a autorizava a decidir “*em lugar da Suprema Corte*” – e afirma *recepção* a força de seus argumentos, *transcrevendo* um bom trecho da decisão original. Simbolicamente, o seguinte parágrafo é o último a ser transcrito:

Para ser alcançado pela Seção 2, o monopolista deve ter tanto o poder para monopolizar quanto a intenção de monopolizar. *Ler essa passagem como demandando uma intenção “específica”, contudo, faz com que ela não tenha sentido, pois nenhum monopolista monopoliza inconsciente do que ele está fazendo.*³²

³¹ 328 U.S. 781, 809 (1946). Grifei.

³² *Id.*, pág. 814. Grifei.

Esse é um movimento decisivo no sentido da “objetivização” da Seção 2, com o expurgo dos testes sobre motivação subjetiva de seu interior. Dentro desse contexto, o futuro da regra terminaria sendo definido nos próximos casos submetidos à apreciação da Suprema Corte – o que ocorreu em *United States v. Griffith*, 334 U.S. 100 (1948). Ali, a Corte claramente afirmou que:

Todavia, *nem sempre é necessário afirmar a existência de uma intenção específica de restringir o comércio ou de construir um monopólio para que se possa estabelecer que as leis antitruste foram violadas*. É suficiente que a restrição ao comércio ou o monopólio resultem como a consequência da conduta do réu ou de seus arranjos negociais. (...) Requerer uma demonstração maior iria aleijar o Ato. Como afirmado em *United States v. Aluminum Co. of America*, 2 Cir., 148 F.2d 416, 432, “nenhum monopolista monopoliza inconsciente do que ele está fazendo”. Intenção específica, no sentido requerido pela *common law*, é necessária apenas quando os atos não conseguem produzir os resultados condenados pelo Ato.³³⁻³⁴

³³ 334 U.S. 100, 104. Grifei. O voto, a seguir, busca fundamentar tal posição em um voto do Justice Holmes em *Swift & Co. v. United States*, 196 U.S. 375. O detalhe digno de nota é que o *mesmo voto* já havia sido citado em *Socony-Vacuum* com o objetivo de provar, precisamente, a tese *contrária* – qual seja, a de que a intenção específica *era relevante*. É fácil ver que o voto em *Griffith* distorce *Swift*; em *Swift*, a intenção específica *estava presente*, e o argumento apresentado pelos réus foi de que seus atos, vistos isoladamente, *não poderiam ser tidos como ilegais*. A decisão afirma que esses atos “faziam parte de um plano”, e que, nesse contexto, poderiam ser rejeitados. Leia-se: “The scheme as a whole seems to us to be within reach of the law. The constituent elements, as we have stated them, are enough to give to the scheme a body and, for all that we can say, to accomplish it. Moreover, whatever we may think of them separately, when we take them up as distinct charges, they are alleged sufficiently as elements of the scheme. It is suggested that the several acts charged are lawful, and that intent can make no difference. But they are bound together as the parts of a single plan. The plan may make the parts unlawful. *Aikens v. Wisconsin*, 195 U.S. 194, 206, 25 S. Sup. Ct. Rep. 3, 49 L. ed. 154. The statute gives this proceeding against combinations in restraint of commerce among the states and against attempts to monopolize the same. Intent is almost essential to such a combination, and is essential to such an attempt. Where acts are not sufficient in themselves to produce a result which the law seeks to prevent, – for instance, the monopoly, – but require further acts in addition to the mere forces of nature to bring that result to pass, an intent to bring it to pass is necessary in order to produce a dangerous probability that it will happen. *Com. v. Peaslee*, 177 Mass. 267, 272, 59 N. E. 55. But when that intent and the consequent dangerous probability exist, this statute, like many others, and like the common law in some cases, directs itself

Esse era o estado básico da lei quando a Suprema Corte decidiu *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966), no qual o delito de monopolização foi remodelado e descrito como sendo o resultado de dois elementos: “(1) a posse de poder de monopólio dentro do mercado relevante e (2) a aquisição voluntária [willful acquisition] ou manutenção de tal poder, como oposto do crescimento ou desenvolvimento como consequência de um produto superior, tino negocial, ou acidente histórico”.³⁵ A linguagem “willful acquisition” é descendente direta, por sua vez, da idéia de “comportamento voluntário” de Learned Hand em *Alcoa* – e uma idéia mais acurada de seu significado pode ser vista na decisão do Juiz Wyzanski que a Suprema Corte manteve em *Grinnell*:

Outro ponto preliminar merece nota – e esse é a relevância, se existente, da intenção do réu. A questão é saber se, quando o Governo ou outro autor acusa o réu com uma violação do Sherman Act, o reclamante está submetido ao dever de provar que seu adversário tinha ou *mens rea* ou, mais do que isso, a intenção específica de violar as leis antitruste. *No que diz respeito a uma acusação de “monopolização”, diferentemente da ofensa menor de “tentativa de monopolização”, não é necessário, como Aluminum e United Shoe declaram, que o reclamante prove mais do que o réu tinha a intenção de adotar práticas que mantiveram seu poder de mercado.*³⁶

A fórmula de *Grinnell* partia do pressuposto de que uma participação substancial de mercado seria alcançada, na maior parte do tempo, por meio

against that dangerous probability as well as against the completed result. What we have said disposes incidentally of the objection to the bill as multifarious. The unity of the plan embraces all the parts”. Os grifos são meus. O trecho final dessa passagem – a partir de “where acts are not sufficient...” – não leva à conclusão de que a intenção específica não era relevante. Foi essa contudo, a conclusão da Suprema Corte em *Griffith*.

³⁴ Como complemento, em *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295 (1953), o Juiz Wyzanski enfatizou que, sob a tese de Learned Hand em *Alcoa*, um monopolista poderia eximir-se de responsabilidade se conseguisse demonstrar que seu monopólio era simplesmente o resultado de “*habilidade superior, produtos superiores, vantagens naturais, (...) eficiência econômica ou tecnológica (incluída a pesquisa científica), baixas margens de lucro mantidas permanentemente e sem discriminação, ou licenças conferidas, e utilizadas, dentro dos limites da lei*”. *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295, 342 (1953).

³⁵ *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 570-571 (1966).

³⁶ *United States v. Grinnell Corp.*, 236 F. Supp. 244, 247-248 (U.S. Dist., 1964).

de práticas comerciais inaceitáveis.³⁷ Assim, depois que o autor definisse o mercado relevante e provasse que o réu havia obtido uma parcela substancial dele por meio de ação *voluntária*, o réu teria o ônus de demonstrar que sua posição era unicamente o resultado de habilidades superiores ou vantagens naturais. Se uma companhia houvesse *voluntariamente* buscado um curso de ação diferente, o delito de monopolização poderia ser constatado.

A análise de *intenção específica* sobreviveu, mas confinada aos testes aplicados a situações de tentativa de monopolização. Esse entendimento, anterior a *Alcoa* e reafirmado em *Griffith*, foi defendido pelo próprio Learned Hand, para quem “conduta que produz menos que um monopólio não é ilegal a menos que seja parte de um plano para monopolizar, ou pra ganhar controle sobre um mercado de uma maneira igualmente proibida. Para efetuar essa demonstração, o autor deve demonstrar o que, em Direito Penal, é conhecido como ‘intenção específica’; uma intenção que vai além da simples intenção de praticar o ato”.³⁸ Para o teste de monopolização, contudo, intenção específica havia *claramente* deixado de possuir qualquer importância.

Mais à frente, a tônica que guiava a aplicação do sistema antitruste foi modificada – e, da proteção de uma estrutura de mercado onde pequenos

³⁷ O seguinte trecho da decisão de Wyzanski serve como uma boa indicação das premissas que o guiavam: “in the two decades since the opinion of Judge Learned Hand in *United States v. Aluminum Co. of America*, 2nd Cir., 148 F.2d 416 (1945), most of the cognoscenti have expected that a day would come when the Supreme Court would announce that where one or more persons acting jointly had acquired so clear a dominance in a market as to have the power to exclude competition therefrom, there was a rebuttable presumption that such power had been criminally acquired and was a monopolizing punishable under § 2. (...) To this Court it appears that the day has come for it, and more important for counsel, to proceed on the acknowledged principle that once the Government has borne the burden of proving what is the relevant market and how predominant a share of that market defendant has, it follows that there are rebuttable presumptions that defendant has monopoly power and has monopolized in violation of § 2. The Government need not prove, and in a well-conducted trial ought not to be allowed to consume time in needlessly proving, defendant’s predatory tactics, if any, or defendant’s pricing, or production, or selling, or leasing, or marketing, or financial policies while in this predominant role. If defendant does wish to go forward, it is free to do so and to maintain the burden of showing that its eminence is traceable to such highly respectable causes as superiority in means and methods which are ‘honestly industrial’, as Judge Hand characterized the supposititious socially desirable monopolizer”. *Id.*, págs. 247-248.

³⁸ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d 416, 431-432 (1945). Grifei.

competidores também tivessem espaço, migrou-se para a defesa da *eficiência econômica*. A abordagem objetivista de *Grinnell*, contudo, permaneceu sendo boa lei, a despeito das evoluções pelas quais os testes para casos de monopolização passaram ao longo dos anos. Seus subseqüentes refinamentos terminariam levando à introdução de uma espécie de teste de *proporcionalidade* em seu âmago – sem que isso significasse que a abordagem *intencionalista* houvesse sido de qualquer modo reinstituída.

Em *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (2001), por exemplo, depois de invocar *Grinnell* e transcrever seu teste básico, o D.C. Circuit iniciou sua análise da acusação de monopolização efetuada contra a Microsoft afirmando que “uma firma viola o §2 apenas quando ela adquire ou mantém, ou tenta adquirir ou manter, um monopólio por meio da adoção de conduta exclusionária, ‘como oposta ao crescimento ou desenvolvimento como consequência de um produto superior, tino negocial, ou acidente histórico’”.³⁹

O conceito de “exclusionary conduct” vem dois parágrafos à frente: “primeiro, para ser considerada como exclusionário, o ato de um monopolista deve ter um ‘efeito anticompetitivo’. Isto é, ele deve prejudicar o processo competitivo e, por intermédio disso, prejudicar os consumidores. Diversamente, prejudicar um ou mais competidores não será suficiente. O [Sherman Act] dirige-se não contra conduta que é competitiva, mesmo que agressiva, mas contra conduta que, injustamente, tende a destruir a própria competição”.⁴⁰ Depois que o autor satisfaz esse requisito mínimo, a Corte explica, o monopolista deverá oferecer uma “justificativa pró-competitiva para sua conduta”; se o réu lograr sucesso nesta demonstração, o autor ainda poderá demonstrar que alternativas *menos restritivas* estavam disponíveis para atingir o mesmo propósito, ou que o prejuízo causado pela conduta é superior a seus benefícios competitivos.

Salta aos olhos a semelhança desses dois últimos testes às etapas finais do teste de *proporcionalidade*, estruturado em torno de (a.) adequação, (b.) necessidade e (c.) vulneração do núcleo essencial. A existência de alternativas menos restritivas é funcionalmente idêntica ao teste de necessidade; o balanceamento entre o prejuízo causado pela conduta e seus benefícios competitivos pode, em alguns casos, ter o mesmo papel desempenhado pela idéia de vulneração do núcleo essencial. Uma “*conduta voluntária*” com

³⁹ 253 F.3d 34, 58 (2001) Grifei.

⁴⁰ *Id.* Grifei.

efeitos anticompetitivos, portanto, continuava a ser o ponto de partida para a constatação do delito de monopolização; a despeito disso, seus efeitos precisariam ser qualificados por meio de um teste de proporcionalidade.

Considerando os resultados dos testes de efeitos, justificativas e balanceamento, podemos dizer que, sob a lei atual referente a monopolização, um monopolista não pode interferir com o processo competitivo (a) sem uma razão procompetitiva ou (b) excessivamente – onde “excessivamente” significa que (b.1) um padrão de conduta que desnecessariamente gera dano ao processo competitivo foi adotado, ou que (b.2) a conduta impõe danos inaceitáveis ao processo competitivo. Essa análise, em suma, (i.) expressamente *rejeita* a abordagem intencionalista, (ii.) parte da prática de uma conduta *voluntária* e (iii.) adota uma análise *objetivista*, tentando qualificar os efeitos de tal conduta a partir de um teste de proporcionalidade. Tendo essa conclusão em mente, vamos à próxima seção.

4. Recusas de Venda e o Papel da Intenção Específica

Antes de examinar os casos sobre recusas de venda em maior detalhe, uma referência breve deve ser feita à sua antítese: *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919). A Colgate fabricava sabão e outros artigos manufaturados, e tinha ativamente encorajado atacadistas e varejistas a adotar preços uniformes em suas operações de revenda. Se houvesse adesão geral a tal proposta, a competição seria eliminada no mercado varejista – em razão do que o Governo ajuizou uma ação contra a Colgate e invocou, fortemente, o precedente proferido pela Suprema Corte em *Dr. Miles*.⁴¹

Dr. Miles era um fabricante de produtos médicos cujo sistema de distribuição era baseado em contratos de consignação que definiam o preço ao qual seus produtos deveriam ser revendidos aos consumidores. Depois de declarar que tais contratos de consignação eram, na verdade, *vendas*, a Suprema Corte anulou-os, explicando que “acordos e combinações entre negociantes, tendo por seu único propósito a destruição da competição e a combinação de preços, são lesivos ao interesse público”.⁴²

A analogia com a situação contida em *Colgate* é quase perfeita – a não ser por um pequeno detalhe. Enquanto Dr. Miles *requeria* que seus revendedo-

⁴¹ *Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

⁴² *Id.* at 385.

res praticassem certos preços, Colgate apenas *encorajava-os* a tanto. É claro que, se um revendedor não seguisse as sugestões da Colgate, provavelmente ele não assinaria outros contratos no futuro – mas essa circunstância fez toda a diferença para a Suprema Corte. Para a Corte, não havia *acordo real* envolvendo a Colgate e preços de revenda; o simples fato de que a Colgate poderia negar-se a vender para alguém que vendia seus produtos a preços mais baixos não seria suficiente para disparar a incidência do Sherman Act, pois, “na ausência de qualquer propósito de criar ou manter um monopólio, o ato não restringe o direito de há muito reconhecido do comerciante ou fabricante, em uma atividade inteiramente privada, de livremente exercer sua própria discricção independente com relação às partes com quem ele irá negociar”.⁴³

Ainda tendo as conclusões da parte anterior deste artigo em mente, analisemos *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985). Aspen Skiing era a proprietária de três *resorts* de esqui em Aspen, Colorado, e, por mais de uma década, operou um programa em conjunto com outro resort da área – Highlands – por intermédio do qual consumidores compravam tickets conjuntos que davam acesso às áreas dos quatro *resorts*. As receitas da venda dos tickets eram divididas entre os *resorts* em conformidade a um acordo previamente negociado entre eles. No final dos anos 70, pensando que poderia aumentar seus lucros *sem* o ticket conjunto – ou seja, fazendo os consumidores passarem mais tempo em um de seus três estabelecimentos ao invés de passarem um dia em Highlands –, a Aspen Skiing ofereceu à Highlands um percentual *inaceitável* das receitas oriundas do ticket conjunto. A Highlands, como era esperado, rejeitou essa oferta; a seguir, tentou *comprar* tickets da Aspen Skiing e oferecer, por sua própria iniciativa, uma versão do ticket conjunto – mas a Aspen Skiing categoricamente recusou-se a vender seus tickets à Highlands. Highlands, por fim, processou a Aspen Skiing, afirmando que ela havia monopolizado o mercado para serviços de esqui em Aspen.

Aqui está parte do problema com esse caso: a idéia central de *Alcoa* e da linguagem “*willfully acquired*” de *Grinnell* é detectar condutas que um monopolista adotou, mas que não precisaria ter adotado – o que é definido de acordo com a idéia de que a competição deve girar em torno de conceitos

⁴³ *United States v. Colgate & Company*, 250 U.S. 300, 307 (1919).

como “*produto superior*” e “*тино negociал*”.⁴⁴ É bastante fácil, nessa perspectiva, entender por qual razão uma venda casada, por exemplo, pode ser vista como não estando conectada a esses conceitos, já que ela não é razoavelmente “*necessária*” ao desenvolvimento de competição pelos méritos. No entanto, como poderia um Tribunal dizer que a recusa de negociação praticada por um monopolista não é parte de seu “*тино negociал*” – especialmente quando você tem (i.) uma decisão como *Colgate* definindo, amplamente, um direito de escolher com quem uma parte irá negociar ou não, e (ii.) um corpo consolidado de jurisprudência afirmando que, para casos de monopolização, a intenção específica não é relevante?

Aspen Skiing estava ciente dos problemas contidos na ação movida por Highlands, e fundamentou sua apelação à Suprema Corte em uma teoria conforme a qual (i.) a intenção específica de causar dano era absolutamente irrelevante para casos de monopolização e (ii.) conduta substancialmente exclusionária era o elemento *central* do delito de monopolização.⁴⁵ Já que a Aspen Skiing não tinha *adotado* nenhum curso *ativo* de ação – ela simplesmente *recusou-se* a negociar com a Highlands –, pode-se ver que uma teoria (a.) desconsiderando totalmente a relevância de *intenção anticompetitiva* e (b.) considerando que a ofensa de monopolização deveria estar baseada apenas em “conduta substancialmente exclusionária” faria com que o êxito

⁴⁴ “Exclusionary conduct is defined as conduct, other than competition on the merits or restraints reasonably ‘necessary’ to competition on the merits, that reasonably appears capable of making a significant contribution to creating or maintaining monopoly power”. *Data Gen. Corp. v. Grumman Sys. Support Corp.*, 36 F.3d 1147, 1182 (1994).

⁴⁵ Aspen Skiing Company, na petição que submeteu à Suprema Corte em *Aspen Skiing v. Aspen Highlands*, Lexsee 1984 U.S. Briefs 510, disse que “o que é mais surpreendente em *Griffith* é a sobrevivência de qualquer referência a propósito ou intenção. O Juiz Hand tinha ‘desconsiderado qualquer questão de intenção’. Nenhuma intenção específica de ganhar ou manter um monopólio era requerida; a única intenção necessária era a de praticar atos que causavam ou preservavam o monopólio”. A referência a intenção específica feita em *Griffith* não deve ser vista como problemática – pois, de modo geral, *Griffith* suporta a teoria central de *Alcoa*, e só menciona intenção específica quando explica como casos de *tentativa de monopolização* devem ser analisados. Aspen Skiing Co. (i.) não fez essa ressalva, (ii.) tentou construir uma teoria conforme a qual “*conduta substancialmente exclusionária*” deveria ser o elemento central da ofensa de monopolização, e (iii.) enfatizou que, já que, sob o §1, o Direito Antitruste protegia a “*competição, não os competidores*”, o §2 deveria seguir o mesmo princípio.

da Highlands fosse muito menos provável. O argumento que se pretendia afirmar era o de que, como a Aspen Skiing não tinha impedido a Highlands de competir, seria impossível encontrar uma conduta substancialmente excludonária no caso.

A Suprema Corte adotou outra solução – e aplicou um teste intitulado “finalidade negocial legítima” (“legitimate business purpose”) para avaliar a negativa da Aspen Skiing de negociar com a Highlands. Antes de examinar o significado deste teste em maior detalhe, é interessante revelar sua origem, que parece estar na Corte Distrital perante a qual a ação da Highlands foi apresentada. O Juiz Distrital, em suas instruções para o júri, apresentou uma versão *emendada* do teste de *Grinnell*, afirmando que o delito de monopolização era composto pelo elemento poder de monopólio e pela “aquisição voluntária, manutenção, ou uso de tal poder por meios anticompetitivos ou excludonários ou para propósitos anticompetitivos ou excludonários”.⁴⁶ As instruções encaminhadas ao júri informavam aos jurados para:

Ao considerar se os meios ou propósitos eram anticompetitivos ou excludonários, vocês devem desenhar uma distinção entre práticas que tendem a excluir ou restringir a competição, de um lado, e o sucesso de um negócio que reflete apenas um produto superior, um negócio bem administrado, do outro. (...) Por exemplo, uma firma que legalmente adquiriu uma posição de monopólio não é impedida de aproveitar as vantagens decorrentes de economias de escala por meio da construção de uma fábrica grande e eficiente. Estes benefícios são consequência de tamanho, e não um exercício de poder de monopólio. Uma corporação que possua poder de monopólio também não possui o dever de cooperar com seus rivais negociais. *Além disso, uma companhia que possua poder de monopólio e que se recuse a entrar em um acordo operativo conjunto com um, de algum modo, competidor, não viola a Seção 2 se razões negociais válidas existirem para tal negativa.*

Em outras palavras, se havia razões negociais legítimas para a recusa, então o réu, ainda que seja decidido que ele possui poder de monopólio em um mercado relevante, não violou a lei. Nós estamos preocupados com conduta que desnecessariamente exclui ou prejudica competidores. Isto é conduta que não beneficia os consumidores ao

⁴⁶ 472 U.S. 585, 595-596 (1985).

tornar disponíveis um produto ou um serviço melhores – ou em outros meios – e, ao invés disso, tem o efeito de danificar a competição.

Para resumir, vocês devem determinar se Aspen Skiing Corporation ganhou, manteve, ou usou poder de monopólio em um mercado relevante por meio de arranjos e políticas que, ao invés de serem o resultado de um produto superior, senso negocial superior, ou um elemento histórico, *foram criadas, primeiramente, para aumentar qualquer dominação do mercado ou submercado relevantes*.⁴⁷

Em outras palavras, (a.) o Juiz Distrital *introduziu intenção específica* dentro da definição de monopolização de *Grinnell*; (b.) as instruções refletiam a idéia de que uma conduta será considerada exclusionária de acordo com *intenção específica* – “criadas, primeiramente, para aumentar qualquer dominação do mercado ou submercado relevantes” – e (c.) sugeriam que, se tal intenção específica não pudesse ser encontrada no comportamento da Aspen Skiing, então o júri poderia decidir que havia “razões negociais legítimas” para as recusas de negociação atacadas pela Highlands. O júri, ao responder aos quesitos, decidiu que a conduta da Aspen Skiing tinha sido criada primeiramente, para aumentar sua dominação.

A Aspen Skiing apelou, mas a Corte de Apelação manteve a decisão impugnada, entendendo que (a.) o ticket conjunto, para vários dias e várias áreas, poderia ser entendido como sendo uma essencial facility; e que (b.) havia “evidência suficiente para fundamentar uma decisão de que a intenção [da Aspen Skiing] ao recusar-se a vender o ticket conjunto, ‘analisada juntamente com suas outras condutas’, era criar ou manter um monopólio”.⁴⁸

Ao levar o caso à Suprema Corte, a Aspen Skiing propugnou que a teoria das essential facilities não tinha sido corretamente utilizada e que “intenção anticompetitiva” não transformava conduta que não tinha efeitos exclusionários em um crime de monopolização. Dado o estado da jurisprudência de então – lembre-se que, desde *Alcoa*, intenção específica era absolutamente irrelevante para a caracterização do delito de monopolização –, a estratégia da Aspen Skiing ao oferecer essa linha de argumentação foi rigorosamente correta. Se as fórmulas para monopolização definidas nos precedentes existentes houvessem sido seguidas, Aspen Skiing poderia haver vencido.

⁴⁷ *Id.*, pág. 597. Grifei.

⁴⁸ *Id.*, pág. 600.

A Suprema Corte, ao invés de fundamentar sua decisão em *Griffith* e *Grinnell*, foi buscar amparo em *Colgate*. *Colgate*, como transcrito acima, explicou que o direito de escolher com quem negociar não sofreria restrições “na ausência de qualquer propósito de criar ou manter um monopólio”, e a Corte entendeu que tal referência a propósito poderia eliminar o direito de Aspen Skiing de recusar-se a negociar. Em *Colgate*, todavia, um caso anterior a *Alcoa*, “propósito” significava o que Learned Hand descreveu como “*intenção específica*”. Em *Aspen*, portanto, o direito de recusar-se a negociar foi limitado pela existência de uma “*intenção específica*” de criar ou manter um monopólio – hipótese sob a qual a Suprema Corte pôde entender que Aspen Skiing havia cometido o delito de monopolização.

Se é estranho que este raciocínio seja contrário à estrutura básica de *Grinnell*, é ainda mais estranho que, em outros casos de recusas de negociação, as referências a *intenção específica* também existam aos quilos. Tome-se, por exemplo, *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366 (1973): Otter Tail era uma transmissora de energia elétrica que também atuava como distribuidora em 465 cidades em Minnesota, Dakota do Norte, e Dakota do Sul.⁴⁹ A distribuição de energia elétrica é um monopólio natural, e, por isso, Otter Tail só poderia executá-la, em cada cidade, sob o amparo de *franchises* locais com a duração de dez a vinte anos. Quando a *franchise* da Otter Tail expirou em algumas cidades, os cidadãos locais optaram pela criação de um *sistema municipal de distribuição de energia*; estas cidades, então, comprariam energia de Otter Tail e efetuariam a distribuição por si sós. Otter Tail, contudo, *recusou-se* a permitir que esse cenário se concretizasse, afirmando que, se não obtivesse novas franquias, *não venderia energia para tais cidades*, e também *não permitiria que a energia de terceiros chegasse até elas* (em uma operação conhecida por “*wheeling*”) por intermédio das linhas de transmissão da Otter Tail.

⁴⁹ A diferença entre a transmissão e a distribuição de energia é definida pela *tensão* em que a energia é transmitida. A energia é gerada e consumida em tensões baixas, mas não pode ser transmitida por longas distâncias desse modo. Tensão e corrente elétrica são inversamente proporcionais – e o fluxo de energia em alta corrente termina aquecendo as linhas de transmissão e gerando a dissipação de energia. Um aumento de tensão reduz a corrente – eliminando, ou reduzindo, o grau de dissipação. Por isso, geradores têm que aumentar a tensão da energia por eles gerada antes de seu encaminhamento aos centros de consumo – onde, novamente, a tensão é reduzida e entregue, no varejo, aos consumidores.

Os Estados Unidos processaram a Otter Tail, acusando-a de monopolizar o mercado de distribuição. A Otter Tail, muito embora tenha admitido que os fatos acima narrados eram verdadeiros, argumentou que sua conduta era “inteiramente justificada pelo direito de lutar por sua vida corporativa, permanecer viável em atender o público e prevenir a erosão de seu sistema integrado e a danificação de seu crédito”.⁵⁰ A Corte Distrital *rejeitou* a tese da Otter Tail e decidiu em favor do Governo; a despeito do fato de haver invocado *Grinnell*, a Corte também disse que “está bem estabelecido que a recusa unilateral de negociar com outrem, motivada por um propósito de preservar uma posição de monopólio, é ilegal”.⁵¹ O Justice Douglas, escrevendo pela Suprema Corte, *manteve* a decisão inferior, acentuando que “os autos fazem abundantemente claro que a Otter Tail usou seu poder de monopólio nas cidades na área de serviços para fechar o mercado à competição [fore-close competition] ou ganhar uma vantagem competitiva, ou para destruir um competidor, tudo em violação às leis antitruste”.⁵²

Oito anos mais tarde, o Juiz Greene, em *United States v. AT&T*, 524 F.Supp. 1336 (D.D.C. 1981), explicou da seguinte forma qual o real significado do voto do Justice Douglas:

O último caso do trimestre, *Otter Tail Power Co. v. United States*, oferece mais dano do que ajuda à doutrina dos gargalos [bottleneck doctrine]. Em *Otter Tail*, um sistema de energia elétrica integrado recusou-se a permitir que seu sistema de distribuição intermunicipal fosse usado para fornecer energia a sistemas municipais que a própria Otter Tail queria abastecer. A Corte Distrital não teve problema em utilizar a doutrina dos gargalos para condenar essa ação. Mantendo o

⁵⁰ *United States v. Otter Tail Power Co.*, 331 F. Supp. 54, 58 (1971).

⁵¹ *Id.*, pág. 61. Grifei. Como autoridade que suporta essa afirmação, o Juiz Distrital invocou *Eastman Kodak Company of New York v. Southern Photo Materials Company*, 275 U.S. 359 (1927). De fato, em *Southern Photo*, a Suprema Corte reprovou uma recusa de venda porque ela havia sido praticada “para implementar um propósito de monopolizar”, 273 U.S. 359, o que era, “por justa e razoável inferência”, dedutível a partir das circunstâncias de fato contidas nos autos. O problema não está no que *Southern Photo* diz, mas em *quando* seu conteúdo foi afirmado: *Southern Photo* é um caso anterior a *Alcoa* e, como tal, nele o delito de monopolização está baseado na idéia de *intenção específica*. Invocar *Southern Photo*, assim, ainda que leve ao resultado correto, desvia dos testes demandados por *Grinnell* – e, ao invés de “willful acquisition”, faz com que a Corte analise, diretamente, *intenção específica*.

⁵² *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366, 377 (1973).

resultado, Justice Douglas ignorou a retórica dos gargalos e *enfatizou a intenção da Otter Tail em destruir a competição. Ao fazer referência à intenção, a decisão em Otter Tail permanece na mainstream da doutrina referente à Seção 2.*⁵³

Em uma direção convergente, o Juiz Richard Posner, em 1986, indicou que “a característica essencial dos casos de recusa de venda” é “que um monopolista discrimine um consumidor porque o consumidor decidiu competir com ele”, *Olympia Equipment Leasing Co. v. Western Union Telegraph Co.*, 797 F.2d 370 (7th Cir. 1986) – em uma referência que parece amoldar-se perfeitamente à idéia de intenção específica.

Um caso recente, *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 124 S.Ct. 872 (2004), serve para consolidar a relevância da intenção específica do monopolista dentro da jurisprudência norte-americana. O Ato das Telecomunicações de 1996 possui por objetivo a criação de um ambiente competitivo, baseado na construção de redes por cada um dos agentes de mercado. Ainda assim, já que seria altamente improvável que entrada maciça e imediata ocorresse no mercado de telecomunicações por meio da construção de redes próprias, o Ato criou *rotas alternativas de entrada* através da imposição de deveres adicionais às prestadoras já existentes.

Duas obrigações são especialmente relevantes: (i.) a Seção 251(c)(3) cria o dever de “fornecer, a qualquer prestador de serviços de telecomunicações, para a provisão de um serviço de telecomunicações, acesso não-discriminatório aos elementos de rede, desagrupadamente [unbundled], em quaisquer pontos tecnicamente possíveis”; e (ii.) a Seção 251(c)(4) cria o dever de “oferecer para revenda, a preços de atacado, qualquer serviço de telecomunicações que o prestador oferece, no varejo, para assinantes”. Dentro desse esquema regulatório, a entrada seria facilitada por dois mecanismos: um entrante poderia usar a Seção 251(c)(4) para comprar, a preços de atacado, serviços do incumbente e revendê-los aos consumidores; ou poderia, sob a

⁵³ Robert Pitofsky, Harvey Goldschmid e Diane Wood indicam que a “emphasis on intent predominates in the reasoning of [Otter Tail]. There are a few references to Otter Tail’s ‘strategic dominance,’ but any monopoly refusing to deal with competitors could be so described. The point is that Justice Douglas did not stop with that description and infer an obligation to deal; instead, he repeatedly referred to the defendant’s malign intent, citing ample evidence to support that finding”. Robert Pitofsky *et al.*, *Trade Regulation: Cases and Materials*, 755 (5th ed. 2003).

Seção 251(c)(3), pagar apenas pelo acesso aos “elementos de rede desagrupados” (“unbundled network elements”) de sua preferência.

Os preços de atacado, no entanto, eram baseados nos preços de *varejo* do incumbete, enquanto o preço aos elementos desagrupados de rede foi definido por meio de uma fórmula baseada em custo incremental de longo prazo. Como resultado, os preços no atacado eram *muito maiores* do que os preços cobrados pelo acesso a cada elemento de rede – e os entrantes terminaram tentando obter acesso a *todos os elementos da rede dos incumbentes* por meio da Seção 251(c)(3). Os incumbentes protestaram, mas a Suprema Corte, em *AT&T Corporation v. Iowa Utilities Board* , 535 U.S. 366 (1999), confirmou que o Ato de 1996 poderia ser lido de modo a permitir o objetivo dos entrantes. Os incumbentes também alegaram que a fórmula de definição do preço para acesso aos elementos de rede era *confiscatória* ; a Suprema Corte rejeitou essa tese em *Verizon Communications v. FCC* , 122 S.Ct. 1646 (2002).

A Verizon Communications era a operadora incumbente (ILEC – incumbent local exchange carrier) servindo o Estado de Nova York – e estava, portanto, submetida à obrigação de dividir sua rede com os entrantes (ou CLECs – competitive local exchange carriers). No final de 1999, os entrantes reclamaram aos reguladores que seus pedidos de acesso não estavam sendo devidamente atendidos pela Verizon, e que tal problema estava claramente afetando a qualidade do serviço prestado por eles.⁵⁴ A Verizon, como resultado de uma ação ajuizada pelos CLECs, concordou em pagar⁵⁵ 3 milhões

⁵⁴ “Part of Verizon’s UNE obligation under §251(c)(3) is the provision of access to operations support systems (OSS), a set of systems used by incumbent LECs to provide services to customers and ensure quality. Verizon’s interconnection agreement and long-distance authorization each specified the mechanics by which its OSS obligations would be met. As relevant here, a competitive LEC sends orders for service through an electronic interface with Verizon’s ordering system, and as Verizon completes certain steps in filling the order, it sends confirmation back through the same interface. Without OSS access a rival cannot fill its customers’ order”. 124 S.Ct. 872, 876 (2004).

⁵⁵ As partes concordaram, no entanto, que o “Consent Decree [was] for settlement purposes only and that by agreeing to this Consent Decree, the Company does not admit any noncompliance, violation, or liability associated with or arising from such alleged actions or failures, including any problems or failures described in the introductory paragraph of the data request, or in any informal complaints, ex partes, or other information received by the Commission on or before the Effective Date of this Consent Decree. Indeed, BA-NY expressly denies any such noncompliance, violation, or liability”. 15 FCC Rcd 5413, 5414 (FCC, 2000).

de dólares ao Tesouro Americano e 10 milhões a seus competidores. No dia seguinte ao estabelecimento de tal acordo, o escritório de advocacia de Curtis V. Trinko, um consumidor da AT&T, apresentou uma ação contra a Verizon, alegando que ela havia atendido aos pedidos de acesso de rivais de modo *discriminatório* – como parte de um esquema anticompetitivo que tinha por objetivo desencorajar consumidores a se tornarem ou permanecerem clientes das CLECs.⁵⁶

A Corte Distrital mencionou que o reclamante havia indicado apenas “um ato ou série de atos adotados pela Bell Atlantic para manter seu poder de monopólio: a falha, da Bell Atlantic, de cooperar com competidores locais da forma requerida”.⁵⁷ A seguir, afirmou que um monopolista não estava sob qualquer obrigação geral de cooperar com seus competidores e, portanto, entendeu que Trinko tinha falhado em alegar qualquer “willful acquisition” ou manutenção de monopólio – e rejeitou seu pedido. A Corte de Apelação do Segundo Circuito, diferentemente, explicou que “enquanto é verdade que um monopolista não tem um dever geral de cooperar com seus competidores, [um] monopolista não pode, é claro, usar seu poder de mercado, não importa se obtido legalmente ou ilegalmente, para prevenir ou impedir a competição no mercado relevante”⁵⁸ e reverteu a decisão *a quo*, explicando que Trinko provavelmente poderia estabelecer uma violação ao Sherman Act sob a doutrina das *essential facilities*, a tese da alavancagem de monopólio e a constatação de uma tentativa de monopolização.

A Verizon apelou, argumentando que (a) os precedentes da Suprema Corte sobre recusas de venda estabeleciam responsabilidade “apenas onde o réu recusava a um rival o mesmo produto, nos mesmos termos, que o réu já estava fornecendo a consumidores não-competidores”;⁵⁹ (b) para ser considerada como predatória, uma conduta *não deve fazer sentido negocial* (make no business sense) a não ser pelo fato de que permite ganhos de monopólio; (c) reconhecer a validade do pedido de Trinko geraria problemas de política antitruste, transformando juízes em Agências Reguladoras; (d) o Ato de 1996 fazia com que uma nova extensão dos deveres decorrentes da Seção 2 fosse

⁵⁶ 124 S.Ct. 872, 877 (2004).

⁵⁷ *Law Offices of Curtis V. Trinko v. Bell Atlantic Corp.*, 123 F. Supp. 2d 738, 741 (2000).

⁵⁸ *Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P. v. Bell Atlantic Corp.*, 305 F.3d 89, 107 (2002).

⁵⁹ 2002 U.S. Briefs 682, 10.

“especialmente desaconselhável”; e que (e) o pedido de Trinko não deveria ser reconhecido sob a teoria das essential facilities ou sob a teoria da alavancagem de monopólio. A Verizon destacou que “não há, nem poderia haver, alegação de que a Verizon estava voluntariamente fornecendo a consumidores não-competidores os serviços de atacado, com descontos especiais, que agora estende à AT&T e a outros rivais sob as regras do Ato de 1996”.⁶⁰

Trinko, de outro lado, argumentou que seu pedido demonstrava a existência de conduta exclusionária conforme precedentes já estabelecidos da Seção 2 do Sherman Act. Sua tese assumia que um pedido, sob a teoria das essential facilities, poderia ser feito com amparo na Seção 2 do Sherman Act, explicando que “onde um monopolista recusa-se a cooperar com um competidor em uma situação na qual alguma competição é indispensável para competição efetiva, essa conduta pode ser ‘exclusionária’ na ausência de uma ‘razão competitiva legítima’ para a recusa”, e ressaltando que, em seu *complaint*, havia indicado que a Verizon tentou excluir rivais independentemente de sua eficiência e sem qualquer razão comercial válida.⁶¹ Como complemento, Trinko explicou que (i) a definição de “conduta exclusionária” de Verizon era uma interpretação incorreta da Seção 2, e que (ii) o Ato de 1996 não poderia ser ignorado na determinação de como a Seção 2 deveria ser aplicada.

A principal regra contida na decisão de *Trinko* é sobre *imunidade regulatória*: a Suprema Corte afirmou que o Ato de Telecomunicações tinha por intenção *quebrar* um monopólio, enquanto o Sherman Act possuía por objetivo simplesmente impedir monopolização ilegal, e que seria um erro confundir essas duas finalidades. Além disso, como *já havia* um plano regulatório para remediar a conduta contra a qual Trinko reclamou, as leis antitruste pouco teriam a fazer.

O detalhe relevante é que, *antes* de avaliar qual a possibilidade de interferência do Sherman Act no plano regulatório do Ato de Telecomunicações, a Suprema Corte avaliou a tese de que, sob *Aspen Skiing*, a recusa de venda praticada pela Verizon configurava o delito de monopolização. A Corte respondeu *negativamente*, sublinhando que:

A recusa de venda alegada no presente caso não se amolda à exceção limitada reconhecida em *Aspen Skiing*. A reclamação não

⁶⁰ *Id.*, pág. 10.

⁶¹ *Id.*, pág. 21-23.

alega que a Verizon voluntariamente adotou um curso de negociação com seus rivais, ou que teria procedido a tanto na ausência da obrigação legal. *Aqui, em consequência, a conduta anterior do réu não joga qualquer luz sobre a motivação de sua recusa de venda, sobre se suas falhas regulatórias foram causadas não por zelo competitivo, mas por malícia anticompetitiva.* O contraste entre os casos é aumentado pela diferença na definição de preços. Em *Aspen Skiing*, o réu rejeitou uma proposta para vender ao seu próprio preço de varejo, sugerindo uma análise de que seu preço de monopólio futuro seria maior. A relutância da Verizon em interconectar-se à taxa de compensação baseada em custo que está disponível sob a Seção 251(c)(3) não nos diz nada sobre sonhos de monopólio.⁶²

Justice Scalia, no trecho acima transcrito, distingue *Trinko* de *Aspen Skiing* com base nos fatos de cada caso: em *Aspen Skiing*, Aspen tinha voluntariamente adotado um curso de negociação com a Highlands, e o encerramento unilateral de sua relação sugeria “uma disposição de sacrificar lucros, a curto prazo, para alcançar um fim anticompetitivo”.⁶³ Em *Trinko*, como a Verizon nunca havia negociado com a AT&T, nenhuma inferência sobre a intenção da Verizon poderia ser efetuada a partir de seu comportamento prévio.

É importante enfatizar que (i) Scalia recusou-se a estender *Aspen Skiing* a *Trinko* porque, pela evidência disponível, não poderia ser afirmado que o comportamento da Verizon haveria sido causado por *malícia anticompetitiva*, e, sobretudo, que (ii) os testes-padrão referentes a casos de monopolização claramente *não foram aplicados* pela Suprema Corte em *Trinko*.⁶⁴ A despeito do fato de que a falha da Verizon em permitir a interconexão da AT&T tenha claramente gerado efeitos anticompetitivos, a Corte *não ordenou* que a Verizon apresentasse uma justificativa procompetitiva para seu comportamento – como seria de se esperar pelos testes de *Griffith* e *Grinnell*. Ao invés disso, simplesmente afirmou que, como não havia evidência de malícia anticompetitiva, os precedentes sobre *refusals to deal* não eram aplicáveis.

Como foi mostrado acima, *Aspen Skiing*, *Otter Tail* e *Trinko* dependem, fundamentalmente, de uma constatação de fato sobre a *intenção do monopolista* quando ele recusou-se a vender. Em *Aspen Skiing*, o teste de “pro-

⁶² 124 S.Ct. 872, 879-880 (2004). Grifei.

⁶³ *Id.*, pág. 880.

⁶⁴ *Id.*, pág. 880.

pósito negocial legítimo”, conforme as instruções dadas ao júri, era apenas um instrumento para identificar condutas que tinham por objetivo aumentar dominação de mercado; em *Otter Tail*, o Justice Douglas, nas palavras do Juiz Greene, enfatizou a intenção da Otter Tail em destruir a competição; em *Trinko*, Scalia afirma que o caso sob análise é diferente de *Aspen Skiing* porque não poderia ser verificado, dos fatos alegados na inicial, se o monopolista havia agido com zelo competitivo ou por malícia anticompetitiva. À luz destes fatos, devemos dizer que casos de recusas de venda são simplesmente uma sub-espécie da jurisprudência geral sobre monopolização? Ou será que estamos diante de algo inteiramente diferente?

5. A Abordagem do Abuso de Direito

Quero propor a idéia de que, ao invés de serem um simples resultado dos testes gerais aplicados a cenários de monopolização, os casos mencionados acima podem ser vistos como sendo o reflexo de uma teoria inteiramente diferente – e que, em termos gerais, é substancialmente similar à velha teoria do *abuso de direito*, tal como delineada na segunda seção deste artigo. A idéia proposta é de que este é um daqueles cenários, mencionados ao final da seção 2, onde a teoria do abuso do direito veio à superfície e tem sido aplicada – embora não abertamente – pelos Tribunais.

Ignorando toda a retórica legal utilizada pelos Tribunais em *Otter Tail*, *Aspen Skiing* e em *Trinko*, e tendo em mente que, em *Aspen* e em *Otter Tail*, *intenção específica* foi um elemento central para a resolução dos cenários levados à apreciação do Judiciário, uma nova questão deve ser proposta: afinal de contas, o que está errado nos fatos mencionados em *Aspen Skiing* e em *Otter Tail*? E o que *não está errado* em *Trinko*?

Em uma primeira aproximação, o elemento comum entre *Aspen Skiing* e *Otter Tail* está em que, em ambos, um monopolista recusou-se a praticar uma transação que, *vista isoladamente*, colocaria-o em uma situação *mais vantajosa* – e, em *ambos os cenários*, a recusa decorreu *unicamente* do fato de que o monopolista temia a *competição* que poderia ocorrer entre ele e o potencial comprador de seus produtos. Em *Aspen Skiing*, a venda de *tickets* para Highlands, quando analisada *isoladamente*, traria *benefícios* à Aspen Skiing – é melhor vender os tickets a Highlands do que *não vender quaisquer tickets*. Aspen Skiing recusou-se a praticar a operação porque temia que, ao vender tais tickets, Highlands poderia criar um produto atrativo e *reduzir os gastos* efetuados por consumidores nos resorts da própria Aspen.

Em *Otter Tail*, o fato que o serviço de distribuição é um monopólio natural faz com que o medo da competição seja menos claro – mas ele também está presente. A venda de energia requerida da Otter Tail, quando vista *isoladamente*, também traz – *benefícios* à empresa. Apenas *no contexto geral* – quando vemos que a Otter Tail era uma transmissora e uma distribuidora em potencial – é que as possíveis desvantagens aparecem. O fato de que o serviço de distribuição seria executado, com exclusividade, por uma corporação pública, *não elimina a competição*: se a corporação pública fosse menos eficiente do que a Otter Tail, os residentes das cidades onde tais corporações atuassem iriam receber a Otter Tail de volta de bom grado – talvez até mesmo demandar seu retorno. A Otter Tail, em última análise, estava impedindo o estabelecimento de um padrão de competição que poderia definir *quem iria ocupar* a condição de monopolista (uma espécie de competição *pelo* mercado, ao invés de uma competição *no* mercado).

Seguindo essa linha de raciocínio, é quase irrelevante, em *Aspen Skiing*, que Aspen Skiing e Aspen Highlands houvessem estado previamente envolvidas em um empreendimento conjunto. O empreendimento, por si só, é irrelevante; que a Aspen Skiing haja *repentina e imotivadamente* retirado-se de tal combinação é o elemento relevante. O empreendimento conjunto é relevante apenas até o ponto em que alguém pode assumir que, *se ele não houvesse sido lucrativo à Aspen Skiing*, ela não teria permanecido nele por uma década. E, *a contrario sensu*, se a permanência na combinação era lucrativa, uma *retirada dele não deve ser* – e uma suspeita razoável de *intenção maliciosa* pode plausivelmente aparecer. Nessa abordagem, ainda, o fato de que a Aspen Skiing recusou-se a vender *tickets* para a Aspen Highlands pode ser visto como ainda *mais relevante* que a retirada da Aspen Skiing do empreendimento cooperativo que ambas possuíam: por qual motivo Aspen Skiing iria recusar-se a vender, para a Aspen Highlands, algo que vendia para *qualquer outra pessoa* – e aos *mesmos preços* cobrados de qualquer outra pessoa? Por essas razões, Justice Scalia, em *Trinko*, corretamente explicou que “a disposição do réu a respeito da renovação do ticket, ainda que compensado ao preço de varejo, revelava uma diferente inclinação anticompetitiva”.⁶⁵

Estas considerações permitem uma leitura mais clara do significado das palavras acima transcritas do Juiz Posner em *Olympia Leasing Equipment*, e conduzem a uma compreensão mais acurada das razões que movem a Suprema Corte nos casos em que decidiu que recusas de venda violavam o Sherman

⁶⁵ *Id.*, pág. 880.

Act: basicamente, a lei contra recusas de venda está tentando identificar casos em que um monopolista recusa-se a negociar *em razão de uma intenção de lesar um competidor* – ou, adotando os conceitos empregados na segunda parte desse artigo, *abusa de seu direito de recusar-se a negociar*. Os casos de recusas ilegais de negociação, nessa ótica, seriam o limite externo do direito reconhecido em *Colgate* – quando exercida dentro de limites permissíveis, a faculdade de escolher com quem negociar integra o “*tinio negocial*” de cada agente econômico; quando abusada, dispara a incidência do Sherman Act.

Essa formulação, todavia, ainda nos deixa com um problema: a despeito do fato de que é *possível* para um autor supor, ou inferir, que um monopolista recusou-se a praticar uma operação comercial em razão de uma intenção maliciosa, é quase impossível *provar* tal circunstância. Assim, um autor em potencial deve ter apenas o ônus de demonstrar um *estado de fatos* que *poderia plausivelmente haver sido gerado* em decorrência de uma intenção de lesar – depois, o ônus da prova será revertido para o réu, que terá a oportunidade de explicar sua conduta. Para definir com um grau mínimo de certeza quais estados de fato servem para tal propósito, é necessário analisar mais fundo a estrutura de recusas de venda ilícitas. Como o direito de vender é, fundamentalmente, uma derivação do direito de *propriedade*, esta é uma rota plausível de investigação para a análise dos problemas envolvidos em recusas de venda.

Geralmente, a criação de direitos de propriedade é justificada como um meio para “encorajar a produção, desencorajar o furto, e reduzir os custos da proteção de bens”.⁶⁶ Isso é verdade, mas esse insight não é muito útil para os propósitos do presente artigo: na verdade, um direito de propriedade concentra um *feixe* de diferentes direitos – e cada um deles possui uma justificativa diferente.⁶⁷ Um direito de propriedade contém não apenas (i.) o direito ao uso de certo recurso e (ii.) o direito de *excluir* outros do acesso a tal recurso, mas também (iii.) um direito a *transferir* o recurso em questão a outrem. Essas prerrogativas foram criadas por diferentes motivos – e o trecho transcrito acima lida apenas com a face “*excludente*” do direito de propriedade.

⁶⁶ Robert Cooter & Thomas Ulen, *Law and Economics*, 81 (3rd ed. 2000). Ver também Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, 32 (6th ed. 2003); Thomas J. Miceli, *The Economic Approach to Law*, 163 (2004); Harold Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, 57 Am. Econ. Rev. Papers & Proceedings (1967).

⁶⁷ Ver J.E. Penner, *The “Bundle of Rights” Picture of Property*, 43 UCLA L. Rev. 711 (1996).

A *transferibilidade* do direito de propriedade possui um alicerce diferente, e está baseada na idéia de que tal condição é necessária para o *uso eficiente de recursos*⁶⁸— assumindo, aqui, que um recurso está sendo utilizado de modo eficiente quando ele está com a pessoa, dentro de um determinado grupo, que *dá mais valor a ele*. Se os direitos não pudessem ser transferidos, a *realocação* de um recurso de uma pessoa que lhe conferisse pouco valor a outra, cuja avaliação subjetiva de utilidade é maior, não seria possível, e o bem-estar geral da sociedade seria reduzido. Se isso está correto, então, quando um monopolista recusa-se a praticar uma operação que, individualmente, lhe traria *benefícios* — e.g., a venda de um direito para uma pessoa que valora um determinado recurso a um nível superior ao preço cobrado pelo monopolista —, nós devemos ser capazes de dizer, ao menos *prima facie*, que um abuso do direito de venda pode estar acontecendo.

Uma limitação óbvia deste approach está em que, se uma recusa de venda entre A e B é analisada isoladamente, é muito difícil determinar qual a avaliação que A faz de seu direito e o quão inadequada foi a oferta de B quando comparada com a valoração subjetiva de A. No entanto, quando nós analisamos uma recusa de venda entre A e B, sabendo que A efetuou exatamente a mesma operação com C, D e E, torna-se muito mais fácil entender por qual razão a recusa de A era provavelmente abusiva: se uma determinada operação foi vantajosa a A quando performada com C, D e E, A *deveria*, em tese, também querer executar a mesma operação com B. Se esta intenção não está presente, isso pode ser um sinal de que a recusa de A é motivada por malícia. Isso foi exatamente o que aconteceu em *Aspen Skiing* (Aspen venderia tickets para qualquer consumidor, *menos* para Highlands) e em *Otter Tail* (Otter Tail teria efetuado operações de venda de energia ou de wheeling para qualquer um, *menos* para as cidades que estava tentando coagir.).

⁶⁸ “The creation of individual (as distinct from collective) ownership is a necessary rather than a sufficient condition for the efficient use of resources. The rights also must be transferable. Suppose the farmer in our first example owns the land that he sows but is a bad farmer; his land would be more productive in someone else’s hands. Efficiency requires a mechanism by which the farmer can be induced to transfer the property to someone who can work it more productively. A transferable property right is such a mechanism”. Posner, nota 67, *supra*, pág. 33. Na mesma direção, Robert Cooter and Thomas Ulen, sinteticamente, explicam que “property rights achieve allocative efficiency by bargains and productive efficiency by internalization”. Cooter & Ulen, nota 67, *supra*, pág. 113.

Além disso, isso foi exatamente o que *não aconteceu em Trinko*. Como eu expliquei anteriormente, a Verizon utilizava suas redes para vender serviços de telecomunicações, para seus consumidores, a um determinado preço de varejo. Os preços definidos pelo Ato de Telecomunicações de 1996 para vendas no atacado e para acessar elementos de rede eram *mais baixos* do que o preço de varejo. Se os preços aos quais a Verizon poderia haver vendido serviços ou acesso à AT&T eram *mais baixos* do que os preços utilizados pela Verizon para negociar com seus consumidores, então, efetivamente, da recusa de venda da Verizon *nenhuma inferência pode ser feita*. Precisamente por isso, Justice Scalia indicou que “a relutância da Verizon em interconectar-se à taxa de compensação baseada em custo que está disponível sob a Seção 251(c)(3) não nos diz nada sobre sonhos de monopólio”.⁶⁹

Se tudo o que foi dito acima está correto, uma razão clara para entender por qual motivo a doutrina das essential facilities não possui lugar sob a Seção 2 do Sherman Act também pode ser encontrada, como explicarei abaixo.

A doutrina das essential facilities “impõe responsabilidade quando uma firma, que controla uma essential facility, nega a uma segunda firma um acesso razoável a um produto ou serviço que a segunda firma deveria obter para que pudesse competir com a primeira”.⁷⁰ Seu resultado prático é um dever similar àqueles impostos a atividades afetadas por um interesse público (pense-se, por exemplo, nos *common carriers*)⁷¹ sob o velho regime da common law – requerendo liberdade de acesso e tratamento não-discriminatório

⁶⁹ O argumento seria válido se aplicado a contextos em que o monopolista pudesse *livremente negociar* o preço da interconexão: se o monopolista pode vender seus produtos a um preço “X”, sua recusa de venda ao preço “X menos 10” não sugere que a recusa de negociar foi anticompetitiva. No entanto, quando aplicado a *Trinko*, o argumento enfrenta um complicador: sob a Seção 252(d)(3), o preço de atacado é determinado de acordo com a *efficient component pricing rule* (ECPR) – significando que o preço de atacado *preservava a margem de lucro* que a ILEC obteria por meio de seu preço de varejo. Assim, ainda que aceitemos o argumento de Scalia, uma recusa de venda *aos preços de atacado poderia ser vista como anticompetitiva*. A recusa de venda aos preços apurados com base na metodologia TELRIC, contudo, como tais valores gerariam resultados indubitavelmente *menores* do que aqueles produzidos pelos preços de varejo, não geraria qualquer inferência de comportamento anticompetitivo.

⁷⁰ *Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536, 542 (9th Cir. 1991).

⁷¹ Ver, sobre isso, Bruce Wyman, *The Public Duty of the Common Carrier in Relation to Dependent Services*, 17 Green Bag 570 (1905).

das pessoas interessadas no uso de um certo recurso. Os deveres impostos às atividades tingidas por interesse público e os resultantes da doutrina das essential facilities, contudo, são apenas *similares*, não *idênticos*: enquanto os primeiros afetam a relação entre uma firma e seus *consumidores*, os segundos projetam-se na relação entre uma firma e seus *concorrentes*.

Esta distinção foi efetuada com precisão em *Intergraph v. Intel*, 195 F.3d 1346 (1999), onde a Intergraph, uma fabricante de workstations, tentou garantir acesso aos microprocessadores da Intel enquanto uma ação por violação de patente pendia entre elas. Entre outros argumentos, a Intergraph argumentou que não seria capaz de sobreviver no mercado sem os produtos da Intel – e utilizou a teoria das essential facilities para tentar assegurar seu fornecimento. A Corte de Apelação do Circuito Federal *rejeitou* essa tese, explicando que Tribunal algum havia levado a teoria das essential facilities além da “situação de competição com o controlador da ‘facility’”, e que “deve haver um mercado em que o autor e o réu sejam competidores, tal que o monopolista estenda seu monopólio ao mercado a jusante por meio da recusa de acesso à ‘facility’ que ele controla”.⁷² O pedido da Intergraph, rejeitando essa jurisprudência, argumentava que uma violação ao Sherman Act, sob a teoria das essential facilities, poderia ser encontrada *independentemente* da existência de competição entre o autor e o réu – o que foi redondamente *rejeitado* pela Corte de Apelação.⁷³

Assim, quando os Tribunais efetivamente *adotam* a teoria das essential facilities, uma versão mais moderada dela, cobrindo apenas relações entre competidores, é o que eles empregam. Um exemplo dessa abordagem pode ser visto em *MCI Communications Corp. v. American Telephone & Telegraph Co.*, 708 F.2d. 1081 (1983). Neste caso, a MCI processou a AT&T reportando a existência de uma série de práticas anticompetitivas, dentre as quais preços predatórios, vendas casadas ilegais e negativas de interconexão. Respondendo à ação da MCI, o Sétimo Circuito explicou que “os precedentes definem quatro elementos necessários para o estabelecimento de responsabilidade sob a doutrina das essential facilities: (1) controle da essential facility pelo monopolista; (2) a falta de capacidade de um competidor de, razoavelmente

⁷² 195 F.3d 1346, 1357 (1999).

⁷³ A Corte enfatizou, claramente, que “the presence of a competitive relationship is fundamental to invoking the Sherman Act to force access to the property of another”. *Id.*, pág. 1357.

ou praticamente, duplicar a essential facility; (3) a negativa de uso da facility para um competidor; e (4) a possibilidade de fornecimento da facility”.⁷⁴

Olhando apenas para estes elementos, parece que a doutrina das essential facilities gera um *dever positivo de compartilhamento*: se o monopolista é proprietário de um certo recurso, e se é tecnicamente possível permitir o acesso a tal recurso por parte de um competidor, tal acesso *deve ser concedido*. Não importa que, economicamente, o monopolista possa auferir mais lucros por meio da negativa de acesso para, posteriormente, vender o próprio recurso diretamente, como Justice Scalia argumentou em *Trinko*.

⁷⁴ 708 F.2d 1081, págs. 1132-1133. Nesse caso, o Sétimo Circuito mencionou que delitos de monopolização, sob o Sherman Act, poderiam apenas ser detectados se “algo mais do que intenção geral” fosse demonstrado pelo autor, rejeitando a alegação da MCI de que “a Corte a quo equivocou-se em requerer que a MCI provasse que cada ato alegadamente anticompetitivo ou prática atribuída à AT&T foi praticado com a intenção de manter um monopólio no mercado relevante”. A Corte Distrital havia encaminhado a seguinte instrução ao júri, contra a qual a MCI protestou: “A MCI deve provar mais, todavia, do que o fato de que a AT&T recusou-se a fornecer as interconexões. Como vocês sabem, a AT&T afirma que recusou a fornecer as conexões porque acreditava que não estava obrigada a tanto, e que o recebimento das conexões pela MCI violaria políticas regulatórias estabelecidas. Se a AT&T recusou as interconexões devido a tais razões, acreditando, de boa-fé, que elas justificavam a negativa, então a recusa de fornecer as interconexões não foi conduta anticompetitiva e não pode ser considerada como conduta adotada com o propósito de manter um monopólio. A MCI tem o ônus de provar que, ao recusar as interconexões FX e CCSA, a AT&T agiu com intenção anti-competitiva, para o propósito de manter um monopólio, ao invés de motivos que ela, de boa-fé, considerou como razões legítimas”. Antes que se pense que esta instrução, e sua subsequente manutenção pelo Sétimo Circuito, significam uma ampla e incondicional reinstituição da doutrina anterior a *Alcoa*, deve-se ter em mente que o Tribunal só admitiu a utilização da defesa “boa-fé” pela AT&T porque a MCI e a AT&T estavam inseridas em um *quadro regulatório* particular, e a AT&T afirmou que acreditava que, de acordo com um determinado ato administrativo, a MCI *não tinha direito* à obtenção das interconexões pleiteadas. O argumento da AT&T, nesse contexto, não é de pura *boa-fé* particular: é, de certo modo, de *boa-fé administrativa*, baseado na idéia de que uma interpretação razoável de uma instrução pública levava à conclusão de que o objetivo da MCI era ilegal. O ponto relevante é que, a despeito da utilização da doutrina das essential facilities, a solução do caso acabou dependendo de uma discussão sobre a *intenção específica* do monopolista ao praticar a recusa de venda – e o júri acabou decidindo que a negativa de interconexão envolveu *má-fé* por parte da AT&T. De modo similar ao que ocorreu em *Kodak* (vide seção 6 deste artigo), a referência à falta de clareza do regime regulatório pertinente foi considerada *pretextual*.

As diferenças entre as duas abordagens são relevantes: a tese do “*abuso de direito*” assume que o monopolista (a) *possui o direito de recusar-se a vender*, (b) salvo quando fizer *pelas razões erradas*. A doutrina das “*essential facilities*”, de outro lado, assume que (a) propriedade “*essencial*” deve ser compartilhada, (b) a menos que o monopolista tenha uma razão legítima para se recusar a tanto – e essa razão legítima, na prática, confunde-se com a *impossibilidade técnica* do acesso ao recurso essencial. Enquanto a tese do abuso de direito concentra-se sobre a *transferibilidade* de direitos de propriedade, a doutrina das *essential facilities* trabalha sobre a prerrogativa *exclusionária* contida em tais direitos – e, enquanto a tese do abuso de direito irá presumir que o direito à transferência foi abusado quando o monopolista recusar-se a efetuar o que parecia ser uma operação que maximizaria sua riqueza, a doutrina das *essential facilities* não terá maiores preocupações sobre a eficiência econômica da recusa de venda.

Assumindo que os dois testes sejam aplicados depois de constatações prévias sobre (i.) a existência de poder de mercado e (ii.) os efeitos anticompetitivos da recusa de venda, sua diferença prática estará na *dimensão* da excludente “*legitimate business reasons*” – sob a teoria do abuso de direito, um monopolista poderá dizer algo como “*não pratiquei a operação solicitada porque, sob as condições em que ela foi proposta, não a faria com qualquer outra empresa*”; sob a teoria das *essential facilities*, isso é irrelevante.

As conclusões contidas no parágrafo anterior não significam que *não possa haver* espaço para a doutrina das *essential facilities* sob a Seção 2 do Sherman Act: a resposta para tal questão dependeria, fundamentalmente, da interpretação que fosse dada a essa cláusula legal. Em *Alcoa*, por exemplo, a Seção 2 foi lida como se contivesse um mandato requerendo a preservação de “*small business concerns*”⁷⁵ – em uma perspectiva que provavelmente é compatível com os valores que a doutrina das *essential facilities* tenta promover. No entanto, se esses valores foram abandonados, e se a lei referente a recusas de venda está hoje preocupada apenas com a detecção de situações em que há abuso da prerrogativa de transferir um direito de propriedade, então a doutrina das *essential facilities* deveria efetivamente ser abandonada.

Suporte adicional para esta conclusão pode ser obtido em *Trinko*. Como expliquei, um dos pedidos de *Trinko* era baseado na doutrina das *essential facilities*. Como resposta, a Suprema Corte esclareceu que, em toda a sua história, “*nunca havia reconhecido uma tal doutrina*” – e indicou que *Terminal*

⁷⁵ *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F.2d. 416 (1945).

Railroad e Associated Press, comumente referidos como sendo *leading cases* para a doutrina das *essential facilities*, eram simplesmente casos de *ação concertada*⁷⁶ nos quais a Corte havia demandado que “o ‘outsider’ recebesse admissão não-discriminatória ao clube”.⁷⁷ A conclusão – implícita – sugerida

⁷⁶ 124 S.Ct. 872, 881 (2004). A primeira pergunta que vem à mente é, claro, *como explicar Terminal Railroad e Associated Press* se a doutrina das *essential facilities* não pode ser admitida no sistema norte-americano. A solução pode estar na própria teoria do abuso de direito e em uma concepção de como as prerrogativas negociais *devem* ser exercidas dentro de um ambiente de livre mercado. Idealmente, seria possível pensar que decisões dentro de um ambiente de livre mercado devem ser adotadas com base nos *méritos* de cada *proposta* encaminhada a um agente econômico – não nas *qualidades da pessoa* que efetua tais propostas. Quando o agente econômico deixa de efetuar uma transação que, por *seus termos objetivos*, lhe seria *ideal*, ou *substancialmente benéfica* (quero, aqui, excluir situações em que a proposta rejeitada geraria alguma espécie de *saldo positivo*, mínimo, em favor do agente que a recusa), apenas em razão da *pessoa* que encaminha tal proposta, teríamos um cenário de *abuso* – que causaria redução do bem-estar social. É verdade que, até aqui, pelos padrões atualmente adotados, a intervenção do Direito Antitruste ainda não é justificada; quando, no entanto, a recusa de transação envolver poder de mercado e produzir substanciais efeitos anticompetitivos, o antitruste interviria – para eliminar essa recusa de transação que, *na origem*, já é viciada. Em seu centro, o problema não é, efetivamente, referente à prerrogativa *exclusionária* do direito de propriedade; é sobre sua *transferibilidade*, e sobre a *discriminação irrazoável* de pessoas que estejam em posições *funcionalmente equivalentes*. Uma espécie de abuso *per se*, cobrindo cenários de negativas objetivamente irrazoáveis, é encontrado no artigo 39, IX, do Código de Defesa do Consumidor; nas relações entre fornecedores e consumidores, a empresa que se recusar a completar uma transação funcionalmente razoável estará implementando uma prática abusiva de mercado. Para verificar se esse tipo de ilícito é preenchido em um determinado caso, é necessário investigar, do mesmo modo como expliquei acima, se a transação rejeitada *seria efetuada* com outros agentes ou não – ou seja, se a negativa é causada *unicamente* pelas características pessoais do proponente. No entanto, diferentemente do que ocorre em relação aos ilícitos antitruste, aqui não é necessário apurar a existência de poder de mercado, tampouco a intensidade dos efeitos anticompetitivos da recusa – até mesmo porque, à toda evidência, não se está falando de relações entre competidores, mas apenas entre firmas e consumidores. Leia-se o artigo: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) IX – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais”.

⁷⁷ *Id.*, pág. 872-880. Na direção contrária – mas escrevendo antes da publicação de *Trinko* – Robert Pitofsky, Donna Patterson e Jonathan Hooks afirmaram que

pela posição da Suprema Corte é de que, quando for conveniente produzir algo similar aos efeitos da doutrina das essential facilities, essa tarefa deve ser deixada ao Poder Legislativo ou às Agências Reguladoras.

6. Conclusões

Eu expliquei, acima, que vários casos sobre recusas de venda, ao invés de serem um simples produto das regras contra monopolização, podem ser vistos como o resultado da aplicação do instituto do abuso de direito. Além disso, eu indiquei que, nesses casos, os Tribunais também adotaram algumas ferramentas analíticas que desviam, em parte, do modelo tradicionalmente utilizado para casos de monopolização. A aplicação da teoria do abuso de direito ajuda a explicar os resultados atualmente suportados pela jurisprudência da Suprema Corte – e oferece uma justificativa para a rejeição da doutrina das essential facilities.

O argumento contido nas seções anteriores, esclareça-se, está baseado na jurisprudência da Suprema Corte – e reconhece a existência de alguns casos desviantes nas Cortes inferiores. Talvez a melhor área para perceber as diferenças entre a abordagem do abuso de direito e a abordagem objetivista dos testes tradicionais de monopolização sejam as recusas de venda que envolvem propriedade intelectual. Vamos analisar, com esse intuito, a decisão da Suprema Corte em *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992), e a solução que foi dada ao litígio depois de seu *remand* ao Nono Circuito.

O caso envolvia uma disputa entre a Kodak e um grupo de companhias a quem a Kodak recusava vender peças de reposição de suas copiadoras. As companhias em questão – chamadas, no caso, de “*Organizações de Serviço Independentes*”, ou ISOs – costumavam competir contra a Kodak nos mercados de serviços de manutenção e peças de reposição para as máquinas fabricadas pela Kodak. A Kodak, depois de um certo ponto, decidiu simplesmente *recusar-se* a vender quaisquer peças de reposição para as ISOs – com a finalidade de eliminá-las do mercado de serviços. As ISOs processaram a

Associated Press, Lorain Journal e Otter Tail tornavam claro que “the essential facilities doctrine renders a unilateral refusal to deal subject to liability as a monopolization violation of Section 2 of the Sherman Act”. Robert Pitofsky *et al.*, *The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law*, 70 Antitrust L.J., 443 (2002).

Kodak, que imediatamente pediu que a ação fosse sumariamente extinta. O pedido da Kodak foi aceito, o Nono Circuito reverteu tal decisão, e o caso foi submetido à Suprema Corte. A Suprema Corte entendeu que as ISOs haviam apresentado questões legítimas para julgamento sobre a possibilidade de monopolização dos mercados de serviços e peças de reposição pela Kodak, e o caso foi remetido de volta às instâncias ordinárias. Ao final, o Nono Circuito entendeu que as recusas de venda da Kodak violavam o Sherman Act, pois elas produziam efeitos anticompetitivos e todas as justificativas oferecidas pela Kodak eram “*pretextuais*”.

O *texto* da decisão do Nono Circuito, em uma primeira análise, não fornece amparo à idéia de que a teoria do abuso de direito foi de qualquer modo relevante para a solução do litígio. Desde 1990, quando avaliou o caso que levaria à decisão da Suprema Corte em *Kodak*,⁷⁸ o Nono Circuito passou a seguir a tradicional fórmula de monopolização definida em *Grinnell* – e, ao invés de detectar se havia uma intenção anticompetitiva envolvida em uma recusa de venda, sempre tentou verificar se os casos que analisava envolviam (i.) condutas que interferiam com competição sem uma razão legítima ou (ii.) condutas que interferiam excessivamente com a competição. Um típico exemplo, portanto, de análise proporcional.

Por isso, em *Image Technical Services v. Kodak*, 125 F.3d 1195 (1997), decidido depois do retorno dos autos da Suprema Corte, os limites do direito de recusa não foram definidos por meio de referência direta à fórmula de *Colgate* – a “ausência de um propósito de monopolizar” – mas por meio de referência a uma fórmula objetivista, baseada em *Aspen* – “apenas se há razões negociais legítimas para a recusa”. É verdade, como expliquei antes, que, quando apareceu, o teste de “razões negociais legítimas” foi utilizado como um *proxy* para detectar situações de abuso de direito. Não obstante, quando integrado à lei geral de monopolização, ele conduz a uma abordagem *objetivista*, alinhada com *Griffith* e *Grinnell*, e conforme à qual uma violação ao Sherman Act pode ser encontrada independentemente da intenção específica do réu.

Na mesma linha, as instruções fornecidas ao júri pela a Corte Distrital à qual *Kodak* foi enviado, ao invés de adotar um critério baseado em intenção específica para definir se havia ocorrido monopolização ilícita ou não (como a Corte Distrital em *Aspen* havia feito), orientaram os jurados a adotar um critério puramente *objetivo*, similar ao teste de *balanceamento* empregado

⁷⁸ *Image Technical Serv. v. Eastman Kodak Co.*, 903 F.2d 612, 618 (1990).

em *Microsoft*. Sua parte pertinente afirmava que “uma companhia com poder de monopólio em um mercado relevante não possui dever geral de cooperar com seus rivais e pode recusar-se a negociar com eles ou com seus consumidores se razões negociais válidas existirem para tal recusa. É ilegal, contudo, para um monopolista iniciar conduta, incluídas aí recusas de venda, que desnecessariamente excluem ou prejudicam consumidores para manter um monopólio”.

Ao final, contudo, os fatos do caso mostravam que a Kodak recusou-se a negociar *em razão de uma intenção específica de lesar as ISOs*, e também recusou-se a praticar operações comerciais que, vistas isoladamente, maximizariam sua riqueza – ou seja, esse parece ser um dos casos em que as abordagens *objetivista* (as ferramentas analíticas tradicionalmente utilizadas para casos de monopolização) e *intencionalista* (os teste do abuso de direito) alcançariam o mesmo resultado.

Antes de analisar o caso *Kodak* mais a fundo, vejamos um caso em que as duas abordagens levariam claramente a soluções diferentes: *In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation*, 203 F.3d 1322 (2000), onde um grupo de ISOs apresentou uma ação contra a Xerox Corporation em razão de fatos similares àqueles relatados no caso *Kodak*. Na mesma linha do Nono Circuito em *Kodak*, a Corte Distrital perante a qual o caso foi apresentado entendeu que a recusa da Xerox poderia representar uma conduta exclusionária – mas, em reconsideração, entendeu que a recusa de vender produtos *patenteados* não poderia ser tida como ilegal sob as leis antitruste. Com base em tal argumento, a ação foi sumariamente rejeitada. Em apelação, a Corte de Apelação para o Circuito Federal *expressamente rejeitou o molde analítico* adotado pelo Nono Circuito em *Kodak* e afirmou que, se o autor não pudesse oferecer provas de que o réu tinha produzido um efeito anticompetitivo que “*ilegalmente estendia-se além de sua patente*”, nenhum pedido sob a Seção 2 poderia ser feito.

A diferença entre os dois casos é clara: quando seu caso foi remetido de volta às instâncias ordinárias,⁷⁹ a Kodak *também* usou o argumento de que suas “numerosas patentes e copyrights forneciam uma razão negocial legítima para sua alegada conduta exclusionária”.⁸⁰ O Nono Circuito *rejeitou* essa tese, explicando que, ainda que “o desejo de um monopolista de excluir

⁷⁹ 125 F.3d 1195 (1997).

⁸⁰ *Id.*, pág. 1213.

outros de seu trabalho protegido seja uma razão negocial presumidamente válida para qualquer dano imediato aos consumidores”,⁸¹ tal presunção era *contestável* – e, no caso, a evidência levava à conclusão de que a justificativa oferecida pela Kodak era meramente *pretextual*.⁸² Pra propósitos práticos, essa referência a “*pretexto*” significa que, se o titular da patente tivesse *apenas a intenção de lesar um competidor quando recusou-se a negociar com ele*, os testes empregados em *Kodak* levarão ao estabelecimento de responsabilidade. Isso quer dizer que, novamente, estamos diante da doutrina do abuso de direito.

No caso *Xerox*, a Corte de Apelação, apesar de reconhecer que “direitos de propriedade intelectual não conferiam um privilégio para violar as leis antitruste”⁸³ e que “o direito do titular da patente de excluir (...) não era ilimitado”,⁸⁴ deixou de seguir o modelo empregado em *Kodak*. Ao invés disso, afirmou que o direito de exclusão concedido por uma patente seria limitado apenas se a parte contra quem uma ação por violação de patentes fosse movida pudesse demonstrar, objetivamente, (a) a existência de uma prática ilegal de vendas casadas, indicando que o titular da patente estaria utilizando-a para adquirir um *outro monopólio*, não concedido pela legislação de propriedade intelectual, (b) que a patente foi obtida por meio de “knowing and willful fraud”,⁸⁵ (c) ou que a acusação de violação foi uma “simples fachada” para encobrir “o que [era], na verdade, não mais do que uma tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um competidor”.⁸⁶ Como tais condições iniciais não haviam sido satisfeitas, a Corte recusou-se a investigar a motivação subjetiva da *Xerox* para recusar-se a vender. Assim, sob o approach utilizado na decisão *Xerox*, *ainda que o titular da patente recuse-se a vender um produto com a intenção de lesar um competidor*, nenhuma responsabilidade será estabelecida contra ele apenas por esse fato.

Qual das duas abordagens é mais autoritativa? Em razão dos precedentes mencionados na parte anterior desse artigo, *até que a Suprema Corte efetivamente rejeite uma recusa de venda* em um caso no qual *não possa ser*

⁸¹ *Id.*, pág. 1218.

⁸² *Id.*, pág. 1218-1219.

⁸³ 203 F.3d 1322, 1325 (2000).

⁸⁴ *Id.*, pág. 1326.

⁸⁵ *Id.*, pág. 1326.

⁸⁶ *Id.*, pág. 1326.

constatada a existência de intenção específica, os resultados produzidos pela abordagem do abuso de direito possuem maiores chances de corresponder ao efeito desenlace de futuros litígios submetidos a tal Tribunal. Se a abordagem objetivista devesse prevalecer, por exemplo, muito provavelmente o resultado em *Trinko* teria sido diferente – pois a Verizon não teria sido capaz de fornecer uma “razão negocial legítima” para justificar sua recusa. Isso sugere que o modelo analítico empregado em *Kodak* está mais próximo da abordagem dominante para esse tipo de questão – especialmente em razão de sua referência a um “pretexto”, o que permite *reintroduzir* a análise de intenção específica dentro dos testes de monopolização –, e que os *standards* que levaram à produção de uma decisão favorável em benefício da Xerox deveriam ser repensados.

Essa conclusão pode ser intuitivamente defendida por meio de um recurso ao teste que empreguei na quinta parte deste artigo. Analisemos *apenas* as operações que a Xerox e a Kodak negaram-se a concluir com as ISOs: vistas *individualmente*, elas seriam transações que *maximizariam* a riqueza da Xerox e da Kodak; se os preços propostos pelos ISOs fossem preços *praticados* pela Xerox e pela Kodak com quaisquer outros clientes, então suas negativas de venda são, *prima facie*, efetivamente comparáveis à negativa da Aspen Skiing. Enquanto tais, deveriam ser capturadas pela legislação antitruste.

Direitos de propriedade intelectual podem ser utilizados como uma justificativa negocial válida para negativas de negociação? Sim e não. Nós efetivamente podemos pensar que a titularidade de uma patente confere uma legítima prerrogativa de não *compartilhar* o método de produção do bem patenteado e de impedir que terceiros *autonomamente* coloquem o mesmo produto no mercado.⁸⁷ Em casos-limite, talvez efetivamente tenhamos que discutir sobre a possibilidade de *licenciamentos compulsórios*, e ponderar se a aplicação das leis antitruste pode fragilizar a proteção conferida pela

⁸⁷ Examinando o sistema legal brasileiro, a idéia de colocação “autônoma” no mercado por terceiros perpassa todos os verbos listados no *caput* do artigo 42 da Lei n. 9.279/96. Leia-se: “Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I – produto objeto de patente; II – processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. § 1º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo”. Grifei.

legislação de propriedade intelectual.⁸⁸⁻⁸⁹ Isso, no entanto, *não é o que ocorre*

⁸⁸ Em abstrato, essa discussão pode ser colocada em qualquer sistema legal. Em sistemas nos quais exista *dispositivo legal específico* regulando o licenciamento compulsório, contudo, um argumento razoavelmente sólido de *regulatory immunity* poderia ser efetuado – em uma variação do argumento central utilizado por Scalia em *Trinko*. Sua versão mais simples seria algo como: “forçar o licenciamento compulsório por meio da legislação antitruste termina interferindo com o sistema de incentivos criado pela legislação específica de propriedade intelectual. Assim, no que tange a recusas de venda que envolvam propriedade intelectual [pelo raciocínio desenvolvido neste artigo, apenas recusas de licenciamento, não recusas de venda de produtos patenteados, estariam compreendidas aqui], a solução deve ser encontrada apenas em conformidade à legislação específica, sem recurso à legislação antitruste”. Em tese, este argumento é razoavelmente sólido. Não obstante, no que diz respeito ao Brasil, ele parece ser inaplicável – porque o *caput* do artigo 68 da Lei n. 9.279/96 afirma que umas das hipóteses de licenciamento compulsório é a prática de *abuso de poder econômico* por intermédio de uma patente, uma previsão legal *aberta* que faz remissão expressa à *legislação antitruste* como condição para definir se o licenciamento compulsório pode ocorrer. Nessa hipótese, voltaríamos à discussão contida neste artigo para saber se o licenciamento compulsório é provocável (i.) apenas em casos nos quais a recusa de licenciamento seja motivada por uma *intenção maliciosa* ou (ii.) em qualquer cenário onde a recusa não possa ser justificada por “*razões negociais legítimas*”. Qualquer que seja a solução correta, a redação do artigo 68 já parece afastar, de plano, a utilização *ampla* dos direitos de propriedade intelectual como defesa contra reclamações baseadas em recusas de venda – ao estilo do que foi efetuado em *Xerox*. Leia-se o *caput* do dispositivo em questão: “Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial”.

⁸⁹ Como complemento à nota de rodapé anterior, referência deve ser feita ao artigo 70 da Lei n. 9.279/96. *In verbis*: “Art. 70. A licença compulsória será ainda concedida quando, cumulativamente, se verificarem as seguintes hipóteses: I – ficar caracterizada situação de dependência de uma patente em relação a outra; II – o objeto da patente dependente constituir substancial progresso técnico em relação à patente anterior; e III – o titular não realizar acordo com o titular da patente dependente para exploração da patente anterior. § 1º Para os fins deste artigo considera-se patente dependente aquela cuja exploração depende obrigatoriamente da utilização do objeto de patente anterior. § 2º Para efeito deste artigo, uma patente de processo poderá ser considerada dependente de patente do produto respectivo, bem como uma patente de produto poderá ser dependente de patente de processo. § 3º O titular da patente licenciada na forma deste artigo terá direito a licença compulsória cruzada da patente dependente”. Há casos na jurisprudência americana e europeia sobre licenciamento compulsório, provocado por meio da legislação antitruste, que incorporam os mesmos princípios contidos nos incisos do artigo 70 da Lei n. 9.279/96 (ver, nos

nos dois casos discutidos nesta seção: uma vez *produzido* o bem patenteado,

Estados Unidos, *Lotus Development Corp. v. Borland International, Inc.*, 49 F3d. 807(1995), onde a Borland requereu acesso aos sistemas de *menu* do Lotus 1-2-3 como condição para poder lançar seu próprio conjunto de aplicativos – o Quattro e o Quattro Pro – no mercado; na Europa, a idéia do caso *IMS Health* parece ser a mesma: o objeto do pedido de licenciamento foi um *método de organização* de dados sobre o consumo de remédios em diferentes regiões da Europa. Nos dois casos, o produto que *se queria desenvolver* após o licenciamento compulsório tinha, claramente, *maior valor agregado* – o que pode equivaler ao nosso “*substancial progresso técnico*” – do que o objeto do licenciamento em si.). Apesar de os princípios serem os mesmos, os *efeitos* das duas abordagens são diferentes: uma ordem de licenciamento compulsório por meio da legislação antitruste dependerá (i.) da verificação da existência de poder de mercado por parte do titular da patente e (ii.) da avaliação dos efeitos anticompetitivos de sua negativa de licenciamento. Para que haja a maior coincidência possível entre os dois campos – reduzindo os *desincentivos* criados pelo instituto do licenciamento compulsório tal como definido na Lei n. 9.279/96 –, a interpretação da idéia de “*dependência de uma patente a outra*” deve ser absolutamente *estrita*. Mesmo assim, isso não resolveria situações em que, por exemplo, um potencial requerente pudesse desenvolver sua invenção com base em seis patentes marginalmente substituíveis, todas competindo entre si dentro do mesmo mercado relevante. Dentro desse cenário, a negativa de cada um dos titulares de patentes provavelmente não teria efeitos anticompetitivos suficientes para justificar uma ordem de licenciamento compulsório – mas o argumento da “*dependência*” parece continuar a poder ser feito com base na legislação de propriedade intelectual. Em uma aproximação inicial, a inexistência de poder de mercado sugere a existência de razoáveis possibilidades de o potencial requerente *desenvolver* uma inovação, por si só, que pudesse propiciar-lhe a utilidade que deseja auferir por meio da patente cujo licenciamento compulsório lhe interessa. A solução mais correta, assim, parece ser *negar* o licenciamento compulsório em tais cenários. Essa discussão é relevante porque, se a idéia de “*dependência*” for interpretada amplamente, a tensão entre o sistema antitruste o sistema de proteção à propriedade intelectual tenderá a *nem se estabelecer*: antes de precisarem utilizar a idéia de abuso de poder econômico, terceiros interessados em obter o licenciamento compulsório *já conseguirão atender a seus interesses* por meio da *própria legislação protetiva dos direitos de propriedade intelectual*. Nos Estados Unidos, frise-se, o dispositivo legal existente é *diametralmente oposto* aos artigos 68 e 70 da Lei n. 9.279/96, e isso *acentua* a tensão entre o sistema de proteção da propriedade intelectual e o sistema antitruste. Veja-se: “(d) No patent owner otherwise entitled to relief for infringement or contributory infringement of a patent shall be denied relief or deemed guilty of misuse or illegal extension of the patent right by reason of his having done one or more of the following: (...) (4) refused to license or use any rights to the patent; or (5) conditioned the license of any rights to the patent or the sale of the patented product on the acquisition of a license to rights in another

e estando seu titular explorando-o economicamente por meio de sua *colocação regular no comércio*, não existe razão para pensarmos que o direito de *propriedade* sobre tal recurso não possa ser *abusado* da mesma forma que ocorre em relação a bens que não são objeto de direitos de propriedade intelectual. Isso é o que a referência a *pretexto* feita em *Kodak* quer capturar – e é também esse fenômeno que a decisão de *Xerox*, ao admitir que a titularidade de direitos de propriedade intelectual possa ser usada genericamente como escudo contra ações baseadas em recusas de venda, *deixa de controlar*.

Neste artigo, eu expliquei uma maneira de compreender o que os Tribunais *têm feito*, e forneci um método para prever o seu comportamento em casos similares no futuro. Abordando este ponto, indiquei que, conforme a jurisprudência da Suprema Corte, uma abordagem *subjetivista* tem mais chances de indicar a provável solução de casos de recusa de venda do que uma abordagem *objetivista*. Os motivos desse comportamento não são claros – mas parece razoável entender que a cultura jurídica norte-americana *não está pronta* para dizer, frontalmente, que uma recusa de venda deve ser tida por ilícita apenas em razão dos *efeitos objetivamente anticompetitivos* que ela gera. Essa leitura acabaria impondo um *dever positivo* de negociação a um monopolista que talvez seja *incompatível* com o conjunto de valores existentes nos Estados Unidos; a utilização da teoria do abuso de direito como solução para casos de recusa de venda significa que, a menos que seja possível encontrar *um elemento subjetivo reprovável* na conduta do monopolista, o dever de vender não será judicialmente estabelecido.

Na União Européia, diversamente, a doutrina das essential facilities possui maior aceitação. Não por coincidência, o Direito da Concorrência europeu tem como uma de suas pedras fundamentais a noção de *abuso* de uma posição dominante – e insiste na idéia de que firmas com posições dominantes possuem uma *responsabilidade especial* para com o mercado. A noção de *responsabilidade especial*, a seu turno, parece trazer consigo uma série de *deveres positivos* – estranhos ao antitruste da América do Norte, mais preocupado com o *dano* que certas condutas podem causar ao ambiente competitivo do que com a responsabilidade especial de algumas empresas. Faço essa ilustração para ressaltar que, além de analisar o que os

patent or purchase of a separate product, unless, in view of the circumstances, the patent owner has market power in the relevant market for the patent or patented product on which the license or sale is conditioned”. 35 U.S.C. § 271(d) (1999). Grifei.

Tribunais *estão fazendo*, temos também que verificar o que eles *deveriam estar fazendo* – em outras palavras, se a abordagem subjetivista *deve ou não* estar prevalecendo sobre a abordagem objetivista. Se nós quisermos aplicar a doutrina das essential facilities, ou algo similar a ela, no Brasil, tal estudo será necessário – não bastando, pelos motivos expostos neste artigo, a realização de referências aos precedentes norte-americanos. Farei esta análise em outra oportunidade.

Referências bibliográficas

I. CASOS

- Alaska Airlines, Inc. v. United Airlines, Inc.*, 948 F.2d 536, 542 (9th Cir. 1991).
American Tobacco Co. v. United States, 328 U.S. 781 (1946).
Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585 (1985).
AT&T Corporation v. Iowa Utilities Board, 535 U.S. 366 (1999).
Burke v. Smith, 68 Mich. 380 (1888).
Corporation of Bradford v. Pickles, [1895] 1 Ch 145.
Data Gen. Corp. v. Grumman Sys. Support Corp., 36 F.3d 1147, 1182 (1994).
Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 504 U.S. 451 (1992).
Eastman Kodak Company of New York v. Southern Photo Materials Company, 275 U.S. 359 (1927).
Image Technical Serv. v. Eastman Kodak Co., 903 F.2d 612, 618 (1990).
Image Technical Services v. Kodak, 125 F.3d 1195 (1997).
In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation, 203 F.3d 1322 (2000).
Intergraph v. Intel, 195 F.3d 1346 (1999).
Law Offices of Curtis V. Trinko v. Bell Atlantic Corp., 123 F. Supp. 2d 738, 741 (2000).
Law Offices of Curtis V. Trinko, L.L.P. v. Bell Atlantic Corp., 305 F.3d 89, 107 (2002).
Mayor of Bradford v. Pickles, [1895] AC 587.
MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co., 708 F.2d 1081(1983).
Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co., 220 U.S. 373 (1911).
Olympia Equipment Leasing Co. v. Western Union Telegraph Co., 797 F.2d 370 (7th Cir. 1986).
Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366 (1973).

- Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 52 (1911).
Swift & Co. v. United States, 196 U.S. 375, 396 (1905).
United Shoe Machinery Corp. v. United States, 347 U.S. 521 (1954).
United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416 (1945).
United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106, 181-182 (1911).
United States v. AT&T, 524 F.Supp. 1336 (1981)
United States v. Colgate & Company, 250 U.S. 300, 307 (1919).
United States v. Griffith, 334 U.S. 100 (1948).
United States v. Grinnell Corp., 236 F. Supp. 244 (1964).
United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563 (1966).
United States v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (2001).
United States v. Otter Tail Power Co., 331 F. Supp. 54 (1971).
United States v. United Shoe Machinery Corp., 110 F. Supp. 295 (1953).
United States v. United States Steel Corp., 223 F. 55, 62 (1915).
Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 124 S.Ct. 872 (2004).
Verizon Communications v. FCC, 122 S.Ct. 1646 (2002).

II. BIBLIOGRAFIA

- Bolgar, V. 1974-1975. *Abuse of Rights in Europe*. 35 La. L. Rev. 1021.
- Byers M. 2002. *Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age*. 47 McGill L.J. 389.
- Cooter R. and Ulen, T. 2000. *Law and Economics*. 3rd ed., New York: Addison Wesley Longman.
- Demsetz, H. 1967. *Toward a Theory of Property Rights*. 57 Am. Econ. Rev. Papers & Proceedings.
- Gutteridge, H.C. *Abuse of Rights*. 5 Cambridge L.J. 30 (1933-1935).
- Miceli, T. 2004. *The Economic Approach to Law*. Stanford: Stanford University Press.
- Penner, J.E. 1996. *The “Bundle of Rights” Picture of Property*. 43 UCLA L. Rev. 711.
- Perillo, J. 1995-1996. *Abuse of Rights: A Pervasive Legal Concept*. 27 Pac. L.J. 37.
- Pitofsky, R. et al. 2002. *The Essential Facilities Doctrine Under U.S. Antitrust Law*. 70 Antitrust L.J., 443.

- Pitofsky, R., Goldschmid, H. and Wood, D. 2003. *Trade Regulation: Cases and Materials*. 5th ed, New York: Foundation Press.
- Posner, R. 2003. *Economic Analysis of Law*. 6th ed., New York: Aspen Publishers.
- Voyame J. et al. 1990. *Abuse of Rights in Comparative Law*. In: colloquium, *Abuse of Rights and Equivalent Concepts: the Principle and its Present Day Application*. Council of Europe
- Wyman, B. *The Public Duty of the Common Carrier in Relation to Dependent Services*, 17 Green Bag 570.
- Yiannopoulos, A.N. 1993-1994. *Civil Liability for Abuse of Right: Something Old, Something New*. 54 La. L. Rev. 1195.

