

REVISTA DO

IBRAC

11 anos

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Doutrina
Jurisprudência
Legislação

volume 13 número 2

2006

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO

São Paulo
Volume 13 número 2 - 2006
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 Magalhães, Mauro Grinberg, Paula Forgioni, Ubiratan Mattos, Leonor Cordovil; **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, Rabih Nasser, Rubens Ricupero, Vera Thorstensen, Pablo Bentes; **Economia:** Arthur Barrionuevo, Edgard Pereira, Elizabeth Farina, Gesner de Oliveira, Jorge Fagundes; **Regulação:** Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira; **Secretariado Editorial:** Vicente Bagnoli, Carolina Guerreiro, Leonardo Peres da Rocha e Silva

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

www.ibrac.org.br
ibrac@ibrac.org.br

SUMÁRIO

O Direito da concorrência da China: Statu quo e o desenvolvimento da produção legislativa <i>Wei Dan</i>	9
Preços predatórios: testes e avanços recentes <i>Jorge Fagundes, Fabio Kanczuk</i>	37
Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e Banco Central do Brasil (BACEN): concorrência e regulação no Sistema Financeiro Nacional <i>Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita</i>	63
A correlação negativa entre número de empresas e tamanho de mercado na indústria brasileira: Uma revisão histórica da teoria de John Sutton <i>Rodrigo Surcan dos Santos</i>	91
Resale Price Maintenance, Suggested Retail Price e o caso Kibon: uma análise crítica do ponto de vista da doutrina e jurisprudência nacional, norte-americana e européia <i>Rodrigo Surcan dos Santos</i>	113
Haverá lugar digno para o “jurídico” na teoria e prática do direito antitruste? <i>Luis Fernando Schuartz</i>	153
Do compromisso de cessação de prática no sistema brasileiro de defesa da concorrência: Considerações sobre a sua natureza jurídica, compulsoriedade de celebração pela administração pública e questões de direito intertemporal <i>Leonardo Canabrava Turra</i>	183
Relação de matérias publicadas na Revista do Ibrac	201

ÍNDICE

O Direito da concorrência da China: Statu quo e o desenvolvimento da produção legislativa

Wei Dan

1. O papel do Direito da Concorrência no contexto da globalização econômica	9
1.1 Papel regulador do Direito da Concorrência na economia global	9
1.2 Importância para os países em vias de desenvolvimento	12
1.3 Significado para a China	14
2. Statu Quo do direito da concorrência chinês	17
3. Referências dos Estados Unidos da América e da União Europeia	26
4. Aplicabilidade na China	31
4.1. Experiências que se encaixam a situação nacional da China	31
4.2 Questões que merecem a atenção no processo da legislação interna ...	32
4.3 Reforço da cooperação internacional	36

Preços predatórios: testes e avanços recentes

Jorge Fagundes, Fabio Kanczuk

1. Introdução	37
2. Breve Revisão da literatura sobre preços predatórios	37
2.1 Teste de Areeda e Turner	38
2.2. Teste de Joskow e Klevoric	38
2.3. Teste de Posner	39
2.4. Teste de Williamson	39
2.5. Teste de Baumol	40
2.6. Avanços recentes	41
3. Discussão da literatura e dos testes	44
3.1 Três possíveis objetivos de testes de preço predatório	44
3.2 Propósito legítimo do preço	45
3.3 Preço que ameaça existência de rivais eficientes	47
3.4 Possibilidade de elevação futura do preço pós-predação	49
4. Aspectos legais no Brasil	51
5. Conclusões	57
6. Referências	59

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e Banco Central do Brasil (BACEN): concorrência e regulação no Sistema Financeiro Nacional

Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita

1. Introdução	63
2. Histórico	63
2.1. A fase pré-parecer da Advocacia-Geral da União	63
2.2 Parecer da Advocacia-Geral da União nº AGU/LA-01/2001, de 7 de fevereiro de 2001	65
2.3 Caso Finasa Seguradora	67
2.4 Situação após o Caso Finasa Seguradora até os dias atuais	68
3. Conflito de competência entre o Cade e o Bacen	69
3.1 A Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e o parecer da AGU	69
3.2 Lei complementar e lei ordinária	71
3.3 Derrogação de lei geral por lei específica	73
3.4 Imunidades ou isenções concorrenciais implícitas	73
3.5 A Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997	74
4. Concorrência e regulação no setor financeiro	75
4.1 Conselho Monetário Nacional (CMN) e BACEN: regulação do sistema financeiro nacional	76
4.2 Da natureza e efeitos das decisões do CADE em relação ao BACEN ...	77
4.3 Articulação e cooperação entre os órgãos reguladores e os órgãos concorrenciais	85
5. Conclusão	86
6. Bibliografia	88

A correlação negativa entre número de empresas e tamanho de mercado na indústria brasileira: Uma revisão histórica da teoria de John Sutton

Rodrigo Surcan dos Santos

I. Sumário	91
II. Palavras Chave	91
III. Introdução	91
IV. Revisão Bibliográfica	93
IV.1. Estrutura, Conduta e Desempenho	93
IV.2. A suposta correlação negativa entre concentração de mercado e tamanho do mercado	96

IV.3. Custos irrecuperáveis endógenos e exógenos e a relação entre tamanho de mercado e concentração de mercado sob a ótica de Sutton .	101
V. Bibliografia	109

Resale Price Maintenance, Suggested Retail Price e o caso Kibon: uma análise crítica do ponto de vista da doutrina e jurisprudência nacional, norte-americana e européia

Rodrigo Surcan dos Santos

I. Sumário	113
II. Palavras Chave	113
III. Introdução	114
IV. Condutas colusivas verticais	114
V. O caso Kibon	137
VI. Conclusão	149
VII. Bibliografia	150

Haverá lugar digno para o “jurídico” na teoria e prática do direito antitruste?

Luis Fernando Schwartz

I. Afinal, para quê serve o direito da concorrência?	154
II. O que é “provar juridicamente” que $\Delta G_{\alpha} \geq 0$?	169

Do compromisso de cessação de prática no sistema brasileiro de defesa da concorrência: Considerações sobre a sua natureza jurídica, compulsoriedade de celebração pela administração pública e questões de direito intertemporal

Leonardo Canabrava Turra

1. Marco teórico da discussão	183
2. Compromisso de cessação natureza jurídica de transação	184
3. Compromisso de cessação como direito público subjetivo administrado e dever da administração	186
4. A Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região	189
5. Jurisprudência do próprio CADE - Compromisso de cessação como direito do processado	190
6. Direito intertemporal	190
6.1. Aplicação ao direito administrativo sancionador dos princípios informadores do direito penal	190
6.2. Determinação da norma mais favorável - Lei que exclui causa extintiva da punibilidade	193

6.3. Tempus regit actum - LICC e Constituição Federal	195
6.4. Precedentes do TRF da 1ª. região quanto à irretroatividade da norma que impede a celebração do compromisso de cessação	195
7. Provas da existência da infração	197
8. Conclusão	198
9. Referências bibliográficas	199
Relação de matérias publicadas na Revista do Ibrac	201

O DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA CHINA: *STATU QUO* E O DESENVOLVIMENTO DA PRODUÇÃO LEGISLATIVA

Wei Dan*

1. O papel do Direito da Concorrência no contexto da globalização econômica

1.1 Papel regulador do Direito da Concorrência na economia global

No âmbito do Direito Económico, a concorrência¹ refere-se à rivalidade no domínio económico entre produtores, fabricantes, empresários ou comerciantes que põem à venda mercadorias da mesma natureza e qualidade², ou quer significar que tal operação é feita a melhor oferta ou o melhor preço³. A

* Docente da Faculdade de Direito da Universidade de Macau, China.

¹ É interessante falar brevemente sobre a evolução da concorrência. Durante a Idade Média, os grémios organizavam as actividades económicas em forma de monopólio e uniformizavam os preços e a qualidade dos produtos. Essa situação mudou-se no fim do século XVI na Inglaterra, com a contestação da legalidade destes monopólios. Com a transição do absolutismo para o liberalismo, Adam Smith propôs a lei natural do mercado, isto é, a intervenção estatal, que, como “mão invisível” (as suas funções são: limitar o tamanho do estômago do senhorio, curvar o egoísmo residual de um senhorio, otimizar a produção e preservar a ordem natural), se deveria reduzir significativamente. Segundo o raciocínio, os agentes económicos poderiam promover o bem geral da sociedade. Só que as empresas pequenas não se sustentavam frente a grandes concentrações. As imperfeições do liberalismo geraram insatisfação popular e pressão dos pequenos e médios empresários. A solução veio com a intervenção estatal. Após a crise de 1929, com a crise da Bolsa de Valores de Nova Iorque, Roosevelt em 1932 iniciou uma nova política de desenvolvimento económico, com a finalidade de construir um Estado do bem-estar social, com a intervenção estatal necessária. Surgiu, assim, o neoliberalismo que visou preservar alguns caracteres do liberalismo e superar as suas imperfeições. Desde então, o objectivo da intervenção pública tem sido a garantia da liberdade económica dos agentes, mas apenas de forma indireta, supervisionando, orientando e incentivando a economia nacional.

O regime normativo da defesa da ordem do mercado remonta aos documentos antigos, entre os quais, a legislação do Império Romano e o *Código Tang* (10ª parte chamada *Lei Diversa*) da Dinastia Tang do Império Chinês.

² DINIZ, Maria Helena, (1998), p. 734.

³ SILVA, De Plácido E, (2002), p. 193.

concorrência é vista como um expediente que contraria o atraso tecnológico, os altos custos de produção, o desperdício de recursos, a baixa qualidade e a baixa eficiência, portanto, os seus objectivos são a protecção dos consumidores, a garantia da liberdade de acesso ao mercado e o reforço da competitividade dos agentes económicos e do país em aspectos gerais.

Num mercado onde existe a concorrência, as empresas rivalizam entre si na exploração de novos produtos e na prestação de serviços, realizando assim a optimização dos recursos sociais em termos de quantidade, qualidade, custos e preços. Os mercados mais concorrenciais registam maiores índices de produtividade e maior eficiência na utilização dos recursos. A concorrência permite a livre entrada e saída de empresas do mercado: uma empresa eficiente e competitiva tem vantagens no acesso ao consumidor; uma empresa ineficiente é afastada do mercado. Aquelas empresas que não conseguem atingir os padrões de inovação e eficiência, muito provavelmente, têm pela frente os riscos de aquisição, transformação e cisão. Além da eficiência e do crescimento, o mercado competitivo fornece ainda mais oportunidades económicas, aumentando a elasticidade e a estabilidade macroeconómica⁴. Já numa economia a que falta a competição, os poderes económicos concentram-se nas mãos de poucas pessoas. O abuso da posição dominante e o cartel⁵ mantêm preços monopolistas através da restrição da produção. Quer dizer, a oferta da quantidade de produtos e de serviços será limitada e a procura de novos produtos por parte dos consumidores não poderá ser explorada e proporcionada. Assim, haverá menos criatividade e possibilidade da variedade de serviços.

Aumentar a eficiência económica e a optimização de recursos no seu conjunto de uma sociedade são justamente os objectivos primordiais do direito da concorrência. Neste sentido, o direito da concorrência proporciona apoios institucionais para a maximização do bem-estar social. O direito da concorrência nasce a fim de eliminar actos de concorrência desleal, actos restritivos da concorrência e os monopólios, que podem assumir três qualificações: actos que contrariam objectivamente normas de lealdade na concorrência, actos ilícitos civis e actos ilícitos penais⁶. Os principais actos proibidos pelo direito da concorrência

⁴ Através da concorrência, as empresas tornam-se mais adaptáveis aos choques provenientes do interior e do exterior, portanto, os custos macroeconómicos para reagir contra a instabilidade são mais baixos.

⁵ Geralmente, sendo difíceis de detectar por serem secretos, os cartéis são acordos em que as empresas restringem a produção para vender a um preço mais elevado.

⁶ ASCENSÃO, José De Oliveira, (2002), *Concorrência Desleal*, Livraria Almedina, Coimbra, p. 14.

são, por exemplo, acordos da concorrência desleal verticais entre as empresas ou horizontais entre o comprador e o vendedor, comportamentos unilaterais e abusivos das empresas em posição dominante e concentrações ou fusões anti-concorrenciais, entre outros. Por via de regra, o direito da concorrência não abrange restrições gerais de comportamentos específicos, mas proíbe aqueles que limitem seriamente a concorrência e aqueles que criem ou protejam posições monopolistas dominantes. A legitimidade dos comportamentos é determinada pelos impactos reais ou potenciais no mercado, que são produzidos por uma empresa ou por várias empresas monopolizando o mercado. No entanto, há que salientar que, em primeiro lugar, o direito da concorrência somente põe restrições ao abuso dos direitos e não proíbe simplesmente o monopólio graças à alta eficiência das empresas; em segundo lugar, o poder monopolista é usado para limitar o volume da produção ou aumentar preços e não é uma manifestação do papel da escala empresarial. O monopólio encontra-se tanto no mercado de produtos⁷ e como no mercado geográfico⁸.

Após a segunda Guerra Mundial, a redução significativa das barreiras pautais e não pautais relacionadas com o comércio e o investimento fez com que a concorrência levasse a cabo o aumento de eficiência e de criatividade e o desenvolvimento económico. Há uma convergência a nível internacional sobre os objectivos do direito da concorrência. A defesa da concorrência constitui um meio de assegurar outros fins de política económica⁹. No caso da Europa, tendo em conta o objectivo de romper os obstáculos de baixa eficiência e criar um mercado único, o Tratado de Roma prevê o direito da concorrência como direito substancial aplicado de forma directa e compulsória pela Comissão Europeia¹⁰.

⁷ Um exemplo deste é o seguinte: a empresa A é um dos produtores nacionais de um tipo de mercadoria e detém o poder monopolista, quanto a outro tipo de mercadoria, existe somente um produtor que é a empresa B, sem necessariamente deter o poder monopolista.

⁸ Quer dizer, numa determinada área geográfica, os consumidores podem adquirir produtos ou serviços apenas a sua empresa. Os factores determinantes do monopólio geográfico são, essencialmente, os custos de transporte.

⁹ MONCADA, Luís S. Cabral de, (2003), *Direito Económico*, 4ª edição revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, p. 408, “A defesa da concorrência gera, porém, o progresso por um aperfeiçoamento dos métodos de produção, por uma diferenciação crescente da qualidade e dos tipos de produtos e pelo desenvolvimento de novos produtos, permite, por fim, a difusão dos benefícios devidos a este progresso em favor dos consumidores através da diminuição dos preços”.

¹⁰ Sobre o desenvolvimento recente, consultar o Regulamento (CE) n.º.1/2003 do Conse-

Todos os países da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Económico já elaboraram leis da concorrência, muitos países de transição e os países da ex-União Soviética também construíram o direito da concorrência.

No contexto da liberalização do mercado, os agentes económicos gozam da liberdade de iniciativa em face do Estado. As consequências da dinâmica de mercado, ou as falhas na economia de mercado, trazem consigo a insuficiência concorrencial (por exemplo, o monopólio natural e práticas anti-concorrenciais, entre outros). Cada agente económico tem o direito da livre concorrência em face de outro agente económico. A globalização económica reforçou a ideia da liberdade de iniciativa. A defesa do princípio da liberdade de concorrência depende do Estado, uma vez que o mercado e o Estado não são incompatíveis mas sim complementares. Para o bom funcionamento do mercado, é imprescindível a intervenção do Estado, como regulador, protector da concorrência e dos direitos dos consumidores e pequenos concorrentes¹¹. Apenas, hoje em dia, na era da globalização, a regulação baseia-se na competitividade de mercado e não no controlo directo pelo Estado de certas actividades de interesse público. Num mundo de fusões em alta escala e de grandes proporções, a defesa da concorrência, através da regulação interna e da regulação internacional, parece ser cada vez mais necessária.

1.2 Importância para os países em vias de desenvolvimento

Analisaremos esta questão através do nível governamental e nível particular.

Do ponto de vista governamental, a globalização parece um jogo de competição em que participam todos os países e territórios. Somente uma ordem da defesa justa e racional assegurará a redução de grandes divergências entre os países ricos e pobres e a eliminação do deficit de desenvolvimento. Os países em vias de desenvolvimento têm actuado em união construtiva por uma ordem económica internacional mais justa e equitativa. Cancún e Hong Kong foram

lho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81º e 82º do Tratado, no Jornal Oficial nº L001 de 04/01/2003, pp. 0001-0025. A legislação anexa, de 1 de Maio de 2004 descentraliza da Comissão Europeia para os tribunais e autoridades nacionais da concorrência a aplicação, em paralelo, do n.º 3 do artigo 81 do Tratado da União Europeia.

¹¹ Intervenção do Senhor Secretário de Estado Adjunto do Ministro da Economia de Portugal, na conferência sobre “Novos Rumos do Direito da Concorrência”, na Faculdade de Direito de Lisboa, em 9 de Maio de 2003.

dois exemplos. Os países em vias de desenvolvimento (especialmente o Brasil e a Índia) e alguns países desenvolvidos competitivos em matéria agrícola têm consistentemente advogado resultados tendo em linha de conta a letra e o espírito dos compromissos de liberalização do comércio agrícola assumidos na Rodada de Doha. A 5ª e a 6ª Conferências Ministeriais da Organização Mundial do Comércio realizadas respectivamente em Cancún no final de 2003 e em Hong Kong no final de 2005, representaram um momento de inflexão, em que o mundo em desenvolvimento soube articular-se em torno de propostas concretas. Para os benefícios da liberalização terem a maior capacidade de ajudar a romper com o ciclo vicioso da pobreza, muitos países defenderam o fim dos subsídios distorcidos ao comércio de produtos agrícolas, praticados pelos principais países desenvolvidos. Os países em vias de desenvolvimento tinham ainda interesses sobre regras antidumping, subsídios, medidas compensatórias, entre outros.

No mundo em globalização, muitos factores desempenham um papel cada vez mais importante na concorrência económica internacional, tais como: padrões técnicos, regras do comércio, obstáculos técnicos, compras públicas, medidas de investimento, entre outros, e conduzem a muitas divergências e discussões entre os países desenvolvidos e os países em vias de desenvolvimento¹². Apesar dos esforços da OMC para a promoção do direito da concorrência, é muito difícil chegar ao consenso internacionalmente nesta matéria. Entretanto, sem dúvida, o direito internacional da concorrência e as políticas concorrenciais saudáveis asseguram o desenvolvimento sustentável global e a ordem económica mais justa e equilibrada, sobretudo, a comparticipação de frutos da globalização por países menos desenvolvidos.

Do ponto de vista particular, as fusões de grande escala entre as grandes empresas multinacionais e os cartéis internacionais poderão exercer influências a nível internacional, inclusive quanto aos interesses dos países em vias de desenvolvimento. O abuso do monopólio no mercado internacional é especialmente desfavorável para os países em vias de desenvolvimento, visto que em muitos países destes, sendo mais fracos na concorrência internacional, não existe ainda legislação em matéria anti-monopolista. Isto quer dizer, os consumidores nos países em vias desenvolvimento não podem obter auxílios jurídicos e os interesses nacionais destes países sofrerão, por conseguinte, grandes prejuízos.

¹² Por exemplo, nos âmbitos do ambiente e dos padrões laborais (critérios sociais), ver ANDERSON, K., (1998), "Environmental and Labor Standards: What Role for the WTO?", KRUEGER, A.O., ed. *The WTO as an International Organization*, The University of Chicago Press, pp. 231-56.

Para as economias de transição, o sistema jurídico encarrega-se das tarefas importantes. O fim do monopólio estatal e o desenvolvimento do sector privado necessitam de um conjunto de regras concorrenciais para evitar a ocorrência de turbulência social.

1.3 Significado para a China

Durante o período entre 1956 (ano da conclusão da transformação socialista de indústria e comércio) e 1978, numa economia planificada, inexistia o direito da concorrência na China¹³. O Estado monopolizava as actividades económicas. As empresas públicas tradicionais eram apenas anexos do governo central ou meras entidades de produção ou de orçamento, e não se interessavam na concorrência, pois a venda, ganho e perda eram controlados pelo Estado.

Com a introdução da economia de mercado, a mentalidade do povo chinês sofre mudanças significativas. As iniciativas e a criatividade dos indivíduos são passíveis de se desenvolver e os princípios e os valores tais como a liberdade, a igualdade, a autonomia privada são consagrados. O Estado deixa de ser o comandante e assume uma nova função reguladora¹⁴. O Estado deve, por um lado, proceder uma série de reformas fundamentais do sistema de gestão das empresas públicas e, por outro lado, incentivar uma concorrência saudável no mercado. A dinamização da concorrência constitui instrumento essencial para promover o bem-estar dos consumidores, uma eficaz utilização dos recursos, estimular a inovação e aumentar a produtividade da economia nacional. No entanto, muitos actos anti-concorrenciais perturbam a economia de mercado, tendo, o sistema jurídico actual uma nova missão de regularizar a ordem do mercado.

Sendo o maior país em vias de desenvolvimento do mundo, a China em si constitui um grande mercado em termos da dimensão (9,6 milhões de quilómetros quadrados) e de número dos consumidores internos (um quinto

¹³ Na China tradicional, ocorria um forte anti-comercialismo, sendo a posição social dos comerciantes mais baixa do que a dos camponeses; isto já que na maior parte da China feudal, o mercado não era activo. Por exemplo, a legislação da Dinastia Tang (618 d.C. – 907 d.C.) classificou a hierarquia social para a classe dominada, sendo respectivamente os letrados, os camponeses, os artesões e os comerciantes. Cfr. YE, Xiaoxin, (2002), pp. 159-60.

¹⁴ A revisão constitucional de 1993 confirmou que a China se encontrava justamente no período inicial do socialismo, assim pondo em prática a economia de mercado socialista (artigo 15º da Constituição da China). A economia de mercado exige a legalização das relações entre o governo e os particulares.

dos habitantes do planeta)¹⁵. O fenómeno do crescimento do intercâmbio comercial chinês com o mundo nos últimos anos parece comprovar o que Napoleão Bonaparte disse há séculos sobre a China (o volume total de importação e de exportação da China em 2004 registou o terceiro lugar no mundo)¹⁶. Seguindo os Estados Unidos, a China é o segundo país do mundo que atrai mais capital estrangeiro¹⁷. O mercado interno é frequentemente influenciado pelos cartéis internacionais. As empresas com investimentos exclusivos estrangeiros¹⁸ começam a expandir-se rapidamente no mercado chinês, sendo que algumas já possuem uma posição monopolista, revelando-se designadamente, em alguns sectores específicos, em algumas marcas conhecidas, em algumas tecnologias avançadas e em padrões industriais.

Após a adesão à OMC, a China participa na cooperação e concorrência no maior âmbito e de forma mais profunda. O governo chinês tem de se comprometer a cumprir as obrigações internacionais, aprofundar a abertura ao

¹⁵ Veja-se só um exemplo simples: somente há cerca de dez anos atrás, se iniciou o negócio do telemóvel na China, em 2004, o número de clientes internos de telemóvel atingiu já 296 milhões, segundo as informações disponíveis em <http://world.people.com.cn/GB/42032/3205477.html>.

¹⁶ Napoleão falou o seguinte: “A China é um gigante que está dormindo. Deixem-no dormir, pois quando acordar ele irá sacudir o mundo.” Se Napoleão estivesse vivo hoje, ele diria que a China já acordou.

¹⁷ Em 2002, os investimentos directos estrangeiros dirigidos à China corresponderam a cerca de 50% do total de investimentos directos estrangeiros nos países em vias de desenvolvimento, MENDES, António Marques, (2005), *Foreign Direct Investment and TRIMS, TRIPS et al: their relevance for the EU, China and Macau*, trabalho apresentado no seminário sobre “EU Economic Integration and CEPA Agreements”, 12 de Maio de 2005.

¹⁸ Sobre o seu conceito e os caracteres, bem como as diferenças entre empreendimentos estrangeiros e empreendimentos com investimentos estrangeiros, ver WEI, Dan, (2001), *A China e a Organização Mundial do Comércio*, Livraria Almedina, Coimbra, pp. 45-6. Como se sabe, os empreendimentos com investimentos estrangeiros são divididos em três tipos: *joint ventures* (*Chinese-Foreign Equity Joint Ventures*), cooperativas com capitais estrangeiros (*Sino-Foreign Contractual Cooperative Enterprises*) e sociedades com capitais exclusivos estrangeiros (*Enterprises Operated Exclusively with Foreign Capital*). Devido às políticas governamentais mais flexíveis, a estrutura dos empreendimentos com investimentos estrangeiros altera-se espectacularmente. Em 1986, entre os projectos com mais de 30 milhões de dólares americanos, não havia a forma de sociedades com capitais exclusivos estrangeiros, e 87,5% adoptaram *joint ventures*. Já em 2002, os *joint ventures* representaram somente 28,57% e as sociedades com capitais exclusivos estrangeiros corresponderam a 62,34% dos empreendimentos com investimentos estrangeiros (fonte: o Ministério do Comércio da RPC).

exterior, aperfeiçoar o sistema jurídico interno e criar um ambiente de mercado mais transparente e mais justo, segundo o princípio da liberalização do comércio, o princípio da transparência, o princípio da livre concorrência e o princípio do tratamento nacional da OMC. Muitas empresas chinesas estatais de pequena e média dimensão já passaram o processo da societização, e algumas grandes empresas estatais estão na fase da privatização ou absorvendo capitais estrangeiros e particulares. Quer dizer, um mercado de economia cada vez mais maduro requer uma série de regras jurídicas que asseguram o funcionamento efectivo do mecanismo do mercado; além disso, a preocupação da corrupção e da afectação inadequada de recursos económicos necessita também de produção legislativa na matéria da concorrência. Neste sentido, o direito da concorrência põe limites a excessos sobre os poderes económicos, exercidos pelo governo central e os governos locais. O bloqueio local e o protecționismo sectorial serão, assim, quebrados.

Quanto ao acesso ao mercado chinês, o direito da concorrência é imprescindível para um país ao qual falta, tradicionalmente, a cultura de concorrência. O seu objectivo é constituir um mercado interno aberto, competitivo e único em todo o território chinês. Este não só garante a contínua eliminação de numerosos obstáculos a favor de empresas particulares e estrangeiros, mas também protege efectivamente os interesses das empresas chinesas contra a concorrência desleal praticada pelos adversários estrangeiros no mercado interno. Actualmente, há ainda muitos fenómenos de abuso dos monopólios tanto por empresas internas como estrangeiras na China, não se submetendo estas a qualquer restrição legal.

Por outro lado, a generalidade das empresas chinesas é menos competitiva no mercado internacional. As empresas chinesas enfrentam igualmente dificuldades do acesso ao mercado estrangeiro¹⁹. O monopólio internacional impede a sua participação no jogo e muitas práticas de anti-dumping são frequentemente utilizadas pelos seus parceiros comerciais contra os produtos chineses. Não há dúvida de que a China não só deve melhorar o quadro jurídico interno em matéria da concorrência, mas também participar mais activamente na colaboração internacional, para gozar plenamente os benefícios da globalização.

¹⁹ Queremos acrescentar aqui que é muito importante para as empresas nacionais não só competirem com concorrentes estrangeiros no país, mas também investirem no mercado internacional, com a finalidade de aprender as experiências internacionais. Assim, as empresas serão mais incentivadas por terem interesses em comum do mercado interno e do mercado internacional.

2. *Statu Quo* do direito da concorrência chinês

Não obstante a utilidade do direito da concorrência, o *statu quo* da legislação chinesa está longe de ser satisfatório. Para uma melhor compreensão da insuficiência do quadro jurídico, começamos por apresentar sucintamente algumas informações das características do mercado chinês.

Para a maioria dos investidores estrangeiros, a primeira dificuldade consiste em obter informações do mercado chinês²⁰. Há bastantes normas administrativas e políticas governamentais que poderão impedir o mercado de fornecer informações úteis, ou seja, existem ainda elementos distorcidos que confundem informações de mercado²¹. Em outros casos, para exercerem negócios comerciais, os investidores estrangeiros sentem ainda a falta da transparência, o que poderá aumentar o custo de transacção.

Por outro lado, as empresas de várias formas de propriedade na China são tratadas diferentemente, sendo diferentes categorias de empresas submetidas a diferentes regimes de falência e de impostos de rendimento.

Mesmo que o nível da concentração industrial na China seja relativamente baixo (20%)²², isto não quer dizer que não se encontre o problema do monopólio no mercado interno. Independente da tendência do monopólio das empresas multinacionais no mercado chinês, o monopólio administrativo (o abuso do poder administrativo) é comum e carece de fundamento legal. Além disso, o protecção local também constitui um grande obstáculo à concorrência leal.

²⁰ Todos os participantes num mercado precisam de informações. Num mercado competitivo, a relação entre o comprador e o vendedor é dinâmica e constante. Uma invenção do produtor poderá mudar a procura do consumidor, e a preferência do consumidor, por sua vez, orienta actividades do produtor. A falta de informação de mercado impede o acesso ao mercado e o empenhamento da empresa. O mercado em si fornece muitas informações aos participantes. Se o preço de um produto sobe, naturalmente, o consumidor considera seu substituto, o produtor actual ou potencial poderá ter consciência de novas oportunidades de negócio. Se o preço do produto desce ou a preferência do consumidor altera de um produto para o outro, facto este implica ao produtor que deverá reduzir a quantia da produção daquele produto ou melhorar a sua qualidade.

²¹ Por exemplo, se um empréstimo bancário destinado a uma empresa não é feito com base na relação entre a oferta e a procura no mercado, mas sim com base numa autorização administrativa, então as informações do mercado são distorcidas por outros factores.

²² Banco Mundial, (1994), *Country study, China: o Desenvolvimento e a Regulação do Mercado Interno*, Washington, D.C., pp. 18; HOLDEN, John L., (1999), *China's Modernization: the Role of Competition*, disponível em http://www.fas.harvard.edu/~asiactr/MAS_032699.htm.

A legislação interna na matéria da concorrência começou em Outubro de 1980 quando o Conselho de Estado promulgou o *Regulamento Provisório sobre a Promoção e a Protecção da Concorrência Socialista*²³. Pela primeira vez, o papel da concorrência de revigorar a economia, de satisfazer as necessidades dos consumidores e de acelerar o desenvolvimento foi reconhecido. Mesmo com evidentes limitações, este Regulamento teve uma importância profunda na legislação interna e promoveu também o estudo académico desta matéria. Desde então, o direito da concorrência tem atraído a atenção de várias regiões e de departamentos de vários níveis.

Ao nível da legislação local, o primeiro regulamento local sobre o impedimento dos actos da concorrência desleal surgiu em 1985 na cidade de Wuhan²⁴. Mais tarde, outros governos locais publicaram também regulamentos temporários contra a concorrência desleal. Entretanto, alguns dispositivos destes regulamentos não eram coincidentes com os dispositivos das leis económicas então vigentes, já que uma conduta poderia ter consequências jurídicas distintas segundo diferentes fontes do direito, na realidade. Ainda assim, estes regulamentos locais não foram executados efectivamente. Os ministérios ou departamentos do governo central, por sua vez, fizeram numerosos regulamentos nos anos oitenta do século XX para regular actividades económicas²⁵. Após a adopção da política de abertura, mas antes da introdução da economia de mercado, as normas administrativas e regras jurídicas fragmentárias sobre a concorrência representavam uma experimentação primária do mecanismo de mercado no contexto da reforma económica interna. As técnicas da produção legislativa, a estrutura e o âmbito da regulação encontravam muitas imperfeições. No entanto, as práticas da legislação local ganharam valiosas experiências para a uniformidade da legislação central do direito da concorrência da China.

A primeira lei relacionada com a concorrência da China, a Lei Contra a Concorrência Desleal (*Law Against Unfair Competition*), com 33 artigos,

²³ LIU, Jianwen, CUI, Zhengjun, *ed.* (1997), *Introdução ao Direito da Concorrência*, Wuhan, Editora Universidade de Wuhan, p. 41. O Regulamento considerava que havia uma diferença fundamental entre a concorrência nos países socialistas e a nos países capitalistas, porque a primeira existia com base na propriedade pública de produção, de acordo com os planos estatais.

²⁴ LIU, Jianwen, CUI, Zhengjun, *ed.* (1997), p. 44.

²⁵ LIU, Jianwen, CUI, Zhengjun, *ed.* (1997), p. 45. Designadamente, o conceito da concorrência desleal e o conceito do monopólio eram estipulados pelas estas normas regulamentadoras administrativas.

entrou em vigor em 1 de Dezembro de 1993 e é executada fundamentalmente pela Administração Nacional da Indústria e Comércio do Estado e pelos outros órgãos administrativos²⁶. O objectivo desta lei é incentivar e proteger a concorrência justa, punir a concorrência desleal e salvaguardar os interesses legítimos dos empresários e dos consumidores²⁷. A publicidade enganosa, a revelação de segredos comerciais, a elevação injustificada de preços por parte de especuladores, a falsificação, o suborno comercial e a difamação, entre outros, são considerados pelo legislador. Numa economia de transição como a China, as regras de jogo no mercado ainda não foram estabelecidas plenamente, as empresas ou os consumidores que sofreram prejuízos têm meios de tutela limitados, por isso, a proibição de praticar actos comerciais injustos por parte do Estado é imprescindível para o estabelecimento do mercado concorrencial²⁸.

Isto força-nos a distinguir a relação entre a concorrência desleal e o direito da concorrência. Será que é possível afirmar simplesmente que a concorrência desleal é uma parte integrante do direito da concorrência²⁹? O direito da concorrência proíbe actos que prejudicam a concorrência no mercado, que conduzem a redução de produção ou ao monopólio de preços, enquanto os actos regulados pela Lei Contra a Concorrência Desleal são ilícitos mesmo sem que se considere seus impactos no mercado³⁰.

²⁶ Designadamente, Administração da Qualidade e Supervisão Técnica do Estado, Escritório para Patentes do Estado, Ministério do Comércio, entre outros.

²⁷ Vide o artigo 1º da Lei Contra a Concorrência Desleal da República Popular da China.

²⁸ Nos países com economia de mercado pouca desenvolvida, a prioridade da construção do Direito da Concorrência encontra-se geralmente na defesa da concorrência leal. Já nos países desenvolvidos, o papel da lei anti-monopólio é relativamente mais relevante.

²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira, (2002), p. 93, segundo o autor, num direito da concorrência poderiam ser integrados, sem que isto represente uma opção definitiva, os seguintes aspectos: as proibições de concorrência (proibições legais e as obrigações negociais de não concorrência), as práticas restritivas da concorrência (*kartellrecht*), a concorrência desleal, o direito das concentrações de empresas (*konzernrecht*) e o direito industrial, ou pelo menos o direito dos sinais distintivos do comércio. “Resta a orientação que consideramos correcta: a concorrência desleal é um sector de um amplo Direito da Concorrência”, cfr. p. 85.

O direito comparado oferece-nos diversas modalidades, consoante diferentes entendimentos da estrutura dos mercados e dos comportamentos dos agentes económicos.

³⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira, (2002). Na parte especial desta obra, o autor classificou situações diferentes da concorrência desleal, sendo lesão de interesse de concorrentes, lesão de interesses dos consumidores, lesão do interesse colectivo no regular funcionamento do mercado.

A Lei Contra a Concorrência Desleal da China concentra-se principalmente na protecção dos direitos da propriedade intelectual³¹ –³². Onze comportamentos anti-concorrenciais são enumerados no 2º capítulo desta lei, entre os quais, sete tipos são práticas da concorrência desleal³³ e quatro tipos dizem respeito ao monopólio³⁴. Nesta lei podem encontrar-se alguns comportamentos anti-concorrenciais nomeadamente, a fixação predatória de preços (reduções de preços com finalidade restritiva da concorrência)³⁵, a venda sujeita a condição injusta (por exemplo, venda-casada) e o monopólio administrativo. É ainda importante salientar que estes dispositivos não proíbem comportamentos de monopólio exclusivo prejudiciais na China.

Após a publicação da Lei Contra a Concorrência Desleal, surgem mais regulamentos locais ou normas regulamentadoras administrativas a fim de aplicar efectivamente desta lei³⁶.

³¹ SONG Bing, (1995), “Competition Policy in a Transitional Economy: the Case of China”, *Stanford Law Journal*, vol. 31, pp. 387, 394, 400 e 413.

³² Por exemplo, o artigo 10º da respectiva lei define que os segredos comerciais são as informações tecnológicas ou comerciais confidenciais, protegidas pelos interessados, podendo ser aplicáveis e rendíveis. Estipula ainda rigorosamente os actos ilícitos, incluindo: (1) obter os segredos comerciais do titular através de furto, sedução ou uso de outros métodos ilegítimos; (2) divulgar, usar ou autorizar a aquisição dos segredos comerciais através de processos ilícitos, como furto, sedução, ameaças e outros; (3) abusar dos direitos contra as práticas comerciais leais. Além disso, a Lei contra a Concorrência Desleal têm ainda disposições que punem os actos de contrafacção ou piratagem de marcas famosas.

³³ Designadamente, a imitação fraudulenta (arts. 5º e 21º), a venda com prejuízo (art. 11º), as vendas com brindes impróprios (arts. 13º e 26º), a publicidade enganosa (arts. 9º e 24º), o suborno comercial (arts. 8º e 22º), a infracção de segredos comerciais (arts. 10º, 20º e 25º) e a difamação (arts. 14º e 20º).

³⁴ Designadamente, o abuso de posição dominante (arts. 6º e 23º), o monopólio administrativo (arts. 7º e 30º), os acordos restritivos (arts. 11º e 15º) e a fusão. Consultar ZHONG, Mingzhao, *ed.*, (2004), *Do Direito da Concorrência*, Textbook Series for 21st Century, Peum, Higher Education Press, p. 87.

³⁵ Pode observar-se que a lei chinesa não impõe que a venda tenha de ser realizada a preço superior ao custo, nos termos do artigo 11º; a lei portuguesa não admite a venda com prejuízo, no art. 3º do Decreto-Lei n.º 370/93, de 29 de Outubro, *vide* ASCENSÃO, José de Oliveira, (2002), p. 619.

³⁶ Há mais de 25 províncias na China que promulgaram regras pormenorizadas da Lei Contra a Concorrência de 1993. Sobre os detalhes, ver LIU, Jianwen, CUI, Zhengjun, *ed.*, (1997), p. 50.

Entrou em vigor em 1 de Maio de 1998, a Lei de Preços da República Popular da China, que estabelece dois mecanismos de controlo de preços: a fixação de preços pelo governo e a orientação de preços pelo governo que podem ser aplicadas nas seguintes situações: mercadorias que estão intimamente ligadas com a vida do povo e o desenvolvimento da economia nacional, mercadorias raras e escassas, mercadorias do monopólio natural, importantes serviços públicos e importantes serviços de assistência social. Sobre os preços ou a moldura de preços dos últimos três tipos, a lei chinesa permite a participação do público na audiência³⁷. Com excepção destas situações³⁸, os preços de todos os produtos e serviços devem ser determinados pelo mercado. Além disso, todos os preços determinados pelo mercado ficam sujeito à restrição de macro controlo económico³⁹. A Lei de Preços proíbe cartéis de fixação de preços de mercadorias reajustadas pelo mercado e permite a livre concorrência nos preços da maioria das empresas⁴⁰. Há numerosos preceitos restritivos sobre a fixação de preços anti-concorrenciais nesta lei, sobretudo, a Lei de Preços aplica-se apenas a actos relacionados directamente com preços, e os dispositivos sobre a fixação predatória de preços e a discriminação de preços podem ser utilizados contra o monopólio exclusivo.

Existem também disposições noutras leis que se relacionam com a área da concorrência, por exemplo, a Lei de Concursos Públicos e de Adjudicação de 2000 (*Bid and Tender Law*), a Lei sobre a Qualidade dos Produtos da RPC e a Lei sobre a Protecção dos Direitos e Interesses dos Consumidores da RPC. Em 2001, foram publicadas Regras sobre a Prevenção de Actividades

³⁷ A Lei de Preços da China adopta disposições restritivas idênticas às práticas de fixação anti-concorrencial nas legislações dos países OCDE.

³⁸ Geralmente, na China, os preços de cereais, produtos farmacêuticos, tabaco, publicações, água, electricidade, carvão, gás e preços de serviços de interesses públicos são controlados ou orientados pelo governo.

³⁹ Nos termos do artigo 27º da Lei de Preços, “*The government shall build a major merchandise reserve system and establish a price regulation fund to control prices and stabilize the market*”. Além disso, no caso de emergência, compete o Conselho de Estado adoptar medidas urgentes para controlar os preços e as taxas de juro.

⁴⁰ Nos termos do artigo 14º da Lei de Preços, “*Enterprises must not act whatsoever in the following ways to conduct illegal price behaviors: cooperate with other enterprises to control market prices to the detrimental impact of the lawful rights and interests of their competitors or consumers*”. A Lei de Preços delega poderes aos órgãos responsáveis adoptar medidas administrativas para impedir infracções, confiscar rendimentos ilegais e impor coimas ou anular a licença de negócio do infractor, além disso, os consumidores que sofreram prejuízos ou outros concorrentes podem propor acções civis solicitando indemnizações.

destinadas a Divisão Geográfica do Mercado⁴¹. Mesmo que estes sejam importantes, é relevante saber que nenhuma lei ou nenhum regulamento proíbe o monopólio exclusivo.

O Regulamento Anti-Dumping e o Regulamento sobre Medidas de Compensação da RPC (entradas em vigor em 1 de Janeiro de 2002), ambos aprovados pelo Conselho de Estado em 31 de Outubro de 2001, revogaram os velhos dispositivos que protegem a indústria nacional e reafirmaram o objectivo legislativo da defesa da ordem do comércio externo e da concorrência justa.

Numerosos sucessos têm sido conseguidos, embora haja um caminho longo por decorrer. Tentaremos resumir alguns caracteres do quadro jurídico chinês vigente no âmbito da concorrência, para perceber a sua diferença em relação aos países mais desenvolvidos e às práticas internacionais.

Em primeiro lugar, trata-se do carácter do próprio sistema legislativo. A actual legislação chinesa na área da concorrência é uma mistura do modelo uniforme e do modelo duplo⁴². Mesmo que a lei de 1993 traga o nome de Lei Contra a Concorrência Desleal, há regras contra concorrenciais e também regras contra o abuso monopolista. Além disso, o legislador prestou mais atenção ao âmbito dos direitos de propriedade intelectual e aos actos relacionados com a “boa-fé” no mercado, mas não ao inteiro mecanismo de mercado da concorrên-

⁴¹ Nos termos do artigo 3º deste Regulamento, “*All forms of geographic market division shall be forbidden. All activities conducted by any individual or unit with the purpose of preventing the products or construction services of one region from entering the local markets of another or vice versa shall be prohibited*”.

⁴² ZHU, Yikun, (2003), *Concise Chinese Law*, Pequim, Law Press, pp. 245-6, LIU, Jianwen, CUI, Zhengjun, *ed.*, (1997), pp. 8-10. Devido às diferenças existentes nos sistemas políticos e económicos, no nível de desenvolvimento e na tradição da cultura jurídica, os países adoptaram diferentes modelos legislativos para normalizar o sistema do direito da concorrência. Nos países da família de *common law*, o sistema do direito da concorrência é composto pelas leis avulsas e jurisprudência. Cada lei avulsa ou diploma regulariza um determinado âmbito e aplica-se à respectiva área, a fonte do direito legislado serve-se como cláusulas generalizadas e a jurisprudência desempenha um papel particular. Nos países da família romano-germânica, a codificação é uma forma principal para proteger e promover a concorrência e o papel de casos precedentes é menos significativo. Nestes países, há o modelo duplo e o modelo uniforme. O primeiro refere-se que a concorrência desleal e o monopólio são regulados separadamente, a Alemanha, o Japão, o Suíço e a Coreia do Sul são exemplos deste. A França e a Itália publicaram o Código Anti-Trust (anti-monopólio), e os dispositivos relacionados com a concorrência desleal se encontram nos Códigos Civis. O segundo quer dizer que o monopólio, obstáculos à concorrência, a concorrência desleal são regulados num código, como por exemplo, a Austrália e a Hungria.

cia livre. Evidentemente, a própria Lei Contra a Concorrência Desleal não é suficiente para o bom funcionamento do mercado. Até agora, na China, não existe uma lei anti-monopólio sistematizada e completa nem dispositivos que regularizam o abuso da posição dominante (isto particularmente sentido nos sectores de serviços públicos) e a fusão de empresas, portanto, comportamentos anti-concorrenciais e comportamentos restritivos da concorrência não podem ser impedidos efectivamente. Além do monopólio económico, tais como os acordos da concentração horizontal e da integração vertical, o abuso da posição dominante e outras práticas restritivas da concorrência, o monopólio administrativo, particularmente o proteccionismo local e o proteccionismo sectorial, que prejudicam muito uma concorrência saudável, devem ser também considerados na futura legislação chinesa⁴³, especialmente neste período de transição da economia planificada para a economia de mercado⁴⁴. Embora o nível da concentração industrial seja baixa na China, após a adesão à OMC, mais empresas multinacionais podem entrar no mercado chinês através de fusões ou de criação de *joint-venture*, cooperativas com capitais estrangeiros e sociedades com capitais exclusivos estrangeiros, portanto, empresas nacionais enfrentarão uma concorrência mais intensa. Neste sentido, a elaboração da lei anti-monopólio, como resposta activa da globalização económica, não é uma medida preventiva ou adiantada⁴⁵, mas sim uma necessidade imperativa da reforma do sistema económico nacional e do funcionamento regular da economia de mercado.

⁴³ Na Lei Contra a Concorrência Desleal, encontram-se dois objectivos de monopólio administrativo: a transacção forçada e o bloqueio regional, nos termos dos artigos 7º e 30º. As disposições sobre o monopólio administrativo são bastante simples e os infractores têm poucas responsabilidades legais. Deve sublinhar-se que segundo o artigo 30º desta lei, a sanção do monopólio administrativo é apenas administrativa, os infractores ficarão sujeitos à repreensão. Por isso, o monopólio administrativo somente recorrerá à responsabilidade administrativa, mas não à acção judicial.

⁴⁴ A partir dos anos setenta do século XX, muitas economias de transição na Europa têm publicado leis anti-monopólio, por exemplo, a Jugoslávia promulgou a Lei Contra a Concorrência Desleal e os Acordos de Monopólio em 1974, a Hungria publicou a Lei sobre o Impedimento de Actividades Irregulares em 1984, a Polónia promulgou a Lei Contra o Monopólio da Economia Nacional em 1987.

⁴⁵ Há quem defenda que as empresas públicas da China não estão acostumadas à concorrência de mercado, assim, o incentivo da sua vitalidade é mais importante do que a limitação dos seus comportamentos; outras pessoas consideram que a escala das empresas chinesas é relativamente pequena, estas empresas não podem desenvolver vantagens da economia de escala nem conseguir competir no mercado internacional, por isso, a produção legislativa na área do monopólio contradiz os benefícios da economia de

Desde 1994 a China tem preparado a elaboração do projecto da Lei Anti-monopólio. A Comissão Permanente do Congresso Nacional Popular já anunciou que o projecto desta lei seria deliberado em breve, provavelmente em 2006⁴⁶. Sabemos, então, que os legisladores chineses elaborarão uma Lei Anti-monopólio separadamente da Lei Contra a Concorrência Desleal ao invés da elaboração de um Código da Concorrência onde se incorporariam todos os dispositivos relacionados com a concorrência. Assim, precisa de tratar bem a relação complementar entre a Lei Anti-monopólio e a Lei Contra a Concorrência Desleal.

Em segundo lugar, trata-se da unificação do quadro jurídico. Relativamente ao direito da concorrência, necessita-se a convergência entre todas as fontes desta área bem como a harmonia entre o direito da concorrência e outros ramos de direito. O direito da concorrência da China tem de ser unificado a nível nacional, isto é, todas as políticas concorrenciais e os estatutos administrativos publicados pelo governo central ou pelos governos locais não devem contrariar com as leis. Antes da entrada na OMC, aplicavam-se diferentes regras a empresas públicas e privadas, a empresas com capitais nacionais e a empresas com investimentos estrangeiros⁴⁷. A ausência da unificação jurídica impossibilitou o funcionamento regular da economia de mercado e a concorrência justa por todos os participantes. Agora, a China tem de assegurar a igualdade de oportunidades no mercado segundo o princípio da não discriminação da OMC, particularmente, esforçando-se para eliminar o monopólio estatal⁴⁸, local⁴⁹ e o sectorial⁵⁰

escala. No entanto, não concordamos com estas opiniões. A Lei Anti-monopólio estabelece e defende mecanismos do mercado e o facto de haver grandes empresas não constitui o objecto da regulação da Lei Anti-monopólio. Sobre uma posição idêntica com a nossa, ver também ZHONG, Mingzhao, *ed.*, (2004), pp.216-7.

⁴⁶ Em 22 de Abril de 2005, teve lugar a Conferência Sino-Europeia sobre Políticas Concorrenciais em Pequim, na qual a vice ministra do comércio da China informou que provavelmente a Lei Anti-monopólio da China poderia ser aprovada em 2006. Informações disponíveis no site de *China Daily* do mesmo dia.

⁴⁷ Por exemplo, comparadas com as empresas privadas, as empresas estatais têm maior facilidade em obter apoios dos bancos comerciais do Estado; quanto ao regime fiscal, as empresas com investimentos estrangeiros gozam de taxas de imposto preferenciais e outros numerosos tratamentos favoráveis; as empresas de diferentes regiões não podem concorrer nas mesmas condições, aquelas localizadas na zona litoral e nas Zonas Económicas Especiais gozam de numerosas facilidades, tais como, taxas de imposto de rendimento mais baixa, a livre movimentação de moedas estrangeiras, total isenção de impostos aduaneiros como qualquer outro tributo para importação, exportação, fabrico e montagem de equipamento.

⁴⁸ Por exemplo, antes da entrada na OMC, o petróleo era monopolizado pela Sinopec, uma empresa estatal, e todos os postos de gasolina na China eram operados pela Sinopec.

que contradizem a livre concorrência. Além disso, a produção legislativa uniforme na área da concorrência deve ser realizada segundo a orientação da Lei sobre a Legislação de 2000.

Geralmente, o direito da concorrência aplica-se a todas as áreas económicas e está ligado estreitamente com outras leis da vizinhança, podendo concorrer com as mesmas⁵¹. Existem também quadros jurídicos específicos de certos ramos de serviços. Assim, torna-se indispensável uma harmonização entre o direito da concorrência e aqueles sistemas reguladores⁵². O facto de que as empresas ficam sujeitas às regras de preços e de volume de produção não implica a isenção de normas proibitivas dos actos anti-concorrenciais. Mesmo que os organismos de supervisão sectorial sejam competentes para restringir comportamentos anti-concorrenciais ou desleais, é bom que as empresas se submetam ao direito da concorrência. A exclusão de responsabilidade de certos sectores ou de certas empresas através da produção legislativa poderá causar muitos problemas⁵³, e assim dificultará a harmonia entre o direito da concorrência e outros

Agora, várias empresas estrangeiras podem entrar no mercado chinês para fornecer este tipo de serviço.

⁴⁹ O proteccionismo local na China constitui um grande obstáculo à livre concorrência. Muitas medidas administrativas eram utilizadas para dificultar o acesso ao mercado local.

⁵⁰ Quer dizer, num ramo da actividade económica, existe somente um operador. Na China, por muito tempo, nos sectores de telecomunicações, de transporte e de outros serviços públicos não havia lugar a concorrência.

⁵¹ Os exemplos são a Lei sobre a Protecção dos Direitos e Interesses dos Consumidores, a Lei sobre a Qualidade dos Produtos, as leis dos direitos da propriedade intelectual, a Lei de Higiene Alimentar, a Lei do Comércio Externo, a Lei sobre a Publicidade da RPC, entre outras.

A relação entre o direito da concorrência e o direito administrativo já é mais complexa. A execução efectiva do direito da concorrência depende da colaboração de órgãos administrativos e o direito da concorrência põe limites ao exercício do poder executivo e impõe o monopólio administrativo.

A responsabilidade penal constitui uma das responsabilidades legais do direito da concorrência.

Sobre a relação entre a concorrência desleal e outros ramos de direito, consultar também ASCENSÃO, José de Oliveira, (2002), pp. 65-85.

⁵² Nomeadamente, a relação entre o direito da concorrência e a Lei das Telecomunicações, a Lei de Energias, entre outras.

⁵³ A Lei das Telecomunicações da China exclui algumas empresas da aplicação da Lei Contra a Concorrência Desleal.

quadros jurídicos específicos. Na realidade, os organismos de supervisão sectorial não devem possuir poderes absolutos de aplicação do direito da concorrência⁵⁴.

Por fim, necessita um órgão de execução *independente, exclusivo e competente* (Autoridade Nacional da Concorrência Independente) para realizar efectivamente os objectivos do direito da concorrência, visto que actualmente a Comissão para o Desenvolvimento, Reforma e Planeamento do Estado (de nível ministerial, supervisiona cartéis), a Administração Nacional da Indústria e Comércio do Estado (supervisiona monopólios) e o Ministério do Comércio (supervisiona fusões) são os órgãos de execução das normas jurídicas concorrenciais. Muitas vezes, a regulação tem sido afectada pelos factores humanos e falta a transparência no processo de decisão.

3. Referências dos Estados Unidos da América e da União Europeia

O primeiro sistema do direito da concorrência, com o objectivo de restringer actividades anti-concorrenciais de grandes *trusts*, surgiu nos Estados Unidos da América, com a publicação de *Sherman Act* em 1890⁵⁵. Durante largo tempo, segundo o chamado “*structural model*” dos EUA⁵⁶, as pequenas e médias empresas eram protegidas pela legislação americana na competição com os grandes concorrentes. A partir dos anos oitenta do século XX, no entanto, a

⁵⁴ OECD, (2002), *China in the World Economy: the Domestic Policy Challenges-Synthesis Report*, edição chinesa publicada pelo Editora da Universidade de Tsing Hua em 2004, Pequim, p. 353.

⁵⁵ Por exiguidade de espaço, o nosso objectivo aqui é descrever muito sucintamente o direito da concorrência dos EUA e da Europa, para procurar explicar o encaixe da produção legislativa chinesa.

Sobre uma apresentação completa sobre o desenvolvimento do direito da concorrência nos EUA, consultar KOVACIC, William & SHAPIRO, Carl, (2000), “Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking”, *Journal of Economic Perspective*, vol. 43, GERBER, David J., (2002), *Constructing Competition Law in China: The Potential Value of European and U.S. Experience*, trabalho apresentado na conferência “Competition Law and Economic Development” em Pequim, organizada pela Academia Chinesa das Ciências Sociais, “(Sherman Act) contained extremely general language and failed to provide guidance as to the goals to be used in interpreting it. In addition, the Sherman Act did not create new institutions, procedures, or methods to apply the law. The Statute provided for government and private lawsuits to enforce it. Private lawsuits were encouraged by providing treble damage awards for successful plaintiffs”.

⁵⁶ Vide as 1ª e 2ª secção do *Sherman Act*.

eficiência económica tornou-se o ponto-chave da política concorrencial, ou seja, o centro da protecção era no sentido de concorrência ao invés do excessivo abuso de concorrência. Isto implica uma mudança dos objectivos legislativos do direito da concorrência dos EUA: um mercado com alta concentração industrial por si não está errado e o nível equilibrado da concentração poderá levar a maximização de benefícios da economia de escala. Portanto, nos EUA, o pensamento dominante sobre a restrição de monopólio é a orientação pelo mercado e a redução da intervenção governamental.

Tendo em conta a posição adoptada, os órgãos de aplicação do direito da concorrência nos EUA (*Federal Trade Commission* e *Justice Department Antitrust Division*) terão menos probabilidade de considerar a aquisição e *mergers* (principalmente regulados por *Clayton Act*) como actos anti-concorrenciais, se comparados com as práticas de outras partes do mundo⁵⁷.

O *Sherman Act* dispõe que “*every contract, combination, or conspiracy that restrains trade or commerce among the states, or with foreign nations, is illegal and that every person who monopolizes, or attempts to monopolize is guilty of a felony*”⁵⁸. O *Clayton Act* tem como objectivo aperfeiçoar os dispositivos do *Sherman Act*⁵⁹ e é aplicável aos *mergers* com efeitos imediatos anti-concorrenciais ou com a possibilidade, no futuro, de reduzir substancialmente a concorrência⁶⁰.

Nos EUA, a operação do actual sistema do direito da concorrência depende largamente dos tribunais. Nas acções, cada parte tem direitos consideráveis relativamente à revelação de informações, isto é, uma das partes pode requerer à outra parte ou ao terceiro qualquer informação que seja possível de ser admitida como prova. A abundância de informações poderá influenciar os juízes na avaliação de alegações dos factos e na criação de doutrinas baseando-se nos factos específicos. Portanto, os litígios relativos ao direito da concorrência nos EUA são muito complexos e caros⁶¹.

⁵⁷ Vide GERBER, David J., (2002).

⁵⁸ Vide GERBER, David J., (2002).

⁵⁹ ZHONG, Mingzhao, *ed.*, (2004), p. 33, o autor introduziu detalhadamente as disposições suplementares do *Clayton Act*.

⁶⁰ Vide GERBER, David J., (2002).

⁶¹ Sobre a perspectiva comparativa, ver GERBER, David J., (1986), “Extraterritorial Discovery and the Conflict of Procedural System: Germany and the United States”, vol. 34, *American Journal of Comparative Law*, p. 745.

A Europa também tem experiências ricas sobre o direito da concorrência⁶². Os princípios orientadores da produção legislativa centravam nas diversas questões consoante cada contexto histórico e social. Antes da Segunda Guerra Mundial, o direito europeu da concorrência caracterizava-se como o “modelo de controlo administrativo”⁶³. Semelhante ao contexto do nascimento do *Sherman Act* nos EUA, o objectivo principal da produção legislativa europeia daquela época era controlar a capacidade das grandes corporações no sentido de não distorcer a concorrência nem prejudicar interesses dos consumidores e dos concorrentes mais fracos. Aos órgãos administrativos eram delegados poderes bastantes para agir e apoiar a realização deste objectivo. No período entre o termo da segunda Guerra Mundial e a criação da Comunidade Económica Europeia, muitos países europeus reconheceram o papel do direito da concorrência como uma via importante para incentivar a vitalidade económica, reduzir o antagonismo mútuo e restabelecer a liberdade, isto é, além da consideração da eficiência económica, a defesa da transacção justa e da justiça social e a relação entre a economia e a sociedade também foram tidos em conta⁶⁴. Entretanto, a efectividade do direito da concorrência na maioria dos países europeus era ainda bastante limitada⁶⁵. A publicação da lei concorrencial alemã em 1957 marcou a época do novo pensamento do direito europeu da concorrência: a liberdade económica e a concorrência eram fontes da prosperidade e a liberdade política e o quadro jurídico adequado asseguravam o funcionamento da economia de mercado bem como interesses sociais⁶⁶. Além disso, considerava que o direito da con-

⁶² Vide GERBER, David J., (2002). O autor recordou a evolução do direito da concorrência da Alemanha.

⁶³ GERBER, David J., (2002).

⁶⁴ MONCADA, Luís S. Cabral de, (2003), p. 407, “A defesa da concorrência, para além de se justificar por razões económicas, maior crescimento e mais racional distribuição, como já se viu, justifica-se de igual modo por motivos políticos e sociológicos”.

⁶⁵ GERBER, David J., (2002), “*In most of these systems, however, competition law was embedded in economic regulatory framework that impeded its effectiveness and it was seldom supported by significant economic, political, or intellectual resources. As a result, these systems remained a rather marginal component of general economic policy, and some have only gradually developed beyond that point*”.

⁶⁶ CAMPOS, João Luiz Mota de, (2004), *Manuel de Direito Comunitário*, 4ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 603, “Exactamente porque importa acautelar os interesses legítimos de todos os agentes económicos, a concorrência no seio do mercado comum europeu não pode ser uma competição selvagem em que impere a lei do mais forte; antes uma concorrência leal, conforme as regras definidas no interesse de to-

corrência somente poderia atingir tal objectivo de acordo com princípios e procedimentos judiciais ao invés de com simples prescrições administrativas.

O direito da concorrência da União Europeia remonta ao Tratado de Roma de 1958⁶⁷. As novas tarefas do direito da concorrência seriam a eliminação de barreiras ao comércio existentes nas fronteiras nacionais e a criação de condições favoráveis para um mercado europeu comum e uniforme mais atractivo e competitivo. Desde então, o primado do direito comunitário faz com que os países membros reforcem a produção legislativa nacional desta área e alinhem os seus quadros jurídicos com o direito da concorrência da União Europeia⁶⁸.

As fontes do direito da concorrência da União Europeia incluem dispositivos concorrenciais do Tratado da UE, quer gerais quer substanciais e processuais, regulamentos e directivas, decisões, outros comunicados e jurisprudência, bem como tratados internacionais em que a União Europeia é parte contratante. As regras concorrenciais encontram-se previstas principalmente no Tratado de Roma⁶⁹. Comparado com as leis concorrenciais americanas, o direito comunitário da concorrência presta mais atenção ao abuso da posição dominante do que à prevenção da concentração estrutural (designado assim por *behaviral model*). O artigo 81º tem um objectivo semelhante ao do *Sherman Act*, proíbe todos os acordos e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. O artigo 82º, idênti-

das as partes envolvidas: o mercado comum europeu obedece, certamente, ao princípio *laissez passer*, mas não consente o *laissez faire* socialmente irresponsável”.

⁶⁷ Sobre uma apresentação sistematizada sobre o direito da concorrência da União Europeia em língua chinesa, ver RUAN, Fangmin, (1998), Pequim, Editora Universidade Chinesa da Ciência Política e de Direito. As obras sobre o direito comunitário da concorrência são por exemplo, WHISH, Richard, (1993), *Competition Law*, London, Butterworth & Co Publisher Ltd, KORAH, Volentin, (1994), *An Introduction Guide to EC Competition Law and Practice*, London, Sweet & Maxwell. Especialmente, ver CAMPOS, João Luiz Mota de, (2004), pp. 603-46.

⁶⁸ Sobre a evolução a regulação da concorrência desleal em Portugal, ver as referências em ASCENSÃO, José de Oliveira, (2002), pp.19-41. do monopólio contradiz os benefícios da economia de escala. No entanto, não concordamos com estas opiniões. A Lei Anti-monopólio estabelece e defende mecanismos do mercado e o facto de haver grandes empresas não constitui o objecto da regulação da Lei Anti-monopólio. Sobre uma posição idêntica com a nossa, ver também ZHONG, Mingzhao, *ed.*, (2004), pp.216-7.

⁶⁹ SINGHAM, Shanker A., (1998), “Symposium Article Shaping Competition Policy in the Americas Scope for Transatlantic Cooperation?” vol. 24, *Brook. Journal of International Law*, p. 363.

co aos objectivos do *Clayton Act*, proíbe o abuso da posição dominante através de condições de transacção não equitativas, fixação de preços, redução da produção, venda vinculada à compra de outro produto e dumping. “O artigo 81º diz respeito a comportamentos de cartelização: acordos entre empresas. O artigo 82º, semelhante nas práticas, só difere do anterior por respeitar a comportamentos unilaterais – empresas em posição dominante num dado mercado”⁷⁰.

Semelhante à prática dos tribunais nos EUA, na União Europeia, o âmbito de aplicação no espaço do direito comunitário da concorrência tem efeitos extra territoriais⁷¹.

A reforma do direito europeu da concorrência teve início em 1999, com o Livro Branco sobre a Modernização das Regras de Aplicação dos Artigos 81º e 82º do Tratado UE. As regras da concorrência na União Europeia sofreram uma alteração substancial em consequência da aplicação, a partir de 1 de Maio de 2004, do Regulamento 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência, e do Regulamento 139/2004, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas⁷². As alterações introduzidas proporcionaram um ambiente de menor burocracia e de maior igualdade das condições da concorrência no mercado único europeu e reduziram a intervenção da Comissão aos casos com impacto económico significativo (a descentralização da aplicação pela Comissão)⁷³. O direito comunitário da concorrência passa a ser aplicado com o direito nacional, o que requer a coordenação entre as autoridades nacionais em matéria de concorrência e a autoridade central de concorrência da União Europeia, formando, deste modo, a Rede Europeia da Concorrência⁷⁴. O Tribunal de Justiça fiscaliza a actividade da Co-

⁷⁰ MATEUS, Abel M., (2004), *A Nova Política da Concorrência Comunitária: Quais as suas implicações para os tribunais?* Ver www.autoridadedaconcorrenca.pt/vImages/ericeira_13Maio.pdf.

⁷¹ RUAN, Fangmin, (1998), pp. 71-8.

⁷² O Regulamento 1/2003 aplica as principais disposições de concorrência do Tratado da União Europeia, concretamente os artigos 81º e 82º. O Regulamento 139/2004 aplica-se às fusões e aquisições com repercussões na União.

⁷³ Deixaram de existir procedimentos de notificação morosos, segundo o Relatório Geral da Europa de 2004. Ver ainda MARQUES, Maria Manuel Leitão, (2002), *Um Curso de Direito da Concorrência*, Coimbra Editora, Coimbra, pp.64-7.

⁷⁴ A autoridade europeia e os tribunais nacionais têm uma responsabilidade acrescida quanto à vigilância reforçada do respeito das regras de concorrência. Para facilitar a realização deste objectivo, necessita a troca de informações entre as diversas instituições. Quando a Comissão inicia um procedimento, as autoridades dos países membros deixam de se responsabilizar. Além disso, a Comissão Europeia compromete-se a consultar a autorida -

missão, apreciando as suas decisões que fixem coimas ou sanções pecuniárias compulsórias. Pode-se ver, assim, que a Comissão e os tribunais europeus continuam a desempenhar um papel importante do quadro jurídico da concorrência.

4. Aplicabilidade na China

4.1 Experiências que se encaixam a situação nacional da China

No mundo em globalização, a China pode usar como referência as experiências valiosas dos países mais desenvolvidos cujo direito da concorrência parece mais maduro e completo. Claro, a recepção de instituições jurídicas estrangeiras depende sempre do ambiente político e económico do país recipiente, nomeadamente, se certas instituições jurídicas ou regimes importados funcionam bem ou se novas instituições transplantadas estão em harmonia com a sistema jurídico actual em conjunto. Mesmo que sejam úteis e benéficas, as experiências estrangeiras merecem a nossa atenção no sentido de encaixar a situação da China.

Perante as experiências do direito da concorrência dos EUA e da União Europeia, a corrente principal do legislador chinês vai no sentido de que a China e a União Europeia possuem algumas semelhanças⁷⁵.

O direito da concorrência dos EUA baseia-se no sistema de *common law*. Do ponto de vista económico, historicamente, não existia o sistema da pro-

de nacional referida antes de iniciar o procedimento. Por outro lado, quando uma autoridade de concorrência de um Estado-Membro ou a Comissão receber uma queixa relativa a um acordo, decisão de associação de empresas ou prática concertada que está a ser, ou já foi, tratada por outra autoridade de concorrência, pode suspender o procedimento ou rejeitar a queixa. No que respeita à cooperação que deve existir entre as autoridades europeias de concorrência - incluindo a Comissão - e os Tribunais nacionais, o regulamento 1/2003 dispõe que estes últimos podem solicitar à Comissão a comunicação de informações na sua posse, ou a emissão de um parecer sobre questões relativas à aplicação das regras comunitárias da concorrência. Por outro lado, os Estados-Membros comprometem-se a transmitir à Comissão cópias de todas as sentenças pronunciadas pelos Tribunais nacionais em aplicação dos artigos 81.º ou 82.º do Tratado. O regulamento 1/2003 prevê também a possibilidade de a Comissão e as autoridades de concorrência dos Estados-Membros formularem observações escritas ou orais perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Estas informações são disponíveis em site oficial da União Europeia. Consultar também MATEUS, Abel M., (2004), *Direito e Política da Concorrência: uma área prioritária para Portugal*, disponível em www.autoridadedaconcorrenca.pt.

⁷⁵ Consular GERBER, David J., (2002).

priedade pública de grande dimensão nos EUA e o seu sistema económico tinha raiz na livre economia de mercado, ou seja, o direito da concorrência nasce de inspiração liberal nos EUA. Na China, o processo da concorrência e os valores com ela relacionados ainda se estão formar. Do ponto de vista político, os EUA é um país federal onde tanto o governo federal e como os governos estaduais exercem a competência de regulação. No caso chinês, mesmo que os poderes locais tenham grande autonomia, o sistema unitário caracteriza-se pelo centralismo. O funcionamento do direito da concorrência nos EUA depende primariamente do papel judicial. Comparando as vias judiciais, na China, o modelo administrativo de investigação e de aplicação parece mais eficaz. Além disso, tendo em conta a actualidade chinesa, o pedido judicial de indemnização de três ordens de danos não é muito realista num país em vias de desenvolvimento. Os objectivos legislativos do direito da concorrência norte-americano salientam a eficiência económica e a protecção do bem-estar dos consumidores, enquanto os objectivos legislativos do direito chinês são mais diversos, além das razões económicas.

Já na União Europeia, o direito legislado da concorrência, que é mais completo, baseia-se na família Romano-Germânica. É facultado à Comissão Europeia – órgão central de supervisão dos Estados-Membros – aplicar os dispositivos legais. A China tem também um sistema jurídico fundamentado na codificação e uma tradição política da centralização⁷⁶. Os objectivos legislativos do direito da concorrência comunitário sobre a promoção do mercado comum, a defesa da justiça social, para além da protecção dos direitos dos consumidores são proveitosos para a China. Na União Europeia, há uma grande diversidade dos sistemas políticos e jurídicos, e às vezes, o proteccionismo encontrado nas indústrias nacionais por parte dos seus membros é semelhante ao proteccionismo local que existe na China. Além disso, o monopólio das empresas estatais na Europa é mais universal do que nos EUA, o que se assemelha bastante com a situação actual chinesa. Para o legislador chinês que está ansioso por aprender com experiências mundiais, poderão ser úteis os dispositivos positivistas do direito europeu da concorrência, quer as normas proibitivas ou autorizadoras, quer a jurisprudência muito bem elaborada sobre a interdição do abuso de posição dominante.

4.2 Questões que merecem a atenção no processo da legislação interna

O processo da legislação interna do direito da concorrência tem sido

⁷⁶ MARQUES, Maria Manuel Leitão, (2002), p. 64, “A aplicação do direito da concorrência: da centralização à descentralização”.

levado por diante pelo mecanismo de mercado e pelas exigências da integração mundial. O papel regulador do direito económico consiste em aumentar a competitividade da economia nacional. Para a China, um país de transição cuja economia ainda não está desenvolvida, os maiores desafios são livrar-se do atraso económico e realizar a industrialização, o que se diferencia muito das situações dos países mais desenvolvidos, onde se encontra a falha do mercado ou a falha da intervenção pública. Por isso, a premissa da legislação económica da China baseia-se na própria situação nacional. De igual forma, outra filosofia do direito económico consiste na justiça essencial. No âmbito do direito civil e do direito comercial, os pontos-chave são os princípios da boa-fé, da voluntariedade e da autonomia privada. O direito económico tem a responsabilidade própria de preocupar-se com a igualdade e a justiça. Trata-se não só da justiça formal em termos de acesso de oportunidades na concorrência, mas também a justiça material em termos de força e capacidade de diversos sujeitos económicos, designadamente, o Estado por um lado, assume a tarefa supervisora, regulando o monopólio e a concorrência desleal, restaurando e defendendo a competitividade da parte de que sofreu o prejuízo e salvaguardando interesses dos consumidores, por outro lado, desempenha o papel incentivador, suportando e reforçando a competitividade das pequenas e médias empresas.

Já a nível internacional, os acordos multinacionais da OMC criam critérios extrínsecos para a relação entre o Estado e o mercado. Isto é, todos os membros seguiram as mesmas regras, a fim de realizar a integração económica. Enquanto defendem os interesses nacionais, devem levar em consideração os interesses dos outros membros⁷⁷. Perante o desenvolvimento da globalização económica, os acordos da OMC não apenas se interessam por medidas transfronteiriças, mas também a legislação interna e a decisão interna, não só as barreiras ao comércio mas também barreiras ao acesso de mercado, não só o livre-cambismo mas também a liberalização dos factores, não só questões co-

⁷⁷ As regras concorrenciais do GATT pretendem criar um ambiente internacional favorável à competição justa, procurando regular comportamentos dos Estados-Membros e dos governos. Além disso, são estabelecidas expressamente medidas sancionárias de comportamentos anti-concorrenciais, tais como o dumping e subvenções. Muitos dispositivos do Acordo Geral sobre o Comércio de serviços e anexos (GATS) e do Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio (TRIPS) regulam directamente comportamentos das empresas. Os mais novos tópicos de negociação da OMC incluem investimentos, políticas concorrenciais, o comércio e o padrão laboral, o comércio e o padrão ambiental, o comércio electrónico, a compra pública, entre outros. Pode-se ver que tudo está relacionado com a concorrência internacional.

merciais mas também questões económicas e sociais⁷⁸. Naturalmente, a legislação chinesa deve estar de acordo com as regras internacionais.

Tendo em conta as exigências intrínsecas e extrínsecas, os seguintes princípios básicos devem ser pedras fundamentais legislativas do direito da concorrência chinês: o princípio de concorrência justa, o princípio de não discriminação⁷⁹, o princípio da transparência⁸⁰, o princípio da introdução da concorrência para reformar o regime económico, entre outros.

Actualmente, a tarefa principal é a elaboração do projecto da Lei Anti-Monopólio⁸¹. A legislação chinesa desta área começou muito tarde, mas por outro lado, o legislador interno pode aprender as experiências internacionais mais avançadas e incorporar novas ideias e instituições.

Os seguintes pontos não podem ser esquecidos. Em primeiro lugar, no contexto da globalização económica, cada vez mais mercados internos tornam-se partes integrantes do mercado global. Num mercado interno, a existência da alta concentração industrial ou do monopólio por si próprio não deve ser considerada ilegal⁸², aliás, aquelas fusões que são favoráveis à economia de escala não devem

⁷⁸ Sobre as imperfeições do sistema da OMC na matéria de políticas concorrenciais, *vide* HOEKMAN, Bernard & MAVROIDIS, P.C., (1994), “Competition, Competition Policy and the GATT”, *World Economy*, vol.17, pp.121-50, HOEKMAN, Bernard, M. KOSTECKI, Michel M., (1998), *The Political Economy of the World Trading System – From GATT to WTO*, (edição chinesa), Law Press, Pequim, p. 265.

⁷⁹ Na China, as condições preferenciais concedidas às empresas privadas, tais como o investimento de risco, a operação de empréstimo, o financiamento, os impostos, são menos favoráveis do que as condições concedidas para empreendimentos com investimento estrangeiro. Trata-se um tratamento nacional excessivo, que não viola o pacto da OMC, mas constitui uma concorrência injusta para as empresas de investimentos internos.

⁸⁰ O princípio da transparência é estipulado no artigo 10º do GATT, e no artigo 3º do GATS, entre outros. Recorde-se também dos compromissos do governo chinês da adesão à OMC.

⁸¹ ZHANG, Lei, (2005), *New Trends in Recent Chinese Economic Legislation*, trabalho apresentado no seminário sobre “A Integração Económica Europeia e os Acordos CEPA”, Macau. O autor teve acesso do anteprojecto da Lei Anti-monopólio da PRC. Transcrevemos a estrutura deste anteprojecto que contém 8 capítulos, sendo: “*General Principles, Preclude Restrictive Agreement, Prohibits Abuse of Dominant Position in the Market, Control on Acquisition, Prohibits Administrative Monopoly, Anti-monopoly Investigation, Legal Liability, Supplementary Provisions*”.

⁸² ZHANG, Lei, (2005), nos termos do artigo 3º do Anteprojecto desta Lei, “*The monopolistic activity refers to those activities which preclude or restrict competition, damage consumer rights, and impair the public interests of the society. Monopolistic*

ser prejudicadas. Somente certas práticas poderão ser excluídas por lei⁸³, nomeadamente, comportamentos de cartelização (acordos entre empresas) e comportamentos unilaterais do abuso da posição dominante, visto que na ausência de grandes dificuldades do acesso ao mercado, a posição dominante no mercado interno tem carácter temporário. Mesmo que haja o monopólio no mercado internacional, isso deve ser resolvido através das regras internacionais anti-monopolistas. Os problemas estruturais de alguns mercados específicos (como por exemplo, mercadorias, serviços e tecnologias específicos) dependem largamente do mercado em si, a função da legislação é eliminar obstáculos do acesso aos mercados específicos e não desfazer as empresas da posição dominante. Em segundo lugar, tanto o monopólio natural (por exemplo, fornecimento de energia eléctrica, telecomunicações, transporte ferroviário, gás natural, etc.)⁸⁴, como o monopólio administrativo⁸⁵ devem ser regulados, devendo o direito da concorrência atacar o proteccionismo local. Em terceiro lugar, a futura Lei Anti-Monopólio poderá ser aplicável fora do território chinês (*Effects Doctrine*)⁸⁶, para se aproximar às regras internacionais e defender os interesses das empresas nacionais.

activity includes (1) business dealers' activity of collusion; (2) business dealers' activity of abusing market position; (3) business dealers' acquisitions which may preclude or restrict competition; (4) government and its subordinate agency's activities which may abuse administrative power or preclude or restrict competition".

⁸³ Trata-se do modelo legislativo da União Europeia, nomeadamente os artigos 81º e 82 do Tratado da CE e não do modelo estrutural norte-americano (secções 1 e 2 do *Sherman Act*).

⁸⁴ Antes de mais nada, deve existir uma linha clara entre a função governamental e a gestão empresarial. A seguir, os sectores de infra-estruturas devem ser regulados através das regras concorrenciais, designadamente, a regulação pública standardiza os preços dos produtos do monopólio natural e salvaguardam os interesses públicos. Além disso, a criação de um órgão governamental independente no sentido de fiscalizar a reforma é também necessária.

Na China, por exemplo, no sector de energia eléctrica, a Empresa Estatal de Energia Eléctrica separou-se do governo em 1998, foi dissolvido ao mesmo tempo o Ministério da Indústria Eléctrica. No ano seguinte, o Conselho de Estado aprovou o plano da separação entre a produção eléctrica e a transmissão e a distribuição eléctrica. Os preços são fixados pela Comissão para o Desenvolvimento, Reforma e Planeamento do Estado. Até 2000, os investimentos estrangeiros neste sector já atingiu 10%. Cfr. OECD, (2002), pp. 358-9.

⁸⁵ ZHANG, Lei, (2005), há quatro artigos do Anteprojecto que envolvem o monopólio administrativo, sendo "*Compulsory Transaction, Restriction on Market Access, Compulsory Competition Restriction, Other unreasonable administrative regulations that restrict competition*". Ainda, segundo o Anteprojecto, os actos administrativos concretos são sujeitos à revisão judicial.

⁸⁶ O *effect doctrine* foi estabelecido em 1911 nos EUA (United States versus American

4.3 Reforço da cooperação internacional

Ao longo da globalização económica, as políticas concorrenciais e o direito da concorrência não são apenas questões internas, pelo contrário, tornam-se condições necessárias da competitividade internacional. As dissemelhanças do direito positivo e da execução da lei constituem obstáculos à internacionalização das regras internacionais. A imperfeição das regras da OMC revela-se a seguinte: a nível multinacional, a OMC não exige que cada Estado-Membro tenha políticas da concorrência; actualmente, os comportamentos anti-concorrenciais das empresas multinacionais não são controlados pelas políticas do comércio reguladas pelas regras da OMC; os comportamentos das empresas no mercado de exportação e as políticas que possam influenciar a exportação não pertencem à esfera de competência da OMC⁸⁷. Tendo em conta as divergências existentes entre os diversos países, a criação de regras internacionais da concorrência é uma tarefa importante e duradoura⁸⁸.

Por isso, com o objectivo de defender os interesses nacionais, a China deve reforçar a cooperação internacional na matéria da concorrência através da via regional e da via bilateral. A celebração de acordos cooperativos bilaterais ou multilaterais é um bom método de resolver disputas internacionais, trocando comunicações, informações e harmonizando procedimentos de resolução de conflitos.

Tobacco) e já foi adoptado pela legislação interna da maioria dos países desenvolvidos. Cfr. ZHANG, Lei, (2005), nos termos do artigo 2º do Anteprojecto desta lei, “*The law is applied when any activities which violates this law have been conducted outside the territory of P. R. China and its anti-competition effects have been shown on domestic market*”.

⁸⁷ A cartelização de exportação é um dos exemplos destes. Mesmo que a regulação de exportação, a restrição quantitativa e os subsídios à exportação sejam proibidos nos países desenvolvidos, os actuais dispositivos do GATT e da OMC concedem a liberdade aos seus Estados-Membros de estabelecer impostos alfandegários de exportação. Isto é, os Estados-Membros podem aumentar em grande medida preços relativos dos produtos exportados, assim causando prejuízos para outros países. Ver BAI, Shuqiang, (2000), *Da Concorrência Internacional: Teorias e Políticas da Concorrência Internacional no Contexto da Globalização Económica*, Pequim, Chinese Social Science Press, p. 227.

⁸⁸ MARQUES, Maria Manuel Leitão, (2002), pp. 67-9. Cfr. também ASCENSÃO, José de Oliveira, (2002), pp. 380-90. A nível multinacional, há a Convenção da União de Paris (CUP) e o TRIPS no âmbito da OMC, entre outros.

PREÇOS PREDATÓRIOS: TESTES E AVANÇOS RECENTES

Jorge Fagundes , Fabio Kanczuk¹*

1. Introdução

Este artigo tem como objetivo avaliar as diversas teorias sobre preços predatórios, uma prática horizontal não passível de ser justificada por eficiências compensatórias. Com este objetivo, esse artigo tem 4 seções, além desta introdução. A seção 2 apresenta os aspectos teóricos da análise de preços predatórios; a seção 3 discute os principais testes e a seção 4 expõe os aspectos legais e os procedimentos de análise no Brasil. Segue-se uma breve conclusão.

2. Breve revisão da literatura sobre preços predatórios

Nesta seção, é feito um rápido apanhado da extensa literatura existente sobre o tema “conduta predatória”, em especial sobre a “prática de preços predatórios”. Como se sabe, de uma forma bem geral, preços predatório são reduções de preços cuja lucratividade somente pode ser explicada a partir de uma estratégia de obter poder de mercado por meio da eliminação ou da “disciplina” (inibição das condutas competitivas) de um rival efetivo ou potencial, isto é, preço predatórios são preço que maximizam lucros somente em função de seus efeitos exclusionários ou anticompetitivos (aumento de preços no longo prazo e redução das quantidades ofertadas). No entanto, tal definição não gera um conjunto de regras e recomendações de ordem prática, passíveis de serem aplicadas do ponto de vista legal.

Logo, boa parte dessa literatura sobre o tema buscou desenvolver testes para identificar comportamentos predatórios por meio da variável preço. Tais testes, inaugurados pelo artigo pioneiro de Areeda e Turner (1975), são baseados em diversas medidas de custos da empresa predadora. A seguir, é descrita sucintamente a evolução da literatura, reportando os principais testes de conduta predatória na dimensão preço. Em seguida, discute-se brevemente alguns avanços recentes, baseados em modelos mais sofisticados que têm suporte na Teoria dos Jogos com informação assimétrica.

* Doutor em economia/UFRJ e sócio da Fagundes Consultoria Econômica. E-mail: jfag@unisys.com.br e www.fagundesconsultoria.com.br

¹ Professor da FEA-USP

2.1 Teste de Areeda e Turner

Areeda e Turner (1975) propuseram que preços abaixo dos custos marginais de curto prazo deveriam ser considerados ilegais. A racionalidade para o teste de Areeda e Turner é óbvia: como se sabe, em um mercado com competição perfeita, uma firma que maximiza lucros escolhe preços iguais aos seus custos marginais. Assim, qualquer preço abaixo do custo marginal não é consistente com maximização de lucro no curto prazo (isto é, somente pode ser racionalmente explicado pela estratégia de maximização de lucros no longo prazo por meio da redução da concorrência via exclusão de rivais e, portanto, da monopolização do mercado) e, ao implicar sacrifício de lucros (no curto prazo), é um requisito para conduta predatória.

Ao discutir a aplicação prática deste teste, os autores notam que o cálculo dos custos marginais é geralmente difícil. Conseqüentemente, propõe-se que custos variáveis médios sejam utilizados como substitutos dos custos marginais da firma predadora: preços iguais ou acima dos custos variáveis médios deveriam ser sempre legais; caso contrário, conclusivamente ilegais².

2.2. Teste de Joskow e Klevoric

Joskow e Klevoric (1979) propõem uma visão mais estruturalista para o teste de preço predatório. A idéia básica dos autores é a de que testes baseados em custos do predador deveriam ser aplicados somente se as condições estruturais do mercado indicarem que a conduta investigada pode prejudicar a competição. Trata-se do “*recoupment requirement*”: a racionalidade que suporta este requerimento é a de que se um predador falha em eliminar seus rivais ou atua num mercado caracterizado por baixas barreiras à entrada, então ele não recuperará suas perdas. Nesse caso, não haveria nenhum dano à concorrência e os consumidores beneficiar-se-iam dos preços abaixo do custo no curto prazo. Assim, o objetivo final do teste proposto pelos autores é o de avaliar se o ‘*recoupment*’ é provável, isto é, se a recuperação das perdas no futuro seria uma hipótese racional.

Neste contexto, os autores sugerem um teste composto de duas etapas. Na primeira etapa, examinam-se aspectos *estruturais*, visando compreender se há pré-condições que permitiriam e sugeririam uma conduta predatória

²Para uma descrição e avaliação do teste de Areeda-Turner, bem como critérios alternativos, ver Brodley, J. e Hay, G. (1981).

racional. Entre estas pré-condições estruturais estão análises sobre: (i) o *market share* da firma dominante, (ii) o tamanho das outras firmas no mercado, (iii) a estabilidade dos *market shares* no tempo, (iv) o histórico da lucratividade da firma dominante, (v) as elasticidades residuais da demanda, e, sobretudo, (vi) as condições de entrada. Estes testes da primeira fase são desenhados para *filtrar* alegações de conduta predatória que provavelmente não teriam base lógica segundo a teoria econômica tradicional

Para aqueles mercados em que as pré-condições são satisfeitas, Joskow e Klevorick propõem **um piso mais rigoroso** para os preços do que aquele proposto por Areeda e Turner. Os autores notam que preços abaixo dos custos variáveis médios são, em princípio, ilegais porque, a estes preços, o predador não cobre os custos que evitaria caso parasse de produzir. Contudo, mais importante, eles argumentam que quaisquer preços abaixo do *custo total médio* também devem ser considerados, em princípio, ilegais. Isto porque, em um mercado competitivo, no equilíbrio de longo prazo, o preço é igual ao custo total médio. Logo, preço abaixo deste custo somente seriam racionais caso tivessem por objetivo a predação de um rival.

2.3. *Teste de Posner*

Posner (1976) considera que o custo marginal de longo prazo é a medida correta para ser utilizada no teste de Areeda e Turner. Como, de acordo com o autor, o *intuito* de predação faz parte da estratégia das firmas, esta prática deve ser avaliada dentro de um horizonte de longo prazo. De acordo com Posner, preços abaixo do custo marginal de longo prazo devem ser considerados predatórios **quando associados à intenção** de excluir do mercado um competidor igual ou mais eficiente do que a firma predadora. O problema, cuja solução não é apresentada pelo autor, é determinar e provar esta intenção.

2.4. *Teste de Williamson*

Williamson (1977) desenvolve um teste de predação que visa capturar aspectos estratégicos desta modalidade de conduta anticompetitiva. A novidade da abordagem de Williamson é que ela não se baseia diretamente em comparações de preços e custos. Em contraste, a regra de Williamson considera predatória qualquer elevação de produção que busque “ajustar a demanda” como resposta a uma nova entrada. Alternativamente, se a firma existente mantém ou reduz a produção após a entrada de uma nova firma, ela se comporta, em tese, de forma não predatória, salvo se seu nível de produção, seja ele acima ou abai-

xo do nível anterior à entrada da nova firma, implicar preço inferior ao custo variável médio. Nesta situação, tal preço deve ser considerado predatório.

Enquanto a lógica do teste de Areeda e Turner decorre da premissa de maximização de lucro em um mercado competitivo, a regra de Williamson baseia-se em um modelo de preço limite (*limit pricing*) e bloqueio de entradas (*entry deterrence*). O cenário de Williamson é aquele em que a firma existente posiciona-se de forma a combater um potencial entrante. Neste sentido, o procedimento de Williamson é mais relevante para identificar estratégias que buscam evitar novas entradas – não estratégias de preços predatórios contra incumbentes em um determinado mercado.

2.5. Teste de Baumol

A Teoria de Contestabilidade é a base para o teste de predação desenvolvido por Baumol (1979, 1996). Este teste proíbe uma firma dominante de reduzir o preço em resposta à entrada de uma nova firma, revertendo tal redução quando o entrante deixar o mercado. Isto é, Baumol permite que uma firma existente reaja agressivamente à entrada de uma nova firma desde que ela mantenha seu preço inalterado por um período pré-especificado. Em essência, o teste de Baumol está menos preocupado com cortes de preços no curto prazo do que com sua posterior elevação (após a saída do entrante).

Contudo, Baumol também introduz outra restrição: os preços não podem ser reduzidos abaixo do custo *evitável* médio. O custo evitável é simplesmente uma generalização do custo total médio para o caso de uma firma que produz vários bens³. O leitor deve notar que o teste de Baumol segue a tradição do teste de Areeda-Turner, isto é, ambos têm uma abordagem para a prova do preço predatório baseada em comparação entre preços e custos (*Cost-Based School*).

³De fato, esta é uma das críticas de Baumol ao teste de Areeda-Turner, baseado, como visto, no uso do conceito de custo marginal. Tal conceito ignora a existência de custos fixos associados a fabricação de determinados produtos. Daí a defesa do conceito de custo evitável, definido como o custo marginal mais os custos fixos não afundados (e, portanto, evitáveis em caso de saída do mercado) associados à fabricação de um determinado produto. Note-se que o conceito de custo evitável médio é muito similar ao conceito de custo incremental médio, definido como (Broadley e Riordan, 2000): “o custo por unitário de produzir as unidades adicionais necessárias à predação (isto é, o incremento na produção usado para suprir as vendas adicionais a preços predatórios)”. Para uma aplicação do conceito de custo incremental à análise antitruste, ver Commissioner of Competition vs. Air Canada CT 2001/02.

2.6. Avanços recentes

A racionalidade da prática de preços predatórios foi vista com ceticismo do ponto de vista da teoria econômica durante vários anos. De fato, a escola de Chicago, em especial a série de artigos de McGee⁴, suportava sua posição face à impossibilidade de preços predatórios como conduta anticompetitiva a partir de duas proposições: (i) primeiro, no elevado custo para o predador: quanto maior sua participação de mercado, maior seu prejuízo no curto prazo; e (ii) como decorrência, tal prejuízo deveria ser compensado no longo prazo, quando a eliminação dos rivais viabilizasse preços de monopólio. No entanto, tais preços atrairiam a entrada de novos competidores – supondo a ausência de barreiras à entrada –, fato que impediria a “recuperação” dos prejuízos incorridos pelo predador no curto prazo.

O questionamento da visão da escola de Chicago ocorreu somente a partir dos anos oitenta, com a nova literatura sobre modelos racionais de preços predatórios, caracterizada pelo uso de modelos com especificação completa, rigor na definição de equilíbrio, e uso intensivo de conceitos da Teoria dos Jogos, sobretudo com informação assimétrica. De fato, o abandono das hipóteses de informação completa e simétrica empregadas pela escola de Chicago é fundamental para as suas conclusões sobre o tema produz resultados radicalmente distintos, com implicações óbvias sobre as políticas de defesa da concorrência.

O leitor deve notar que esta literatura questiona, inclusive, a necessidade de se demonstrar preços abaixo de determinado conceito de custo como condição necessária – ainda que seja suficiente – para a prova de preço predatório. Isto porque o foco dos modelos está na forma pela qual os incumbentes, utilizando-se das assimetrias de informação, sinalizam para a “vítima” que a mesma deve sair do mercado ou reduzir sua produção⁵. Pode-se dividir esta nova literatura em três grupos de artigos (Motta, 2004, pp. 416-421).

O primeiro grupo relaciona-se com a tradicional intuição conhecida como *long-purse* ou *deep pocket*, que Telser (1966) havia analisado em um ambiente de informação completa. A idéia básica deste tipo de modelo - “*predation in imperfect financial markets*” - é que uma firma com mais recursos financeiros pode vencer seu rival em uma “luta até a morte” e, desta forma, está em posição de fazer com que este rival abandone o mercado. As novas contribuições demonstram como este tipo de predação pode ocorrer em equilíbrio (nos

⁴ Ver McGee (1958).

⁵ Ver Bolton, Broadley e Riodan (2000) e Edlin (2001).

modelos iniciais ela não ocorria em equilíbrio), utilizando avanços recentes na teoria de financiamento com informação incompleta (vide, por exemplo, Fudenberg e Tirole (1986)): o predador explora o fato de que os investidores não dispõem de informação completa sobre o mercado, dificultando o seu julgamento sobre a performance da “vítima”. Assim, a baixa rentabilidade desta última – provocada pela prática de preços predatórios - seria vista, pelos investidores, como um sinal de elevado risco na atividade de financiamento de suas atividades⁶.

Um segundo grupo de artigos analisa como a existência de informação assimétrica quanto à disposição de uma firma em adotar práticas predatórias permite que a mesma construa uma reputação de ser “durona” e, assim, evite a entrada de concorrentes em outros mercados – sejam estes compreendidos como diferentes localizações geográficas ou como diferentes instantes no tempo (*Reputation Models*). Estes modelos também aperfeiçoam algumas formulações em que o número finito de repetições do jogo implicava a impossibilidade de construção de reputação (o famoso *chain store paradox* de Selten (1978)). A idéia fundamental por trás deste importante avanço na teoria dos jogos foi utilizar *informação assimétrica* sobre o tipo de agente, de forma a quebrar o usual argumento de *backward induction* (vide Kreps e Wilson (1982) e Milgrom e Roberts (1982b))⁷.

Finalmente, um terceiro grupo de modelos (Milgrom e Roberts (1982a)) mostra que, quando as informações sobre um mercado não são simétricas, um predador pode utilizar preços baixos como um sinal para possíveis entrantes (*Signaling models*). Este sinal indicaria que as condições de demanda ou custos tornariam o abandono (ou não entrada) a alternativa mais atrativa: o potencial entrante – ou rival a ser predado - não dispõe de informações a respeito dos custos do incumbente (se são altos ou baixos), de modo que o incumbente tenta explorar esta incerteza para deter a entrada ou expulsar (ou ainda disciplinar) um rival efetivo.

Note-se que uma extensão do modelo de sinalização pode explicar a estratégia de predação voltada para a aquisição ou fusão com a firma predada.

⁶ Ver, por exemplo, Hazlett (1995). O autor analisa o caso de novos entrantes no mercado de Tv a Cabo em Sacramento, EUA.

⁷ Por exemplo, uma incumbente multiproduto pode adotar preços predatórios num certo mercado “A” não porque tenha a expectativa de lucrar no longo prazo com esta prática neste mercado em particular, mas sim visando maior lucratividade em outros mercados em que atua, por meio da criação de uma reputação de agressividade que iniba a entrada de outros rivais nestes outros mercados. Tal reputação permite que o predador desfrute de lucros de monopólio nestes outros mercados sem ter que neles deflagrar uma guerra de preços. Claramente, tais lucros podem mais do que compensar os prejuízos associados aos preços predatórios no mercado “A”.

Saloner (1987), utilizando como base o modelo de Milgrom e Roberts, mostra que a prática de um preço inferior ao preço ótimo (que maximiza os lucros no curto prazo) por parte do incumbente predador é capaz de reduzir o preço de venda dos ativos da firma “vítima” ou dos termos de sua fusão com o predador.

De forma geral, estes modelos mais recentes, que formalizam aspectos estratégicos da conduta das firmas predadoras, resultaram importantes lições:

- (i) em primeiro lugar, eles mostraram que conduta predatória faz sentido econômico, não sendo uma prática irracional do predador, algo que chegou a ser seriamente considerado a partir da visão da escola da Chicago.
- (ii) em segundo lugar, que existem várias definições de preços ou estratégias predatórias, e, portanto, diferentes formas para identificá-las; e
- (iii) em terceiro lugar, que o debate sobre preços predatórios não é geralmente fundado em modelos econômicos sólidos, sendo o papel da informação assimétrica central para a discussão sobre a *racionalidade* econômica deste tipo de conduta anticompetitiva.

No entanto, deve-se notar que, apesar dos avanços da literatura teórica e dos estudos de casos, a aplicação da abordagem estratégica do preço predatório em análises antitruste não está completamente desenvolvida, dificultando a implementação dos principais resultados em termos de recomendação de políticas e práticas legais por parte dos órgãos de defesa da concorrência⁸.

⁸ A Suprema Corte dos E.U.A., em casos julgados nos últimos anos, é da opinião de que preços abaixo de uma medida apropriada de custos são um pré-requisito para a existência de preços predatórios. Além do mais, a Suprema Corte também examina cinco condições estruturais, na linha da abordagem de Joskow e Klevorik: (i) **O mercado relevante deve ser extremamente concentrado.** Preços predatórios são incompatíveis com mercados competitivos. A justificativa para tal condição é simples: em mercados desconcentrados, o ganho de *market share* do predador *vis a vis* sua capacidade de predação é insuficiente para permitir a prática, pós-predação, de preços de monopólio; (ii) O predador deve possuir **posição dominante**, isto é, elevado *market share*. Caso contrário, o predador não será capaz de elevar seu poder de mercado o suficiente para cobrar, pós-predação, preços de monopólio; (iii) **O nível de barreiras à entrada no mercado relevante deve ser alto.** Caso contrário, o predador, mesmo que tenha sucesso, não poderá aumentar os preços pós-predação, posto que tal atitude atrairia novos concorrentes; (iv) **O predador deve possuir excesso de capacidade instalada, ao contrário de seus competidores.** Caso contrário, de um lado, o predador não poderá absorver as vendas de seus rivais, posto que não terá condições de aumentar suas vendas no curto prazo; e de outro, os rivais

Evidentemente, esta ausência de desenvolvimento não significa que a prática não exista no mundo “real” ou tampouco que a moderna teoria econômica não suporte a racionalidade de sua existência por parte de firmas que buscam maximizar lucros, como acima demonstrado. Trata-se, portanto, simplesmente de propor novas metodologias de análise e apresentação de provas que sejam simultaneamente amparadas pela teoria econômica e pela legislação vigente em cada jurisdição.

3. Discussão da literatura e dos testes

Se alguma conclusão pode ser tirada da vasta literatura sobre predação é a de que nenhum procedimento ou regra, por mais complexa que seja, pode abranger toda a variedade de situações identificadas pela Teoria de Organização Industrial como potencialmente favoráveis à adoção de práticas predatórias. Isto levou alguns autores, tais como Philips (1996) e Spector (2001), a proporem que a “regra da razão” (*rule of reason*) seria superior a qualquer regra *per se* no caso de análise antitruste de condutas predatórias.

Com relação a comparações de preço e custo, deve-se reconhecer que a evolução da literatura acadêmica e da prática legal, com foco cada vez maior na investigação da possibilidade de um predador eliminar um competidor eficiente para posteriormente recuperar as perdas ocorridas durante o período de predação, fez que o teste de Areeda-Turner, pelo menos na sua versão original, se tornasse cada vez menos importante.

3.1 Três possíveis objetivos de testes de preço predatório

Boa parte da confusão relativa a qual dos diversos testes deve ser utilizado para identificar se um preço é ou não predatório advém da dúvida sobre o que se está perguntando. Spector (2001) aponta que há três definições alternativas de preço predatório, equivocadamente consideradas como equivalentes:

remanescentes após a predação serão capazes de impedir o surgimento de preço de monopólio, através do incremento de sua produção; e (v) A prática de preço predatório é lucrativa somente se os **ativos dos rivais expulsos também forem removidos do mercado**. Caso contrário, todo o esforço predatório teria sido em vão, posto que um rival remanescente ou qualquer outra empresa poderia comprar os ativos a preços reduzidos (já que a empresa predada está falida), adquirindo uma vantagem competitiva sobre o próprio predador. Ver Matsushita Eletrical Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., Cargill Inc. v. Monfort of Colorado, Inc. e Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Crop. Ver também Areeda e Turner (1975). Ver também Ramos (2000).

- (i) De acordo com uma definição possível, uma ação é predatória se ela não é a mais lucrativa salvo se forem feitas considerações sobre a entrada ou saída de firmas rivais. Assim, um preço é predatório se ele não tem um **propósito legítimo** (isto é, de maximização de lucros) no curto prazo;
- (ii) Uma segunda definição possível é considerar uma ação predatória se ela implica a exclusão (ou evita a entrada) de uma firma que seja pelo menos tão eficiente quanto o predador. Assim, um preço é predatório se ele **ameaça a existência de um rival tão eficiente** quanto a firma predadora; e
- (iii) Ainda de acordo com uma terceira definição, **uma prática é predatória se a ação que causou a saída (ou não entrada) das outras firmas puder ser revertida no futuro**. Ou seja, a prática predatória é lucrativa apenas sob a perspectiva de **elevação posterior dos preços**, de modo a recuperar os custos incorridos durante a fase de predação.

Evidentemente, o teste de preço predatório deve ser desenhado de forma coerente com a definição de prática predatória utilizada (e desejada) pelos órgãos de defesa da concorrência: no limite, para cada definição possível, há uma teste diferente. Vale discutir, assim, estas definições e os testes adequados para identificar preços predatórios segundo cada uma delas.

3.2 *Propósito legítimo do preço*

O artigo original de Areeda e Turner nunca deixa claro qual o objetivo do teste proposto. Contudo, tem-se a clara impressão de que seus argumentos estão fundamentados na idéia de propósito legítimo, isto é, maximizar lucros no curto prazo. Isto parece estar implícito no critério segundo o qual uma prática predatória pode ser identificada pela relação entre preços e custos marginais de curto prazo.

De fato, preços tão baixos como o custo marginal podem ser considerados uma prática legítima porque, em um regime de competição perfeita, uma firma adotaria um preço igual ao custo marginal. No outro extremo, um monopolista maximiza o lucro escolhendo preços iguais à receita marginal, situação em que o preço também excede o custo marginal. Os autores ainda notam que uma firma poderia argumentar que faz sentido escolher preços abaixo de custos marginais quando o objetivo é promocional. Contudo, na opinião de Areeda e Turner, esse caso é tão raramente aplicável ou de mérito tão duvidoso que a presunção de que preços abaixo de custo marginal são predatórios deve ser conclusiva.

Duas críticas fundamentais foram levantadas contra o teste de Areeda e Turner. A primeira tem caráter eminentemente técnico, e se relaciona ao uso

do conceito de custo médio variável como substituto para o custo marginal. Conforme já apontado, essa é a solução proposta por Areeda e Turner para implementar o teste quando a determinação dos custos marginais é uma prática difícil. O ponto básico desta crítica é o de que, em algumas circunstâncias, o custo marginal pode situar-se significativamente acima do custo variável médio. Isso facilitaria a prática de preço predatório sem a violação da regra proposta por Areeda e Turner.

A segunda crítica, muito mais séria e de encontro à própria essência do teste, é que a escolha de custo marginal como a linha que divide preços legítimos de não legítimos simplesmente não faz sentido econômico. Para compreender o porquê, suponha que a demanda por um certo produto é tal que o mais lucrativo seria vendê-lo por um preço 50% acima do custo marginal (*mark up*⁹ de 50%). Tal seria o caso, por exemplo, quando a demanda residual deste bem tem elasticidade igual a dois (em módulo)¹⁰. Neste caso, seria uma prática normal e legítima a empresa vender o produto por um preço, digamos, 2% acima do custo marginal? Ou seja, o que justificaria a adoção de um *mark up* de 2% quando o *mark up* que maximiza seus lucros no curto prazo é de 50%? De acordo com o teste de Areeda-Turner, este preço (ou *mark up*) não seria predatório. Mas, evidentemente, ele também não pode ser considerado uma estratégia (racional) de maximização de lucros no curto prazo.

Sob o ponto de vista de política antitruste, a linha proposta por Areeda e Turner é fortemente “sub-inclusiva”, isto é, ela considera legítimas práticas potencialmente predatórias. Como notado por Easley *et al* (1985), nenhum dos predadores analisados em seu modelo poderia ser acusado de violação se o padrão utilizado fosse o proposto por Areeda e Turner, já que os preços (predatórios) praticados nunca se situam abaixo do custo marginal (ou do custo variável médio). Ironicamente, a regra de Areeda e Turner poderia, de acordo com os autores (p. 446), “constituir um manual de instrução de como predar impunemente”.

⁹ Define-se o *mark-up* como (preço – custo marginal)/preço.

¹⁰ Em situações não competitivas, as firmas determinam uma margem sobre os custos que depende inversamente da elasticidade da demanda. Quão mais elástica é a demanda, menor é a margem. Isso porque, se a firma “aperta” demais, o consumidor deixa de comprar. No limite, um monopólio que produz um produto determina a margem exatamente como o inverso da elasticidade da demanda, como no exemplo mostrado, em que a firma pode ser considerada um monopólio que atenderá à demanda residual – igual a demanda do mercado - pelo seu produto.

A Teoria Econômica sugere que, para verificar se um preço praticado tem propósito legítimo, ou seja, se visa maximizar o lucro no curto prazo, é necessário não somente obter o custo marginal de produção, mas também compreender as particularidades do ambiente competitivo da indústria em questão. Isto envolve tanto a escolha de um modelo adequado quanto a determinação quantitativa dos efeitos econômicos envolvidos, em particular, do preço de equilíbrio do mercado.

Tipicamente, uma vez escolhido o modelo de competição, a estrutura de mercado da indústria e a elasticidade de demanda dos consumidores determinam qual deve ser o *mark-up* de empresas maximizadoras de lucro. Assim, o preço observado na indústria pode ser comparado com o custo marginal acrescido deste *mark up* (ou seja, com o preço de equilíbrio de mercado ou preço ótimo). **Se o preço observado for inferior ao preço ótimo (no sentido de maximizar lucro no curto prazo), ele pode ser indício de prática predatória (relacionada a uma estratégia de maximização de lucros no longo prazo, ou seja, de eliminação de um concorrente e aumento de poder de mercado no futuro).**

Para ilustrar esta lógica, suponha que em um mercado há dois bens substitutos, produzidos cada um por uma firma. A elasticidade do primeiro bem é, por hipótese, igual a -2. Se a firma produtora deste bem maximiza o lucro no curto prazo, espera-se, de acordo com a conhecida fórmula de Lerner, que ela pratique um *mark-up* igual a 50%.

Caso o preço observado corresponda ao custo marginal acrescido deste *mark-up* - isto é, caso o preço observado seja igual ao preço de equilíbrio ou ótimo -, ele estará inteiramente de acordo com o esperado, dada a estrutura de competição desta indústria. **Caso o preço observado esteja (significativamente) abaixo deste valor, há um indício de que pode estar havendo predação, com a primeira firma tentando eliminar a segunda do mercado¹¹.**

3.3 Preço que ameaça existência de rivais eficientes

Se o conceito de predação relevante for a ameaça à rivais igualmente eficientes, deve-se focar a noção de custo que é importante para a decisão de

¹¹ Caso, ainda, o preço observado esteja significativamente acima deste valor, há indícios de que a indústria esteja caracterizada por cartéis ou conluio tácito. Isto porque os preços talvez tenham sido fixados buscando a maximização conjunta de lucros (considerando a elasticidade cruzada entre os bens). Vale notar, assim, que a mesma lógica que permeia o estudo de cartéis e conluio tácito (Nevo (2001) e Slade (2004)), pode também ser utilizada para verificar a existência de uma prática predatória.

saída do mercado. Uma firma decide sair do mercado considerando os custos evitáveis após a saída (independentemente de serem fixos ou variáveis). **Neste caso, uma prática predatória é a fixação de preços abaixo dos custos evitáveis de uma firma igualmente eficiente.**

Um conhecido princípio econômico nos diz que uma firma que minimiza suas perdas (maximiza seus lucros) opta por sair de um mercado se e somente se a receita total que ela puder obter se permanecer neste mercado for inferior aos seus “custos evitáveis”. Por “custos evitáveis” deve-se entender todos os custos, incluindo os custos fixos, que não são afundados (*sunk*)¹².

Apesar de relativamente simples, este princípio frequentemente cria uma confusão quanto aos custos que devem ser considerados para comparação com os preços praticados. Tipicamente, discute-se predação em termos de custos fixos e variáveis. A idéia é que uma firma deve, por um período curto, continuar produzindo se sua receita for superior aos custos variáveis. Nesta situação, a empresa pode incorrer em prejuízos (se os preços forem inferiores aos custos totais médios), mas ainda assim maximizando lucro (minimizando perdas) ao cobrir parte de seus custos fixos: a receita obtida “paga” os custos variáveis e ainda reduz o prejuízo de qualquer jeito existiria em função dos custos fixos (que, por definição, não se alteram com a quantidade produzida, inclusive se esta for zero).

Para contemplar esta possibilidade, é comum, no contexto da análise antitruste, verificar se os preços predatórios estão relacionados, temporalmente, com períodos de quedas abruptas de demanda ou excessiva capacidade ociosa. Estes períodos justificariam a prática de preços abaixo dos custos médios totais, desde que acima dos custos variáveis médios. Uma vez eliminada a possibilidade de que houvesse ocorrido predação nestes períodos particulares, a tendência do analista seria comparar os preços com os custos totais e variáveis médios. E é justamente neste ponto que a confusão se instala. O conceito relevante deve ser o de custos **evitáveis** médios, e não simplesmente o de custos totais ou variáveis médio. E, para isto, é necessário diferenciar custos fixos de custos afundados (*sunk costs*).

Para compreender o que está em jogo, deve-se examinar os incentivos que uma firma tem de abandonar o mercado, entendendo com que tipo de custos estes incentivos se relacionam. Com este fim, vale lembrar que um custo é considerado afundado se a firma não puder eliminá-los. O exemplo clássico de custo afundado é o que ocorre quando a firma não consegue vender seus ativos pelo preço pago quando da ocasião em que foram comprados. Uma máquina com-

¹²Esta é a terminologia utilizada por Baumol (1996).

prada nunca é vendida pelo preço de uma nova, e mesmo que a firma decida encerrar suas operações, ela terá que arcar com o *diferencial* entre o preço de compra e de venda da máquina. Se a firma parar de produzir, saindo do mercado, sua receita ficará igual a zero. Boa parte de seus custos também será extinta, mas seus custos afundados nunca serão evitados. Assim, a decisão da firma de sair de um mercado não deve considerar os custos afundados, já que eles não poderão ser, de qualquer jeito, eliminados. Esta distinção é particularmente importante porque ela contrasta com o conceito de custos utilizados para estudar a entrada de uma nova firma do mercado, como veremos a seguir.

Apenas para fixar os conceitos, a decisão de uma firma deixar de operar ocorre pela comparação de sua receita operacional com os custos passíveis de serem evitados pelo encerramento das operações. Estes custos evitáveis podem incluir custos variáveis (não “amarrados” por contratos) e parte dos custos fixos (que independem da quantidade produzida, mas que podem ser liquidados quando a firma encerra operações. Isto é, os custos fixos não afundados).

3.4 Possibilidade de elevação futura do preço pós-predação

A evolução da prática legal, no sentido de averiguar a possibilidade de elevação futura do preço, pode ser exemplificada pela opinião da Suprema Corte Americana no caso *Brooke Group Ltd. v. Brown and Williamson Tobacco Corp.* 509 U.S. 209, 1993:

“A documentação neste caso demonstra que o esquema alegado por Liggett, quando julgado contra as realidades do mercado, não suscita uma base adequada para a prova de culpa. Apesar de um júri poder concluir que Brown & Williamson tiveram o intuito de praticar eventos anticompetitivos, e que o preço de seus genéricos estavam abaixo de seus custos por 18 meses, a evidência é inadequada para mostrar que eles tinham um prospecto razoável de recuperar as perdas da precificação abaixo do custo e do retardo do crescimento de genéricos. Nenhuma inferência de recuperação do prejuízo foi sustentada neste caso, porque nenhuma evidência sugere que Brown & Williamson teria condições de obter poder de mercado de forma a elevar os preços dos cigarros genéricos acima do preço competitivo, o que é um aspecto indispensável da teoria proposta pela própria Liggett’s.” (páginas 20-23).

De forma geral, os órgãos de defesa de concorrência estão preocupados com o excedente do consumidor. Nesse sentido, é crucial verificar se a firma que pratica predação poderá elevar seus preços após ter sucesso em eli-

minar seu concorrente do mercado. Caso contrário, mesmo que tenha havido a eliminação de concorrentes, os consumidores, supostamente, não sairão prejudicados pela prática predatória. Esta é a base do *recoupment requirement*.

O principal obstáculo à elevação posterior de preços é a possibilidade de entrada de novos concorrentes. Como se sabe, preços e lucratividades elevadas atuam como um chamariz para potenciais investidores em um mercado. Assim sendo, a questão da possibilidade de elevação futura de preços deve focalizar-se no papel da potencial entrada de concorrentes (que evitariam aumentos de preços).

A forma tradicional de se analisar a escolha de preços para deter a entrada de novos concorrentes é a estabelecida pela teoria de **preço limite** (*limit pricing*). De forma simplificada, o preço deve ser escolhido de tal sorte que o possível entrante não considere ótimo entrar no mercado na hipótese de manutenção do referido preço. No momento deste cálculo de viabilidade econômica, o possível entrante não incorreu em nenhum custo afundado, e, portanto, deve contrastar a lucratividade esperada da indústria com **todos** os custos envolvidos em sua eventual participação. Note-se que, para entrar, o conceito de custos relevante é, portanto, o de “**custos totais**”. Para sair, como visto na seção 3.3 acima, o conceito relevante é o de “custos evitáveis”. Logo, a diferenciação usual entre “custos fixos” e “custos variáveis” não necessariamente guarda relação com as noções relevantes para analisar entrada e saída de um mercado.

O cálculo da viabilidade econômica de um projeto de entrada pode ser dividido nas seguintes etapas. Primeiro, o possível entrante estima o montante de capital necessário para estabelecer a empresa no setor (um *greenfield*). A seguir, calcula a lucratividade em cada período (por exemplo, em cada ano), caso pudesse vender seus produtos aos preços vigentes. Finalmente, verifica se esta lucratividade é suficiente para remunerar o capital investido, considerando os riscos inerentes a um negócio neste ramo de atividade econômica. Caso a lucratividade for (mais do que) suficiente para recuperar o capital investido, o potencial entrante opta pela entrada, construindo a empresa, e passando a ser um novo competidor do mercado. Caso contrário, a firma já existente, no caso o predador, consegue deter sua entrada.

É fundamental atentar para o fato de que esta forma de analisar o problema de detenção de entrada, através do preço limite, não deixa explícita a forma pela qual a estratégia do predador é efetiva. Isto é, para que a entrada seja detida, é necessário que o possível entrante *acredite* que sua lucratividade seria igual à sinalizada pelo predador. Caso contrário, se o entrante souber que está sendo enganado, ele optará pela entrada (fazendo o cálculo com os preços “corretos”).

Os novos avanços da literatura sobre predação, com base na utilização de Teoria dos Jogos, contribuem no avanço deste debate. Em particular, conforme citação anterior, há importantes trabalhos (por exemplo, Milgrom e Roberts (1982a) e Easley, Masson e Reynolds (1985)) sugerindo que, na presença de informação assimétrica, um predador pode utilizar um preço baixo para sinalizar a um possível entrante que as condições de demanda ou de custos são tais que a permanência fora do um mercado é a alternativa mais atrativa. Desta forma, estes trabalhos racionalizam a teoria do preço limite, por meio de uma cuidadosa especificação da estrutura informacional da indústria e dos agentes que dela participam.

4. Aspectos legais no Brasil

No Brasil, de uma forma geral, infrações à ordem econômica são definidas na Lei 8.884/94. Conforme exposto em seu artigo 1º, a Lei 8.884, de 11 de junho de 1994, tem por objetivo prevenir e reprimir às *infrações* contra a ordem econômica, sendo a *coletividade* a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei¹³.

As infrações à ordem econômica são tratadas nos artigos 20 e 21 da mencionada Lei. Nestes artigos, dispõem-se sobre as condutas comerciais que são considerados infrações à ordem econômica. Em especial no artigo 21, são elencados alguns dos atos que caracterizam infração à ordem econômica. Entre estes, destacam-se:

“IV – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

V – gerar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

(....)

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição

(....)

¹³ “Art. 1o Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.”

XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;”

A leitura do artigo 21 deve ser realizada tendo como referência o artigo 20º da Lei 8.884. Isto porque as condutas que violam a legislação antitruste nacional são aquelas que implicam a ocorrência de um dos incisos do artigo 20 da referida Lei, a saber:

“Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

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

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia”.

Mais especificamente, tendo em vista o caso sob exame, no Brasil, segundo a Resolução 20/99 do CADE, preço predatório é a prática deliberada de preços abaixo do custo *variável médio* (fato que implica a aceitação, por parte do CADE, do citado Teste de Areeda-Turner), visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista (*recoupment requirement*), notando-se que essa prática é definida como uma conduta do tipo horizontal, cuja implementação deve ter como pré-requisito a existência de poder de mercado por parte da empresa acusada. De fato, de acordo com tal resolução:

“ (...)

4. Preços predatórios: prática deliberada de preços abaixo do *custo variável médio*, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista.

O exame desta prática requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa, além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo.”¹⁴

De fato, a jurisprudência do CADE, no processo administrativo nº 49/92, aponta como preço predatório aquele que, além de ser abaixo do custo, visa a obtenção de posição de monopólio no mercado relevante em jogo. De acordo com o voto da Conselheira Lucia Helena Salgado no referido processo:

“A prática do *underselling* só faz sentido econômico como parte de uma estratégia...para dominação de um mercado...Assim, para a identificar a existência de um ilícito seria necessário evidenciar a ocorrência da estratégia”¹⁵;

Já a conselheiro-relator Mércio Felsky no Processo Administrativo nº 08000.013002/95-97, tendo como representante a Labnew Indústria e Comércio Ltda, de 30/05/2000, afirma ser o custo variável médio aquele mais adequado para casos de preços predatórios:

“o custo variável médio é a medida adequada porque supõe-se que, enquanto produzir e vender uma unidade adicional proporcionar receitas superiores ao custo de obter essa unidade (seu custo marginal, ou incremental), é rentável produzir essa unidade. Portanto, parte-se do pressuposto que para o empresário racional, nem sempre é desaconselhável, no curto prazo, vender com perdas, a um preço inferior ao custo total médio, desde que esse preço seja superior ao custo variável médio. Longe de ser uma invenção teórica dos economistas, o raciocínio acima retrata a própria maneira de agir dos empresários: qualquer preço acima do custo variável médio diminuiria a perda incorrida com os custos fixos que de qualquer maneira ocorreriam caso a produção fosse suspensa. Além disso, um novo pedido seria aceito somente se o preço de venda fosse suficiente para pagar todas as parcelas de custo provocadas por esse pedido e somente elas” (p. 3186-87 dos autos)

¹⁴ Ver Resolução N. 20 do CADE, junho de 1999.

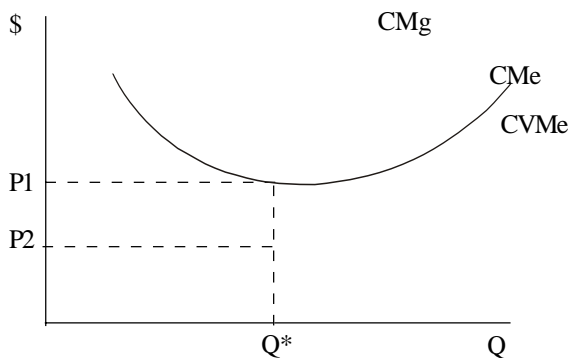
¹⁵ Ver Revista do Ibrac (1997), vol. 4, nº 2, pp. 87-130.

Finalmente, a portaria nº 70 de dezembro de 2002 da SEAE determina que (p. 4, grifo meu):

“a venda de mercadoria abaixo do preço de custo não constitui uma infração. Esta venda tem que produzir o efeito, ou ter como objeto, prejudicar a livre concorrência. Assim sendo, para a constatação de uma estratégia de preços predatórios é necessário provar, além da venda abaixo do custo, que as condições necessárias para que essa estratégia seja lucrativa (ou seja, que no longo prazo a concorrência irá se reduzir e com isto a firma predadora terá poder de mercado) estejam presentes, a saber: participação de mercado significativa da firma predadora, elevadas barreiras à entrada, capacidade produtiva para atender o incremento da demanda no curto prazo e capacidade de financiamento devido as perdas incorridas nessa estratégia.”

Segundo o guia da SEAE, o conceito de preços predatórios pode ser ilustrado através de uma firma dominante que impõe preços abaixo do custo médio de produção, durante um período de tempo suficientemente longo, tendo por intenção expulsar alguns rivais ou deter a entrada de outras para que, no momento seguinte, possa elevar seus preços, significativamente, na tentativa de recuperar suas perdas iniciais em um mercado menos competitivo. De acordo com esta ordem, a estratégia de preços predatórios constitui um investimento em perdas, por um determinado período de tempo, com a perspectiva de se obter retornos suficientemente altos no futuro. As figuras I e II abaixo ilustram melhor estas definições.

Figura I – Custo Médio, Custo Variável Médio e Custo Marginal

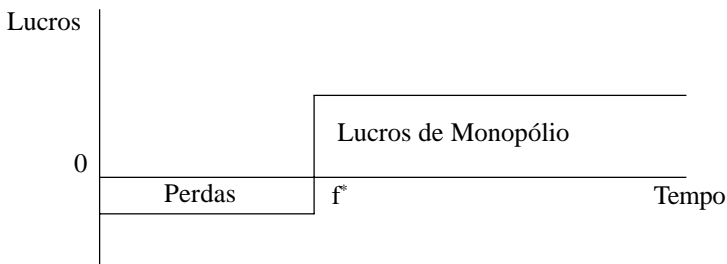


Na figura I, a persistência de um preço abaixo de P1 seria suficiente para retirar a firma do mercado no longo prazo, na medida que ela não conseguiria cobrir seu custo médio total e, portanto, teria prejuízos no sentido econômico. Para retirar um concorrente do mercado em um espaço de tempo menor, seria necessário que o predador cobrasse um preço menor do que P2. Nesse nível, a firma afetada pela conduta não conseguiria cobrir os custos variáveis de operação, sendo melhor se afastar do mercado para evitar prejuízos.

Observa-se, portanto, que a questão associada ao conceito de custo adequado para a análise de preços predatórios está relacionada ao timing da estratégia de exclusão dos rivais: curto ou longo prazo. Neste sentido, a portaria da SEAE considera estas duas possibilidades e, portanto, estes dois conceitos de custos. Já o CADE, no caso Labnew, optou pelo conceito de custo variável médio, como acima visto.

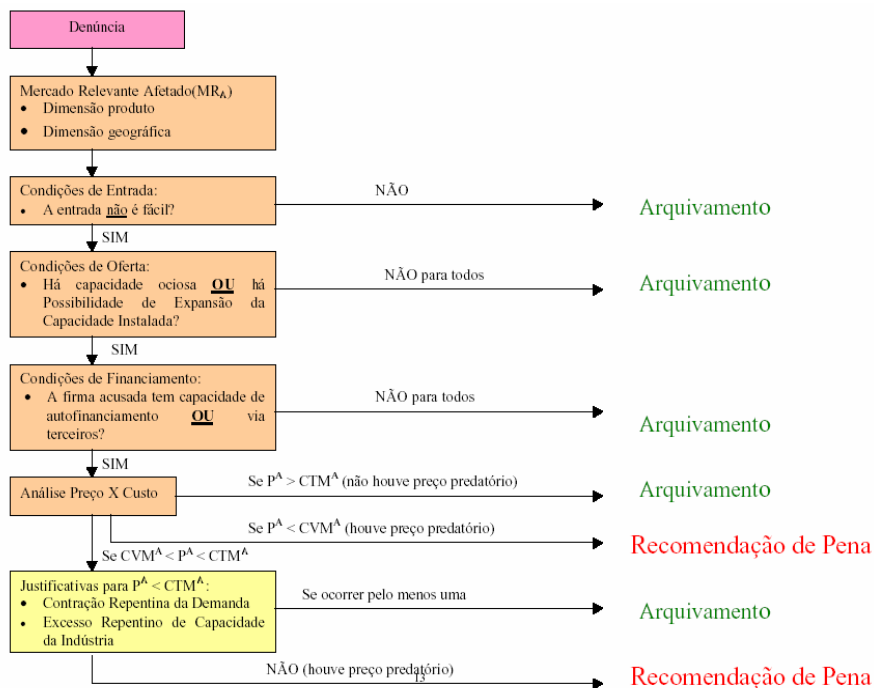
A figura II mostra o *timing* de uma estratégia bem sucedida. A firma predadora deve manter seus preços baixos por um período de tempo suficientemente longo para que seus rivais sejam expulsos do mercado. Nesse intervalo de tempo, o predador sofre perdas – lucros negativos – juntamente com seus rivais até um período t^* . Após esse período, os rivais acabam por sair do mercado e o predador pode aumentar seus preços até o nível de monopólio e se beneficiar de lucros positivos.

Figura II – Perdas e Ganhos da Prática Predatória no Tempo



A figura III abaixo apresenta as etapas de análise de uma acusação de preços predatórios segundo a citada portaria da SEAE.

Figura III – Etapas de Análise



Note-se que a comparação do preço praticado com o conceito de custo ocorre somente após a comprovação de que certas pré-condições estão presentes no caso concreto; além do mais, o conceito de custo utilizado é o de custo médio, supondo a ausência de contração repentina da demanda e/ou expansão súbita da capacidade de produção da indústria, isto é, supondo a inexistência de justificativas plausíveis para a prática de preços inferiores aos custos médios incorridos pela firma. Finalmente, deve-se observar que o esquema de análise previsto na portaria em tela está baseado, ainda que não seja exatamente igual, no teste de Joskow e Klevoric apresentado na seção 2.2 acima, assim como na já mencionada jurisprudência norte-americana (“*recoupment requirement*”).

5. Conclusões

A prova de preço predatório é um dos temas mais difíceis e mais complexos em todo o campo da política antitruste, não somente porque um dos objetivos da legislação antitruste é o de justamente promover preços baixos, mas também porque a relação entre preços e custos das empresas é freqüentemente ambígua e de calculabilidade duvidosa. A redução dos preços de uma empresa pode ser simplesmente o resultado de um salutar processo competitivo, normal nas economias de mercado. Não é por outro motivo que as agências antitruste têm procurado estabelecer regras operacionais para discriminar *ataques predatórios ilegais da concorrência baseada em méritos*.

Conforme lembra Gabrielle Marceau:

“O eventual erro de julgamento por parte das autoridades de defesa da concorrência, nesses casos, implica a geração de maiores preços para os consumidores e a coibição das condutas em relação às quais a lei antitruste de qualquer país deseja justamente estimular e proteger: condutas competitivas, voltadas, ainda que não exclusivamente, para a redução de preços. A dificuldade de distinguir concorrência de predação tem levado economistas e advogados a prover possíveis testes ou regras prontas para reconhecer predação em preço. Tais testes buscam distinguir os competidores não-eficientes dos eficientes. Não há, entretanto, nenhum consenso em como identificar práticas predatórias domésticas ex ante. A dificuldade ocorre porque a linha divisória entre um preço altamente competitivo e um preço predatório é bastante tênue. Não existe uma única definição aceita do que constitui predação. Daí que essa prática é basicamente definida em razão de sua consequência: a eliminação do concorrente eficiente, aquele cuja existência, de certa forma, representa um benefício para os consumidores”.¹⁶

É preciso lembrar que a lei antitruste brasileira não inclui entre as condutas infrativas da ordem econômica a simples redução de preços. Ao contrário, a concorrência deve ser preservada justamente para se garantir, dentre outros fatores, preços mais baixos aos consumidores. Logo, de acordo com o artigo 20 da Lei 8.884/94, um ilícito antitruste ligado à prática de preço predatório no Brasil é a adoção injustificada de uma política de preços que tenha por objetivo ou

¹⁶ “Anti-Dumping and Anti-Trust Issues in Free Trade Areas”. Clarendon Press. Oxford (NY) 1997, p. 19.

efeito, ainda que não sejam alcançados, limitar ou prejudicar a livre concorrência e/ou dominar mercado relevante de bens ou serviços.

Cumpra-se notar que a Lei Antitruste Nacional também não admite uma condenação *per se* da prática de preços abaixo do custo. Prova do argumento se encontra na citada Resolução 20/99 do CADE, que orienta que o exame dessa prática requer uma avaliação detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, a fim de não permitir que práticas sazonais normais venham a ser consideradas abusivas. Conforme reconhece o conselheiro-relator do CADE no caso *Labnew vs. Merck*:

“Ressalte-se, todavia, que na definição dada pela Resolução 20, está implícito o reconhecimento que um preço inferior ao custo variável médio é, também, *uma condição necessária, mas não suficiente*, para a existência de um preço predatório. É nítida a existência de um elemento subjetivo no conceito que é ‘... visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista’. Então, está claro, a simples venda por preço abaixo do custo variável não é considerado preço predatório, nos termos da Resolução 20/99 do CADE”¹⁷.

Finalmente, conforme já mencionado, a Resolução 20/CADE recomenda também a análise do **comportamento estratégico** da Representada, avaliando-se as condições objetivas do mercado permitem que uma empresa de fato possa implementar, racionalmente, uma estratégia de preço predatório.

Note-se, portanto, que o CADE segue, no Brasil, a prática das cortes norte-americanas, baseada no chamado *recoupment requirement*, condição essa introduzida na análise pela Suprema Corte americana e definida como a capacidade de uma firma ter uma “perspectiva razoável” ou uma “perigosa probabilidade” de recuperar seu investimento em preços abaixo do custo por meio dos subsequentes lucros de monopólio.

No entanto, conforme visto nesse artigo, existem diversos conceitos de preços predatórios, gerando diferentes tipos de testes. Evidentemente, o teste de preço predatório deve ser desenhado de forma coerente com a definição de prática predatória utilizada (e desejada) pelos órgãos de defesa da concorrência: no limite, para cada definição possível, há um teste diferente.

¹⁷ Voto do conselheiro-relator Mércio Felsky no Processo Administrativo nº 08000.013002/95-97, tendo como representante a Labnew Indústria e Comércio Ltda, de 30/05/2000.

Para avaliar se uma firma tem ou não “propósito legítimo”, o conceito relevante é o desvio do preço relativamente ao que seria ótimo cobrar no caso de maximização de lucros no curto prazo. Esse preço ótimo guarda uma relação com os custos marginais, com a elasticidade da demanda (residual) pelo produto e com o *mix* de produtos da firma. Simples comparações com o custo marginal (ou com outro conceito de custo) são, portanto, equivocadas se a noção de prática predatória é a de “propósito legítimo”.

Se o conceito de predação relevante for a ameaça a rivais igualmente eficientes, deve-se focar a noção de custo que é importante para a decisão de saída do mercado. Uma firma decide sair do mercado considerando os custos evitáveis após a saída (independentemente de serem fixos ou variáveis). Neste caso, uma prática predatória é a fixação de preços abaixo dos custos evitáveis de uma firma igualmente eficiente.

Finalmente, se o conceito apropriado é a capacidade de elevar os preços após a fase de predação, deve-se levar em conta aspectos atinentes à facilidade com que a firma predadora consegue evitar a entrada de novos concorrentes após a expulsão bem sucedida de seus rivais. Naturalmente, a noção de custo relevante para este propósito é o custo total necessário para colocar uma firma eficiente em operação. Existe um preço abaixo do qual uma firma entrante desistirá do investimento (preço limite). Se este preço for suficientemente mais elevado que os preços definidos pelos dois conceitos acima, é lícito supor que uma firma racional poderá tentar eliminar concorrentes para, depois, elevar os preços e prejudicar os consumidores.

6. Referências

Areeda e Turner (1975). “Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act”. *Harvard Law Review*, vol. 88.

Aigner, D. J. C., Lovell, A. K. e Schmidt, P (1977), “Formulation and Estimation of Stochastic Frontier Production Function Models” *Journal of Econometrics* 6: 21-37

Baumol, W. (1979) “Quasi-Permanence of Price Reductions: A Policy for Prevention of Predatory Pricing”, *Yale Law Journal*, vol. 89.

Baumol, W. J. (1996) “Predation and the Logic of Average Variable Cost Test” *Journal of Law and Economics* 39(1): 49-72.

Bolton, P; Broadley, F e Riordan, M (2000). “Predatory Price: Strategic Theory and Legal Policy. Georgetown Law University, 88.

- Brodley, J. e Hay, G. (1981) "Predatory Pricing: Competing Economic Theories and 46 the Evolution of Legal Standards", *Cornell Law Review*, 66.
- Commissioner of Competition vs. Air Canada CT 2001/02.
- Easley, D., Mason, R. e Reynolds, R. (1985) "Preying for time" *Journal of Industrial Economics* 33: 445-60
- Edlin, A (2001) "Stopping above-cost predatory price". *Yale Law Journal*, vol. 111
- Farrel, J. e Shapiro, C. (1990) "Horizontal Mergers: An Equilibrium Analysis" *American Economic Review* 80(1): 107-126.
- Fudenberg, D. e Tirole, J. J. (1986) "A Theory of Exit in Duopoly" *Econometrica* 54: 943-60
- Haslett, T (1995). Predation in Local Cable TV markets. 40, *Antitrust Bulletin*, 609
- Kreps, D. e Wilson R. "Reputation and Imperfect Information" *Journal of Economic Theory* 27: 253-79
- Joskow e Klevorick (1979). "A Framework for Analyzing Predatory Pricing Policy". *Yale Law Journal*, vol. 89.
- Motta, M. (2004). *Competition Policy*. Cambridge University Press.
- McGee, J. (1958) "Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case" *Journal of Law and Economics* 1: 137-69
- Milgrom, P e Roberts, J. (1982a) "Limit Pricing and Entry under Incomplete Information: An Equilibrium Analysis" *Econometrica* 50:443-460
- Milgrom, P. e Roberts, J. (1982b) "Predation, Reputation and Entry Deterrence" *Journal of Economic Theory* 27: 280-312
- Nevo, A. (2001) "Measuring Market Power in the Ready-to-Eat Cereal Industry" *Econometrica* 69(2): 307-42
- Phlips, L (1996) "On Detection of Collusion and Predation" *European Economic Review* 40: 495-510
- Posner, R.A (1976) *Antitrust Law: An Economic Perspective*. University of Chicago Press.
- Ramos, M (2000), "Antitrust and Predation - Reflections on the State of Art", Ministério da Fazenda/SEAE, Documento de Trabalho n° 5.
- Saloner, G (1987) "Predation, Merger and Incomplete Information". *Rand Journal of Economics*, 18.
- Selten, R. (1978) "The Chain Store Paradox" *Theory and Decision* 9: 127-59
- Slade, M. E. (2004) "Market Power and Joint Dominance in the U.K. Brewing" *The Journal of Industrial Economics* 52(1): 133-163.

Spector, D. “Definitions and Criteria of Predatory Pricing”, Working Paper 01-10, Massachusetts Institute of Technology.

Telser, L. G. (1966) “Cutthroat Competition and the Long Purse” *Journal of Law and Economics* 9: 259-77

Williamson, O. (1977) “Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis”, *Yale Law Journal*, 87.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE) E BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN): CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO NO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita

1. Introdução

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central do Brasil (BACEN) enfrentam-se há alguns anos quanto à competência de cada qual na defesa da concorrência no setor bancário nacional.

Busca-se no presente fazer um breve histórico da discussão, apresentando várias teses discutidas ao longo do caminho, bem como analisar a natureza e os efeitos das decisões do CADE, principalmente tendo em vista outras autoridades da Administração Pública.

Ao fim, conclui-se pela competência complementar do CADE quanto aos atos de concentração e concorrente quanto às condutas.

Traz-se também breve notícia das alterações legislativas que podem vir a fixar a competência exclusiva do Conselho quanto a todos os atos e condutas, salvo quanto aqueles atos que possam afetar a higidez do Sistema Financeiro Nacional, ocasião em que a competência será exclusiva do BACEN.

2. Histórico

A história desse embate no Brasil pode ser separada em duas partes: a antes e a depois do parecer da Advocacia-Geral da União nº AGU/LA-01/2001.

2.1. A fase pré-parecer da Advocacia-Geral da União.

O CADE julgou todos os atos de concentração envolvendo instituições financeiras que lhe chegaram à pauta, embora desde o Ato de Concentração nº 87/96, de 1996, envolvendo o Banco Francês e Brasileiro S.A. e Americas Finance Company Limited (Empresa do Banco Itaú S.A.)¹, tenham surgido questionamentos

¹ Embora o processo tenha sido autuado como Ato de Concentração, acabou sendo tratado pelo Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino da FONSECA como Consulta formulada pela Comissão de Valores Mobiliários, a partir de que se iniciou.

sobre a sua competência para analisar tais atos em face do disposto principalmente no art. 18, § 2º, da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que determina competir ao Banco de Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, “coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos desta lei”².

O Conselheiro Relator apreciou o mérito destacando que, a despeito, principalmente, do art. 10, X, “c”, e do art. 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, não exclui a competência do CADE para apreciar atos de concentração envolvendo instituições financeiras, não havendo quaisquer incompatibilidades entre esses diplomas normativos³.

Depois, no Ato de Concentração nº 08012-005424/99-00, envolvendo a DaimlerChrysler Administradora de Consórcios S.C. Ltda., a Starexport Trading S.A. e a CIM Comercial e Importadora Ltda., que se tratava de operação de transferência de controle de uma administradora de consórcio, cuja atividade

² Nesse caso, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) determinou o arquivamento do processo por entender ser órgão incompetente para analisar atos de concentração envolvendo instituições financeiras em virtude da existência de regulação específica, devendo tão-só haver notificação ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) de tais operações, escapando-lhe, porém, a competência para analisar seu mérito. O Conselheiro Relator cancelou o despacho da então Secretária da SDE e colocou em pauta o processo. A Procuradoria do CADE opinou no sentido de que a participação do Conselho na análise de atos envolvendo instituições financeiras dependeria de regulamentação pelo BACEN, já que seria de sua exclusiva alçada regular a matéria. O BACEN foi então instado a manifestar-se duas vezes: na primeira, limitou-se a informar que lhe compete autorizar alterações societárias em instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, podendo o CADE solicitar-lhe informações adicionais a respeito do assunto; na segunda, ficou silente. A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), por sua vez, expediu parecer condicionando a sua apreciação da questão à decisão do CADE sobre sua própria competência para analisar ou não, enfim, atos de concentração envolvendo instituições financeiras.

³ “Adotando, portanto, o entendimento de que os diplomas legais, independentemente de sua posição hierárquica [Lei nº 4.595/64 com ‘status’ de lei complementar e a Lei nº 8.884/94 com de lei ordinária], devem ser vistos num *contexto de integração* e que os órgãos por eles criados *devem exercer todas as funções estabelecidas pela lei que os criou*, não posso fugir à conclusão de que deve *haver uma colaboração estreita* entre todos estes órgãos para que possam exercer plenamente todas as suas competências legais (...) Como conclusão de toda a fundamentação acima exposta, (...) devo responder à consulta, afirmando que o ato de concentração pela CVM deverá ser *submetido à apreciação do CADE*” (AC nº 87/96, voto do Cons. Rel. João Bosco Leopoldino da FONSECA, grifos dele).

depende de autorização do BACEN, de acordo com o art. 33, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 8.177, de 1º de março de 1991, o Conselheiro Relator João Bosco Leopoldino da FONSECA, em decisão datada de 23 de agosto de 2000, entendeu que os dispositivos da Lei nº 4.595/64 que tratam da concorrência foram revogados pela Lei nº 8.884/94⁴.

No Ato de Concentração nº 08012.000765/00-41, que se tratava de uma operação de aumento de participação acionária do BNY International Financing Corporation no capital social do Banco Credibanco S.A., o Conselheiro Relator Thompson ANDRADE esposou o entendimento de que o art. 54, *caput* e § 3º, da Lei nº 8.884/94 não estabeleceu exceções à competência do CADE, que deve, portanto, apreciar toda e qualquer forma de concentração, inclusive as envolvendo instituições financeiras.

A operação de aquisição pelo Banco Santander Central Hispano S.A. de cerca de 94,5% das ações de emissão da Patagon e de cerca de 76,5% dos direitos de participação na Patagon detido por outras empresas, consubstanciada no Ato de Concentração nº 08012.007435/00-02, continuou a “saga” da disputa dos estudiosos sobre a competência do Conselho para julgar casos envolvendo o Sistema Financeiro Nacional.

O Conselheiro Celso Fernandes CAMPILONGO, em voto vista, ressaltou seu entendimento de que não existe hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, existindo, sim, matérias reservadas, no texto constitucional, a uma e outra. Assim, o conteúdo não-financeiro da Lei 4.595/64 não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (CF) como lei complementar, não lhe competindo regular matéria referente ao controle das estruturas do mercado e das condutas anticoncorrenciais⁵.

⁴ “(...) a Lei nº 4.595/64 foi revogada pela Lei nº 8.884/94 no que tange à *concorrência*. Donde se conclui que o BACEN tem competência para análise da presente operação sob o ponto de vista de regulamentação. Mas o CADE a tem sob o aspecto da concorrência. Defendi esta mesma posição no Ato de Concentração nº 87/96 (...) Neste processo (...) *existem duas relações jurídicas* regidas por normas específicas. A primeira se concretiza entre o *poder público* num pólo e *as empresas* no outro. Existe aí uma relação de Direito Administrativo, regida pela *Lei nº 4.595/64*, que atribui ao BACEN o poder regulamentar sobre as empresas. A segunda se configura no contexto concorrencial *entre as empresas*, a ser examinado pelo CADE. Este examina o presente ato sob o ponto de vista da defesa da concorrência, para impedir qualquer lesão à *coletividade*, titular dos direitos regulamentados pela *Lei nº 8.884/94*” (grifos dele).

⁵ O Conselheiro entendeu que “a Ordem Econômica alberga todos os setores da economia e possui como um de seus pilares de sustentação a noção da *defesa da concorrência* (...) É preciso deixar claro, no entanto, que o raciocínio supramencionado não afasta a

2.2 Parecer da Advocacia-Geral da União nº AGU/LA-01/2001, de 7 de fevereiro de 2001

O parecer da Advocacia-Geral da União nº AGU/LA-01/2001, de 7 de fevereiro de 2001, anexo ao parecer GM-020, que teve origem no Processo nº 00001.006908/2000-25 do Ministério da Justiça, consulta sobre conflito positivo de competências entre o BACEN e o CADE para análise de atos de concentração envolvendo instituições financeiras suscitado com base em pareceres da Procuradoria-Geral do BACEN, da Procuradoria do CADE e da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, além de estudo intitulado “Defesa da Concorrência e Regulação: o Caso do Setor Bancário”, de Gesner OLIVEIRA e Carlos Jacques Vieira GOMES, procurou solucionar a questão.

O parecer da AGU resumiu as posições defendidas por cada um⁶ e concluiu pela competência exclusiva do BACEN para “analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis”.

tarefa regulatória do BACEN em torno, inclusive, de aspectos concorrenciais. Explico. A regulação do setor financeiro no sentido de produção de regras programáticas, gerais e abstratas, que veiculem aspectos concorrenciais tendo em vista questões técnicas do setor financeiro e em busca da proteção da poupança popular, é perfeitamente possível. Mais: *não há incompatibilidade alguma entre essa regulação e as funções de adjudicação da matéria concorrencial pelo CADE. Ao contrário, são mecanismos perfeitamente harmoniosos e complementares (...)* Quanto à competência do Banco Central para autorização das instituições financeiras ‘a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas’ (art. 10, inc. X, ‘c’ da Lei nº 4.595/64), tem-se que não pode ser confundida com a competência do CADE de apreciar tais atos, com fundamento no art. 54 da Lei nº 8.884/94, posteriormente à aprovação pelo BACEN, e de proceder, conforme o caso, à sua aprovação com ou sem restrições ou à sua desconstituição” (grifos dele).

⁶ A Procuradoria-Geral do BACEN entendeu que a competência é exclusiva do BACEN, pois a Lei nº 4.595/64 é lei complementar e, além disso, lei específica em relação à Lei nº 8.884/94, lei ordinária geral. Já a Consultoria do Ministério da Justiça e a Procuradoria do CADE, com base no estudo *supra* referido, entenderam que as competências do BACEN e do CADE quanto à análise dos atos de concentração (caráter preventivo) são complementares, enquanto que a das condutas (caráter repressivo) é exclusiva do CADE, com base no entendimento de que cabe ao BACEN autorizar previamente atos de concentração e instruir os processos administrativos envolvendo tais atos e condutas infrativas à ordem econômica, competindo ao CADE, a seu turno, funcionar como tribunal administrativo e julgar definitivamente esses processos.

Aprovado pelo Presidente da República, esse parecer tem caráter vinculante aos órgãos da Administração Federal, nos termos do art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Sendo o CADE uma autarquia, embora de regime especial, integra, nos termos do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, a Administração Indireta federal. Estaria ele, então, sujeito a esse parecer?

2.3 Caso *Finasa Seguradora*

O Ato de Concentração nº 08012.006762/2000-09 (Caso *Finasa Seguradora*) tornou-se um marco desta atribulada discussão na jurisprudência do CADE, pois foi o primeiro ato de concentração envolvendo sujeitos regulados pelo BACEN julgado após o parecer vinculante da AGU.

A Conselheira Relatora Hebe Teixeira ROMANO entendeu estar o CADE vinculado ao parecer da AGU aprovado pelo Presidente da República, cabendo, portanto, ao BACEN analisar os atos de concentração do setor financeiro⁷, no que foi seguida pelo Conselheiro Presidente João Grandino RODAS.

Não foi, contudo, a posição adotada pela maioria, que considerou ser o CADE o órgão competente para analisar atos de concentração e condutas no âmbito do sistema financeiro nacional. Decidiu-se não estar o Conselho vinculado ao parecer da AGU quanto a suas atividades-fim, ou seja, de adjudicação, mas somente quanto a suas atividades-meio.

O Conselheiro Celso Fernandes CAMPILONGO, abrindo voto divergente do da Relatora, destacou que não há hierarquia entre lei complementar e lei ordinária, havendo, sim, matérias reservadas à primeira por exigência constitucional; não vislumbrou conflito real de competências entre o CADE e o BACEN, entendendo ambos terem competências complementares para analisar atos de concentração, não sobrevivendo também o argumento defendido pela Procuradoria do BACEN de que a Lei nº 4.595/64 seja específica em relação à Lei nº

⁷ Ela entendeu que “(...) nestes específicos casos, deve o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica remeter, imediatamente, àquela Autarquia [BACEN] este Ato e todos os que estejam em apreciação no âmbito deste Conselho, orientando o Senhor Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça que proceda, de igual modo, em relação aos feitos que ainda estejam sob análise daquela Pasta, bem assim que, de agora por diante, oriente aos Representantes Legais das Instituições que àquela Secretaria dirijam peças na forma das disposições da Lei nº 8.884/94 que o façam diretamente na Autarquia – Banco Central do Brasil, em estrita observância à conclusão acima transcrita”.

8.884/94, pois que se poderia argumentar que a Lei da Concorrência é específica no que tange a defesa da concorrência em relação àquela.

O Conselheiro estabeleceu a distinção entre controle prudencial, ou regulação, que deve ser exercida pelo órgão regulador, o BACEN, e o controle posterior, adjudicatório, pelo CADE.

O Conselheiro Roberto PFEIFFER, por sua vez, asseverou que a “norma do art. 15 da Lei nº 8.884/94 estabelece de forma clara, sem conferir imunidade nenhum setor da economia, a atribuição do CADE em efetivar a análise de atos de concentração de entes privados (...) Igualmente, ao referir-se às condutas que tipificam infração à ordem econômica, a Lei nº 8.884/94, em seus artigos 20 e 21 não estabeleceu nenhuma exceção em relação aos sujeitos vinculados a tais normas”.

2.4 Situação após o Caso Finasa Seguradora até os dias atuais

O entendimento do CADE, entretanto, não importou em efetividade.

Na prática, a maioria das operações envolvendo instituições financeiras não vêm sendo apresentadas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), restando à margem de uma análise concorrencial.

Além disso, a Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda, órgãos da Administração Direta cuja função é instruir os processos que chegam ao Conselho, consideram-se vinculadas ao parecer da AGU, declinando de sua competência, dificultando a análise dos casos, já que o CADE acaba por ficar alijado de seus braços probatórios.

É o que se verifica, por exemplo, no Ato de Concentração nº 08012.005581/2002-19, Caso Mellon Bank, em que se analisou operação de criação de uma *joint venture* de prestação de serviços de custódia global entre o Mellon Bank N.A. e o ABN AMRO Bank N.V.

Aí, a SDE e a SEAE recusaram-se a se manifestar, posição reforçada pelo parecer do Ministério Público Federal (MPF), restando ao Conselho tentar instruir canhestamente o processo.

O Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme PRADO chegou a sugerir que fosse implementada uma maior cooperação entre o CADE e o BACEN, cabendo a esta autarquia ajudar na instrução dos processos administrativos (num sentido amplo) envolvendo instituições financeiras, sendo de seu entendimento “que compete ao CADE tratar de questões concorrenciais, em cooperação e de forma concorrente com o BACEN, exceto nos casos em que, por razões de

risco sistêmico argüido pelas autoridades monetárias, seja necessária uma rápida e pronta intervenção do BACEN”, seguindo, no mais, a jurisprudência do Conselho firmada pelo Caso Finasa Seguradora.

O Conselheiro Ricardo Villas Bôas CUEVA, em voto vista, reconheceu a não efetividade da posição do Conselho quanto à matéria, entendendo, inclusive, como “erro escusável, excludente de punibilidade no que tange aos atos de concentração”, qualquer apresentação intempestiva ao SBDC.

Por fim, caso recente, julgado em janeiro de 2005 – Ato de Concentração nº 08012.002617/2004-74 –, que se tratava de uma fusão mundial entre a Bank One Corporation e a J.P. Morgan Chase & Co., apenas reafirmou a competência do CADE para julgar atos de concentração envolvendo instituições financeiras, não tendo havido aí, novamente, qualquer instrução por parte da SDE e da SEAE.

3. Conflito de competência entre o CADE e o BACEN

Afinal, após quase 10 anos de discussões, a quem compete analisar e julgar atos de concentração e condutas envolvendo instituições financeiras?

Seguem algumas questões sobre o conflito, muitas delas já analisadas no parecer da AGU e no Caso Finasa Seguradora.

3.1 A Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e o parecer da AGU

Da disputa entre o BACEN e o CADE, acabou surgindo processo junto à Advocacia-Geral da União, do qual emanou o parecer nº AGU/LA-01/2001, de 7 de fevereiro de 2001, anexo ao parecer nº GM-020 de 5 de abril de 2001, aprovado no mesmo dia pelo Presidente da República para os efeitos do art. 41 combinado com o art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 (LC nº 73/93)⁸, que instituiu a lei orgânica da Advocacia-Geral da União, concretizando o comando do art. 131 da CF.

⁸ Tal é a redação desses dispositivos: “Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. (...) Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República”.

À Advocacia-Geral da União cabe, nos termos constitucionais, “atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.

Nesse âmbito, o parecer da AGU aprovado pelo Presidente da República foi uma forma encontrada de dar fim ao conflito positivo de competências entre o CADE e o BACEN.

Logrou êxito, na prática, posto que a SDE e a SEAE declararam-se vinculadas a ele e, portanto, incompetentes para desenvolverem suas funções instrutórias, embora o CADE tenha se declarado vinculado apenas quanto a suas atividades-meio, procedimentais, não quanto a suas atividades-fim.

Porém, há, aí, duas questões: i) é constitucional esse § 1º do art. 40 e o art. 41 da LC nº 73/93; e ii) pode o CADE eximir-se de sua observância, declarando, inclusive, a sua inconstitucionalidade?

Parece-nos ser inconstitucionais esses dispositivos por extrapolarem o seu âmbito material. Ao concretizar o comando do art. 131 da CF, a LC nº 73/93 só poderia cuidar de matéria atinente ao funcionamento e pormenores da AGU, e não inserir cláusulas de interpretação de normas e de vinculação de toda a Administração indiscriminadamente.

Estar-se-ia, por esse modo, inserindo um mecanismo oblíquo de controle de toda a máquina pública pelo Presidente da República, quando, na realidade, tal não pode dar-se com tamanha extensão e profundidade, em flagrante burla ao espírito e, por vezes, à letra da lei.

Existem órgãos da Administração Pública, notadamente autarquias de regime especial, dotadas de elevado grau de autonomia, cujas decisões não podem ser revistas no âmbito administrativo por qualquer “superior” hierárquico, como é o caso do próprio CADE, conforme expressamente consignado no art. 50 da Lei nº 8.884/94⁹.

Isso vale também para as assim denominadas “agências reguladoras”, elas também autarquias de regime especial; se assim não o fosse, seria total desperdício de recursos humanos e financeiros instituir tais entidades, pretensamente mais independentes e técnicas, se suas decisões ficassem comprometidas ou condicionadas por um parecer da AGU assinado pelo Presidente da República.

Dessa forma, pode-se dizer que os arts. 40 e 41 da LC nº 73/93 são, nos seus termos, inconstitucionais. Pode-se, porém, conferir-lhes “interpretação

⁹ “Art. 50. As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se, de imediato, sua execução e comunicando-se, em seguida, ao Ministério Público, para as demais medidas legais cabíveis no âmbito de suas atribuições”.

conforme” à Constituição, para atribuir-lhes o sentido de vinculação somente dos órgãos que compõem a AGU ou daqueles somente da Administração Direta, ou, então, como o CADE entendeu, quanto às atividades-meio. No máximo, podem ser entendidos como norma geral cuja aplicação deve ser analisada no caso concreto.

Mas poderia o CADE recusar-se a dar cumprimento a esse parecer?

Entendemos que poderia fazê-lo com base no art. 50 da Lei nº 8.884/94, tanto mais quando paira severas dúvidas quanto à abrangência da aplicação desse parecer.

Contudo, não poderia alegar inconstitucionalidade do disposto na LC nº 73/93, já que o controle de constitucionalidade só cabe ao Poder Legislativo quando da elaboração das leis, ao Chefe do Poder Executivo através do veto e ao Poder Judiciário, nas modalidades concentrada e difusa. Somente a CF ou a lei (em princípio) poderia atribuir ao CADE o poder de analisar incidentalmente a constitucionalidade de uma lei¹⁰.

3.2 *Lei complementar e lei ordinária*

O art. 192 da CF trazia extensa redação reservando à lei complementar a regulação do sistema financeiro nacional, enumerando, inclusive, algumas matérias que dela deveriam constar.

A Emenda Constitucional nº 40, de 29 de maio de 2003, revogou todos os incisos, alíneas e parágrafos, deixando um singelo “caput” conferindo a leis complementares, no plural, a atribuição de regular o sistema financeiro nacional¹¹. Ou seja, não alterou muita coisa na realidade.

Discussão travada no Caso Finasa Seguradora e no parecer da AGU disse respeito a suposta superioridade da lei complementar sobre a lei ordinária: argumentou-se que a Lei nº 4.595/64 seria superior à Lei nº 8.884/94, derrogando-a

¹⁰ O mesmo argumento não poderia ser alegado em relação à SDE e à SEAE, órgãos da Administração Direta e sujeitos a uma estrutura hierárquica em que, no topo, encontra-se o Presidente da República, isso se se considerar constitucional e legal o arts. 40 e 41 da LC nº 73/93 e considerar-lhes aplicável fora da estrutura da AGU.

¹¹ “Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram”.

e, assim, conferindo ao BACEN a competência exclusiva para analisar atos de concentração e condutas anticoncorrenciais no setor financeiro.

Existe doutrina já ultrapassada que afirma ser a lei complementar superior à lei ordinária; tal não subsiste. Conforme leciona José Afonso da SILVA, não existe hierarquia entre essas leis, mas, sim, matérias reservadas, por expressa disposição constitucional, à lei complementar. São assim leis complementares, de quorum privilegiado, não pelo simples quorum em si, mas porque a CF determina que sejam matérias por esse modo reguladas¹².

Se a matéria não for daquelas reservadas à lei complementar, é materialmente ordinária, tendo esse *status* mesmo que se edite lei complementar para regulá-la, podendo, inclusive, ser alterada por lei ordinária posterior.

Relacionado a esse debate, houve outra discussão: os dispositivos da Lei nº 4.595/64 que tratam da regulação dos aspectos concorrenciais do setor financeiro são materialmente ordinários e teriam então sido revogados pela Lei nº 8.884/94, que trata da mesma matéria e é posterior?

Entendemos que a resposta seja negativa: os dispositivos “concorrenciais” da Lei nº 4.595/64 regula os aspectos “prudenciais”, apriorísticos, do setor financeiro. Referem-se a aspectos regulatórios, atuando o BACEN como órgão regulador, embora não dotado do alto grau de autonomia das autarquias de regime especial. Já a Lei nº 8.884/94 regula a concorrência num momento posterior, de julgamento, tendo em vista a defesa da concorrência como direito subjetivo da coletividade.

São, portanto, compatíveis as duas leis, não havendo de se falar em derrogação ou revogação das normas concorrenciais da Lei nº 4.595/64 pela Lei nº 8.884/94.

Sustentar que apenas leis complementares devem reger o sistema financeiro nacional é, no mínimo, temerário, pois estar-se-ia defendendo a necessidade de toda uma legislação complementar estritamente financeira, isto é, um código de processo financeiro, um código de defesa do consumidor das instituições financeiras, uma justiça financeira, enfim, um mundo jurídico destacado do sistema jurídico brasileiro, com regras próprias, alheio até, no limite, do resto da Constituição Federal.

¹² O autor entende assim quanto àquelas matérias cuja regulamentação é privativa de lei complementar, entendendo, no entanto, haver hierarquia quando uma lei complementar é lei geral, fundamento de leis ordinárias e atos normativos, como o é, por exemplo, o Código Tributário Nacional (conferir *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6ª edição, pp 246-250).

Claro, o art. 192, na nova redação, remete a leis complementares para regular o sistema financeiro nacional, mas ele não existe sozinho no ordenamento; pelo contrário, está no “Título VII – Da ordem econômica e financeira”, sendo regido pelos princípios da ordem econômica enumerados no art. 170, dentre os quais encontra-se a livre concorrência¹³.

3.3 Derrogação de lei geral por lei específica

O parecer da AGU trouxe um segundo argumento para sustentar a competência exclusiva do BACEN, qual seja, a de que a Lei nº 4.565/64 é lei específica em relação à Lei nº 8.884/94, competindo a ela dispor sobre as condições de concorrência entre instituições financeiras e, por conseguinte, ao BACEN analisar os atos e condutas concorrenciais do setor.

Essa regra aplica-se quando há antinomia aparente de normas e está expressamente prevista no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução do Código Civil – LICC): “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”.

O Conselheiro CAMPILONGO, entretanto, pôs a seguinte indagação: por que seria a Lei nº 4.595/64 específica só porque regula o sistema financeiro? Pode-se dizer, por outro lado, que a Lei nº 8.884/94 é específica em relação àquela no que concerne à defesa da concorrência, aplicando-se, portanto, inclusive, ao sistema financeiro.

3.4 Imunidades ou isenções concorrenciais implícitas

Imunidades, determinadas pela CF, ou isenções concorrenciais, por lei infraconstitucional, são hipóteses de não incidência ou derrogação da Lei nº 8.884/94 a determinadas pessoas ou situações ou a certos setores.

¹³ Arnoldo Wald, entretanto, dentre outros, entende que só a Lei nº 4.595/64, lei recepcionada como lei complementar, regula a concorrência no sistema financeiro nacional, já que a Lei nº 8.884/94 é ordinária, além daquela ser específica em relação a esta (“O Banco Central, a defesa da livre concorrência e a proteção dos consumidores nas operações financeiras”, Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 10, out./dez. de 2000, pp. 18-9).

Se explícitas, não contrariando a CF, não há maiores discussões. Não existe, porém, tal modalidade no ordenamento jurídico brasileiro¹⁴.

Costuma surgir polêmica quanto a ditas “imunidades implícitas” no que tange especialmente a setores regulados, em que, via de regra, existem órgãos reguladores e as condições de mercado são no todo ou em parte definidas ou limitadas por uma autoridade pública, como é o caso do setor financeiro.

Assim, o setor financeiro, por possuir legislação específica (vide item 3.3), estaria isento da aplicação da Lei nº 8.884/94 pelo CADE; seria da alçada do BACEN regular e fiscalizar as condições de concorrência entre as instituições financeiras com base nas “disposições genéricas” da Lei nº 4.595/64, segundo parecer da AGU.

O Conselho não reconheceu tal argumentação no Caso Finasa Seguradora, nem a doutrina tende a fazê-lo.

Dois teses que costumam surgir no diapasão das imunidades implícitas são a *State Action Doctrine* e a *Pervasive Power Doctrine*, importadas da jurisprudência norte-americana, tendo o CADE considerado, algumas vezes, aplicar-se a setores regulados uma versão da primeira¹⁵.

3.5 A Lei nº 9.447, de 14 de março de 1997

Argumento utilizado em prol da competência exclusiva do BACEN para analisar atos de concentração é a faculdade conferida à autoridade monetária de, “visando assegurar a normalidade da economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores, sem prejuízo da pos-

¹⁴ Segundo Calixto SALOMÃO FILHO, existe no ordenamento jurídico brasileiro uma única exceção, uma única imunidade à aplicação dos princípios concorrenciais: a hipótese do planejamento econômico impositivo prevista no artigo 174 da Constituição Federal: “note-se que para que a imunidade ocorra não basta uma situação jurídico-formal. É necessário, portanto, que haja definição de metas e que órgãos governamentais, empresas estatais e de economia mista ajam ao estrito cumprimento dessas metas” (“Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro”, in Celso Fernandes CAMPILONGO et al. (org.), *Concorrência e regulação no setor financeiro*, p. 134).

¹⁵ Há, no direito norte-americano, basicamente duas doutrinas, com fundamento na jurisprudência, sobre o relacionamento das autoridades concorrenciais e os órgãos reguladores (“agências”): a *State Action Doctrine* e a *Pervasive Power Doctrine*. A primeira surgiu dos confrontos de competência entre agências reguladoras estaduais e a agência antitruste, federal, nos EUA. Essa doutrina estabelece dois critérios ou requisitos cumulativos para que haja a isenção da regulação de dado setor em relação às normas

terior adoção dos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária”, determinar a transferência de controle acionário (art. 5º, II) e a reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão (art. 5º, III). Foi uma das teses formuladas pela Procuradoria-Geral da autarquia e pela AGU.

Podem ser tecidas três considerações a esse respeito: i) a Lei nº 9.447/97 remete a uma hipótese de risco sistêmico, e, portanto, excepcional. Não se pode pretender criar uma regra a partir da exceção; ii) ainda que um ato de concentração se dê por iniciativa do BACEN em virtude de risco sistêmico, nada impede que a operação seja submetida, posteriormente, ao crivo do CADE. Não se pode usar o “risco sistêmico” como desculpa a toda e qualquer concentração bancária; iii) essa lei é formalmente inconstitucional, pois é lei ordinária regulando matéria reservada pela CF à lei complementar.

4. Concorrência e regulação no setor financeiro

Concorrência e regulação não se excluem, embora haja sempre uma tensão entre o setor regulado e seu órgão regulador e a autoridade concorrencial.

Sempre surge debate quanto a imunidades do setor regulado ou competência exclusiva do órgão regulador para normatizar, fiscalizar e sancionar aspectos concorrenciais, de um lado, e o tribunal concorrencial, de outro, que busca concretizar o mandamento constitucional e infraconstitucional de defesa da concorrência e a sua competência de julgar todas as pessoas, sem exceção.

Não é diferente no que concerne ao sistema financeiro nacional: o BACEN entende ser de sua exclusiva competência a análise de atos de concentração e condutas potencialmente anticoncorrenciais, enquanto o CADE enten-

concorrenciais: i) que os atos normativos ou as decisões do órgão regulador substitua expressa e claramente a concorrência pela regulação e ii) que haja supervisão ativa e constante das obrigações impostas pela agência. A segunda doutrina surgiu para determinar se e quando há isenção antitruste quando existe uma agência federal regulando um mercado. Consoante a *Pervasive Power Doctrine*, o poder da agência deve ser amplo o suficiente para afastar a competência de qualquer outro órgão e aplicar-se-ia quando: i) o poder do órgão regulador fosse extenso o suficiente para substituir a concorrência pela regulação ou ii) o poder da agência seja profundo o suficiente, isto é, sua competência já abranja a de aplicar diretamente a lei concorrencial (a lei criadora da agência tem de conferir-lhe poder de aplicar a lei antitruste). Calixto SALOMÃO FILHO explica bem as origens e desenvolvimento, bem como sua eventual aplicação no direito brasileiro (ver *Direito Concorrencial – As estruturas*, 2ª ed., pp. 209-233).

de ser de competência complementar a análise de atos de concentração e exclusiva a de julgar condutas.

4.1 Conselho Monetário Nacional (CMN) e BACEN: regulação do sistema financeiro nacional

O CMN é o órgão superior do Sistema Financeiro Nacional, composto pelo Ministro da Fazenda, na qualidade de Presidente, pelo Ministro do Planejamento e do Orçamento e pelo Presidente do BACEN (art. 2º do Regimento Interno do CMN, anexo ao Decreto nº 1.307, de 9 de novembro de 1994). Reúne-se ordinariamente uma vez por mês ou extraordinariamente por convocação do seu Presidente (art. 13 do Regimento Interno), sendo as decisões normativas adotadas mediante resoluções assinadas pelo Presidente do BACEN, veiculadas pelo Sistema de Informações Banco Central (SISBACEN) e publicadas no Diário Oficial da União (DOU) (art. 30 do Regimento Interno).

Nos termos da Lei nº 4.595/64, compete ao Conselho Monetário Nacional (CMN), segundo diretrizes estabelecidas pelo Presidente da República, “regular a constituição, funcionamento e fiscalização dos que exercerem atividades subordinadas a esta Lei, bem como a aplicação das penalidades previstas” (art. 4º, VIII).

Já ao BACEN cabe “cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional” (art. 9º), sendo de sua competência privativa, dentre outros: i) conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam ser transformadas, fundidas ou encampadas (art. 10, X, “c”) e alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário (art. 10, X, “g”), podendo ainda, com base nas normas emitidas pelo CMN, “inserir as cláusulas que reputar convenientes para o interesse público” (consoante art. 10, § 1º); e ii) exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas (art. 10, IX).

O art. 18, § 2º, determina que “[o] Banco Central do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena (vetado) *nos termos desta Lei*” (grifo nosso), cominando a pena de “multa pecuniária variável” (art. 44, II), aplicada até 200 vezes o valor do salário mínimo, sempre que as instituições financeiras, por negligência ou dolo (art. 44, § 2º), cometerem abusos de concorrência (art. 44, § 2º, “b”, parte final).

Assim, cabe ao CMN regular o setor financeiro e ao BACEN executar as normas daquele e exercer as funções de fiscalização e punição. Pode-se dizer que, em conjunto, fazem as vezes de “órgão” de regulação do sistema

financeiro nacional; ao invés de existir um único órgão com todas as atribuições, existem dois, um órgão de formação temporária (o CMN) e uma autarquia (o BACEN) dotada de baixa autonomia.

4.2 Da natureza e efeitos das decisões do CADE em relação ao BACEN

Como visto, as decisões normativas do CMN traduzem-se em resoluções implantadas pelo BACEN, a quem cabe fiscalizar sua execução e sancionar as transgressões.

E dentre as funções do BACEN, como inclusive assinalado no Caso Finasa Seguradora e no parecer da AGU, é regular as condições de concorrência no setor e também punir abusos de concorrência, mas nos termos e limites da Lei nº 4.595/64.

Quanto às estruturas, compete-lhe autorizar, previamente, operações que envolvam transformação, fusão, encampação ou alteração de controle acionário.

Logo, indaga-se, em relação a esse sistema, qual deve ser a extensão e alcance das decisões do CADE na medida em que resvalem na competência do BACEN.

Na análise que se segue, desconsidera-se, para fins doutrinários, o parecer da AGU e seu caráter vinculante, discutidos *supra*.

4.2.1 Das decisões do CADE quanto às estruturas

Se o CMN e o BACEN têm a função de agentes reguladores, o CADE tem natureza de tribunal administrativo (art. 3º da Lei nº 8.884/94) e suas decisões “quase judiciais” têm efeitos condenatórios e mandamentais, fazendo, pode-se dizer, “coisa julgada” no âmbito administrativo, não podendo ser modificadas mais aí (conforme art. 50 da Lei nº 8.884/94). Aliás, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou recentemente entendimento de que as decisões do CADE têm natureza administrativa judicial no julgamento do REsp 590.960/DF¹⁶.

¹⁶ Cujá ementa é: “PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO. LEI 8.884/94. DECISÃO PLENÁRIA DO CADE. IMPOSIÇÃO DE MULTA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO. NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE GARANTIA. RECURSO ESPECIAL. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE. 1. “A nova lei antitruste, no art. 60, dispõe que a decisão do CADE continua tendo duplo conteúdo: cominação de multa e imposição de obrigação de fazer ou não fazer. A novidade consiste na atribuição de natureza de título executivo extrajudicial

Antes de tudo, deve-se atentar para o fato de que a competência quanto à estruturas entre o BACEN e o CADE é complementar, cabendo àquele autorizar previamente os atos de concentração e a este analisá-los e aprová-los (com ou sem restrições)¹⁷, quando só então terá eficácia “*ex tunc*”. Se o ato for rejeitado pelo CADE e dele já tiverem advindo efeitos perante terceiros, o Plenário “determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades *ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica*, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros” (art. 54, § 9º, da Lei nº 8.884/94, grifo nosso)¹⁸.

à decisão do CADE. No sistema adotado pelo Código de Processo Civil de 1973, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, toda execução terá por base um título executivo que poderá ser de origem judicial ou extrajudicial. No inciso VII do art. 585 do Código de Processo Civil, está estabelecido que são títulos executivos extrajudiciais, além dos enumerados nos incisos anteriores, ‘todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva’. Assim, a disposição do art. 60 da Lei nº 8.884, de 1994, está em consonância com a lei que disciplina o processo comum. (...) A decisão proferida pelo CADE tem, portanto, no dizer de HELY LOPES MEIRELLES, uma natureza administrativa, mas também jurisdicional, até porque a nova lei antitruste, no art. 3º, como já salientado, conceitua o CADE como um ‘órgão judicante’. Não resta dúvida que as decisões do CADE, pela peculiaridade de versarem sobre matéria especificamente complexa, que requer um órgão especializado, apresentam natureza bastante similar a uma decisão judicial. E o legislador quis exatamente atribuir a essa decisão uma natureza especificamente judicial, posto que de origem administrativa.” (João Bosco Leopoldino da Fonseca. Lei de Proteção da Concorrência. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2001, p. 312/313) (...) 3. O Plenário do E. STF indeferiu medida cautelar na ADIn 1094-8/DF, na qual se questiona a constitucionalidade, dentre outros, do art. 65 da Lei 8.884/94, concluindo pela improcedência de alegação de lesão à garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário. 4. O art. 60 da Lei 8.884/94 dispõe inequivocamente que as decisões plenárias do CADE, quer impondo multas, quer estabelecendo obrigações de fazer ou de não fazer, constituem título executivo extrajudicial(...)” (Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, publicado no DJ de 21/03/2005, p. 234).

¹⁷ Aliás, se o BACEN rejeitar um ato de concentração, este nem chegará ao CADE, pois a autorização pela autoridade monetária é condição necessária e indispensável para que chegue ao julgamento pelo tribunal da concorrência. O CADE não pode aprovar ato sem aprovação prévia pelo BACEN, pois esta não é sua função dentro da estrutura jurídica desse mercado, não sendo também órgão regulador.

¹⁸ “Chegamos à conclusão, desde já, que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, possui competência para a análise de atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional. Toda vez que uma transferência de controle acionário redundar em um ato de

Em outras palavras, a autorização da operação pelo BACEN é condição necessária e essencial, mas não definitiva, para que, numa fase subsequente, chegue à apreciação do CADE, que, por sua vez, poderá rejeitá-la ou aprová-la, dentro dos limites da legislação antitruste. A autorização prévia pelo órgão monetário não vincula o tribunal concorrencial, mesmo porque o CADE é o único ente competente para zelar na seara administrativa pela aplicação específica da Lei nº 8.884/94, conforme os procedimentos estabelecidos nela.

Desse modo, é como se houvesse dois “filtros” para uma operação ser aprovada: o do BACEN e, a seguir, superado o primeiro, o do CADE, um independente do outro.

O problema é que o ordenamento não estabelece um relacionamento entre o CADE e o BACEN, gerando entendimentos dissonantes.

O BACEN entende ser o único órgão competente para supervisionar o sistema financeiro em todos os seus aspectos, enquanto o CADE entende-se competente para defender a concorrência mesmo nesse setor, com a ressalva de que, nos segmentos regulados (ao menos no concernente a “serviços públicos”, idéia que pode ser transportada para aqui), as “condições para aprovação” constantes de suas decisões traduzem-se em meras recomendações para que o órgão regulador adote-as, como se vê no Ato de Concentração nº 08012.002455/2002-11, voto do Conselheiro Roberto PFEIFFER¹⁹.

concentração, duplo exame será necessário: a transação deverá necessariamente e em primeiro lugar, passar pelo crivo do Banco Central e, numa segunda etapa, do CADE, buscando obter aprovação destas autoridades. [...] Logo, sob a atual conjuntura normativa, nosso modelo é o de competência compartilhada: questões técnico-econômicas ficam a cargo do BACEN, e as concorrenciais, sob responsabilidade do CADE” (Paulo Zupo MAZZUCATO, “Do conflito de competência na análise de atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional”, Revista do Ibrac, vol. 8, nº 2, pp. 22-3).

¹⁹ Como vê-se no seguinte excerto do voto proferido pelo Conselheiro Roberto Augusto Castellanos PFEIFFER: “(...) Cabe, agora, analisar se elas [sugestões] devem ser adotadas como recomendações ao órgão concedente ou como determinações impostas como condição para a aprovação do Ato de Concentração. Nesse contexto, cumpre inicialmente mencionar a decisão pioneira do Conselheiro Mércio Felsky, no Ato de Concentração nº 08000.021006/97-65, requerentes Gas Natural SDG S.A., Ementhal Participações e Empreendimentos Ltda., Borgogna Participações e Empreendimentos Ltda. Conforme se definiu à época, sob referendo unânime do Plenário do CADE, é prerrogativa do Poder concedente avaliar a conveniência e oportunidade da adoção das medidas propostas pelo SBDC nos atos de concentração que envolvam apreciação de contrato de concessão de serviço público [como o é o de distribuição local de gás canalizado]. Assim, ressaltou-se que não cabe a este Conselho determinar modificações nos contratos de

Ainda que se tomasse essa posição do CADE como correta, não se aplica ao sistema financeiro, pois o BACEN não celebra contratos com os agentes econômicos no exercício de suas atribuições regulatórias, apenas autoriza ou rejeita operações que ocasionam mudanças na estrutura do mercado ou dos próprios agentes.

Qualquer alteração estrutural do setor financeiro deve passar necessariamente pelo crivo do BACEN, mas só se completa e tem eficácia com o aval do CADE (art. 54, § 7º, da Lei nº 8.884/94).

concessão, uma vez que na prestação de serviços públicos, incumbe ao Estado constituído deliberar livremente quanto à estrutura do mercado a teor do art. 175 da Constituição. (...) Nunca é demais lembrar que, não obstante a norma do art. 175 e, no caso em questão, do art. 25, § 2º, também da Constituição Federal, prevê a livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico como normas a serem obedecidas (art. 170, IV, e art. 173, § 4º). Neste contexto, a liberdade do Poder Público em estabelecer a concessão de serviço público (no caso em análise pertencente aos Estados Federados, por força do já citado art. 25, § 2º, da CF) não pode ser tida como absoluta, devendo ser preservada, sempre que possível, a livre concorrência. Porém, é de ser ponderada a questão do pacto federativo, o qual impede que o SBDC imponha a inobservância de normas municipais ou estaduais do mesmo modo que pode proceder quando se tratar da Administração Pública ligada ao Poder Executivo Federal. Nesses casos, cabe aos órgãos Antitruste tão somente solicitar medidas dos entes federados para a adequação da norma à legislação concorrencial, que uma vez não observadas, podem ser objeto de representação do CADE junto ao Ministério Público a fim de resguardar a ordem econômica. Assim, creio que a solução ideal seja a de expedir uma recomendação ao poder concedente para que adote as providências listadas pela ANP e SEAE”. Na verdade, de uma leitura mais profunda deste voto, percebe-se que o Conselheiro defende que o CADE tem o poder de ordenar o cumprimento de suas decisões às autoridades federais, entendendo ele apenas que o Conselho não tem o mesmo poder em relação aos outros entes federativos. Entretanto, os casos que se seguiram não entraram nessas minúcias, limitando-se a peremptoriamente afirmar, como no AC nº 08012.003971/2001-73 (Gás Natural São Paulo Sul S.A.), que “(...) dada a competência estadual para explorar os serviços locais de gás canalizado, e sendo estes serviços públicos, a sua regulamentação pelo Estado de São Paulo não pode ser objeto de revisão por este Conselho [CADE]. O Estado da Federação, por determinação constitucional, dispõe de um poder tão amplo e extenso que é capaz de determinar o padrão concorrencial. Dessa forma, é plenamente possível, sob o ponto de vista estritamente legal, a criação de verdadeiros ‘monopólios’ de produção e prestação de serviço. Em contrapartida, é necessária a substituição do autocontrole do mercado pelo sistema regulamentar, que deve passar a estabelecer as variáveis relevantes a serem controladas, devendo ser inclusive objeto de fiscalização constante pelo poder concedente” (voto do Conselheiro Cleveland Prates TEIXEIRA). O Conselho tem aplicado, então, uma forma da *State Action Doctrine* quando se trata de serviços públicos.

Mesmo a possibilidade que a Lei 4.595/64 abre ao BACEN de exigir a inclusão de cláusulas que julgar de interesse público a fim de aprovar dada operação (art. 10, § 1º) não contradiz o que afirmamos, posto que tais cláusulas inserem-se em contratos firmados entre *terceiros*, e não com a autoridade monetária, o órgão regulador, como costuma ocorrer, por exemplo, com os serviços públicos, geralmente realizados sob regime contratual com terceiros. A inserção de tais cláusulas, nesse contexto, é condição de autorização, mas continua a não obrigar o tribunal concorrencial.

Pode ocorrer de o CADE, porém, entender que alguma ou todas essas cláusulas, ou alguns de seus aspectos, sejam anticoncorrenciais, hipótese em que sua decisão, nos seus termos, deverá ser cumprida pelos agentes econômicos e tolerada pelo BACEN.

Assim, por exemplo, se uma aquisição de banco, autorizada pelo BACEN, for aprovada com restrições pelo Plenário do CADE, essas devem ser implementadas pelos agentes econômicos em questão, não restando nada a ser feito ou avaliado pela autoridade monetária. O art. 50 da Lei 8.884/94 suporta esse entendimento, haja vista determinar que as decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, devendo, desde logo, serem executadas.

4.2.1.1 Dos casos de risco sistêmico

Nos casos de risco sistêmico, é imperativa a atuação célere da autoridade monetária que tem o poder de, sendo necessário, promover as alterações societárias necessárias, inclusive atos de concentração.

Entendemos que mesmo nesses casos, o CADE deveria ser ouvido, analisar o ato. Seria necessário, certamente, a implantação de um procedimento sumaríssimo nesses casos, ou, alternativa ou cumulativamente, a celebração de compromissos de desempenho entre a autoridade concorrencial e os agentes envolvidos na operação.

Entretanto, o entendimento a esse respeito não caminha nesse sentido, como vê-se no item 4.3 *infra*.

4.2.2 Das decisões do CADE quanto às condutas

Não existe tratamento às condutas concorrenciais na normatização do sistema financeiro nacional, existindo, tão-só, um lacônico art. 18, § 2º, na Lei nº 4.595/64 que determina que o BACEN regulará as condições de concorrência

entre instituições financeiras, coibindo-lhe os abusos com aplicação de pena nos termos daquela lei.

Ocorre que a lei prevê apenas a pena de multa, não existindo qualquer regulamentação específica nem detalhamento.

Não há, ainda, previsão legislativa de articulação entre o BACEN e o CADE, como, por exemplo, competência instrutória para aquele, como ocorre em outros setores regulados com as “agências” (ANP, ANATEL, entre outras).

A par disso, não existe conflito real de competências na atuação do BACEN e do CADE na prevenção e repressão de condutas lesivas à concorrência, pois a autoridade monetária tem competência para, querendo, regular e aplicar sanções às instituições financeiras sob o prisma regulatório-prudencial, tendo em vista as características técnicas e econômico-financeiras peculiares do setor, como a garantia da higidez do sistema, enquanto ao tribunal concorrencial cabe analisar as condutas que lhe chegam sob a luz adjudicatória.

Não existe *bis in idem* nas punições infligidas pela autoridade monetária e pela autoridade concorrencial num mesmo caso, pois são áreas diferentes, punições distintas para infrações distintas. A própria Lei nº 8.884/94 ressalta que “[a] repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei” (art. 19).

Problema pode surgir quando a conduta tida como anticoncorrencial pelo CADE fundar-se em ato normativo do CMN e do BACEN.

Ora, tendo as decisões do CADE caráter mandamental, têm de ser cumpridas tanto pelos agentes econômicos quanto pelas autoridades. Não pode desconstituir a norma editada por outro órgão, pois não pode substituir-se às autoridades competentes. Deve-se interpretar a decisão do CADE como ordem a ser cumprida inclusive pela autoridade, pois não existe qualquer setor econômico imune ou isento à aplicação da lei concorrencial.

O não cumprimento das decisões do CADE importa até em crime de desobediência por parte do agente público recalcitrante e dos agentes econômicos envolvidos, conforme art. 330 do Código Penal.

Lembre-se do art. 36 da Lei nº 8.884/94, que reforça as decisões do CADE ao dispor que as autoridades federais, dentre outras que exemplifica, são obrigadas “a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo CADE ou SDE [Secretaria de Direito Econômico], inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência”, ao que o art. 7º, X, completa, determinando que compete ao Ple-

nário “requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal [...] *as medidas necessárias ao cumprimento desta lei*” (grifo nosso).]

O verbo “requisitar” apenas remete à inexistência de hierarquia entre órgãos e entes distintos da Administração. Ou seja, a decisão do CADE não prevalece sobre o ato normativo do BACEN porque aquele é hierarquicamente superior a este, mas porque é ato administrativo (ordem) produzido por entidade legítima no cumprimento estrito da Lei, que vincula, a princípio, a todos, inclusive a própria Administração Pública e, por conseguinte, seus agentes. O mesmo se dá, por exemplo, com uma ordem judicial: uma decisão judicial contra a Administração vincula-a não porque o Poder Judiciário sobrepõe-se ao Executivo, mas porque se consubstancia em ordem validamente emitida por órgão legitimamente competente e nos termos da legislação.

Enfim, o fato de uma operação ou uma conduta contar com a autorização ou fundar-se em ato normativo do CMN e do BACEN não as isenta de apreciação e decisão final do CADE, única que tem o condão de tornar um contrato ou ato de concentração eficaz ou declarar ilegal dada conduta por anticoncorrencial, conforme a Lei nº 8.884/94, no âmbito administrativo.

O CADE, de certo modo, é a última instância administrativa na análise de atos de concentração e condutas atual ou potencialmente lesivas à concorrência, no modo como construído o nosso sistema jurídico.

Além do crime de desobediência e de responsabilidade, a Lei nº 8.884/94 é repleta de mecanismos para assegurar a sua efetividade, como a competência que atribui ao Plenário de “ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar” (art. 7º, V) e de “requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta lei” (art. 7º, X) (grifo nosso).

Poder-se-ia argumentar que a Lei nº 8.884/94 usa o verbo “requisitar” quando trata dos órgãos do Poder Executivo e “solicitar” quando trata das autoridades dos demais entes políticos, emprestando a ambas palavras o sentido de “pedir” e destituindo-as de qualquer efetividade, deixando ao arbítrio do órgão requisitado ou solicitado atender a autoridade concorrencial.

O Conselho, porém, já teve a oportunidade de analisar o sentido da expressão “recomendação”, contida no art. 24, IV, da Lei nº 8.884/94, que cuida da pena de licenciamento compulsório de patentes, na Consulta Prévia nº 31/99, em que se chegou à conclusão de que é dever do CADE, atendidos os requisitos da Lei, a “recomendação” ao órgão público competente para que tome as provi-

dências de sua alçada, que se traduz, para este, no “poder-dever” de cumprir aquela “recomendação” no âmbito de sua competência²⁰.

Logo, se “recomendar”, expressão de sentido semântico mais fraco que “requisitar” ou “solicitar”, traduz-se, nas palavras do Conselheiro Mércio FELSKY, em um “poder-dever” do órgão a que se dirige de fazer cumprir tal “recomendação”, e tendo em vista os deveres explícitos das autoridades federais e dos diretores de autarquias, dentre outros, de colaboração previstos no art. 36 da Lei nº 8.884/94, e o poder do CADE de fazer cumprir a lei concorrencial, as ordens e decisões do Conselho devem ser cumpridas pelas entidades a que se destinam²¹.

A Lei nº 8.884/94 corrobora esse entendimento ao dispor, como visto, que a execução das decisões do CADE é promovida de imediato, sem revisão no âmbito do Poder Executivo, com a comunicação subsequente do Ministério Público, para que tome providências de sua alçada (art. 50); e ao determinar também que as decisões do Plenário, cominando multa ou impondo obrigação de fazer ou não fazer (art. 60), e o compromisso de cessação (art. 53, § 4º) constituem título executivo extrajudicial, executável pelo Procurador-Geral do Conselho naquilo, no todo ou em parte, que não for cumprido (arts. 60 e 48).

²⁰ Segundo o Conselheiro Mércio FELSKY, “[o] órgão público competente para apurar e reprimir práticas abusivas do poder econômico é o CADE, nos termos da Lei nº 8.884/94. Uma vez, pois, comprovada a prática de abuso de poder econômico decorrente de patente, e se a gravidade da infração assim o exigir, a penalidade prevista no art. 24, inciso IV, alínea “a” *deve* ser imposta pelo CADE, através de *recomendação* ao INPI para que conceda licença compulsória. (...) Por outro lado, de acordo com o art. 68 da Lei nº 9.279/96, tem o INPI o *poder-dever* de impor a penalidade prevista no art. 68, porquanto a norma legal expressa a vontade do seu titular – no caso, a coletividade – e é no sentido da satisfação dessa vontade – interesse público – que deve ser dirigida a atividade do Órgão” (grifos dele).

²¹ A força do Conselho fica patente quando observa-se a competência do Plenário de zelar pela observância de Lei nº 8.884/94 (art. 7º, I), requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções (art. 7º, IX) e determinar à Procuradoria do Cade a adoção de providências administrativas e judiciais (art. 7º, XV), competindo ao seu Presidente cumprir e fazer cumprir a lei concorrencial (art. 8º, V), sendo expresso que “[a]s autoridades federais, os diretores de autarquia, fundação, empresa pública e sociedade de economia mista federais são obrigados a prestar, sob pena de responsabilidade, toda a assistência e colaboração que lhes for solicitada pelo CADE ou SDE, inclusive elaborando pareceres técnicos sobre as matérias de sua competência” (art. 36 da Lei nº 8.884/94).

Se a execução tiver por objeto obrigação de fazer ou não fazer, como, por exemplo, a alteração de uma ou mais cláusulas de um contrato de concessão, pode ser concedida a tutela específica pretendida ou o magistrado pode determinar providências que assegurem o resultado prático equivalente (art. 62 da Lei nº 8.884/94 e art. 461 do Código de Processo Civil), podendo ser concedida a tutela liminarmente se relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final (art. 461, § 3º, do Código de Processo Civil e art. 66 da Lei nº 8.884/94).

O magistrado pode também determinar, dentre outras medidas cabíveis no caso concreto e proporcionais aos fins buscados, multa diária por descumprimento da decisão judicial (arts. 65 e 67 da Lei nº 8.884/94 e art. 461, §§ 4º, 5º e 6º do Código de Processo Civil)²².

Além disso, o MPF pode ser instado a agir no âmbito de suas competência quanto a infrações à ordem econômica.

Enfim, se as decisões e acórdãos do CADE tivessem apenas o caráter de recomendação (num sentido fraco) aos órgãos reguladores, estar-se-ia pura e simplesmente desperdiçando uma grande quantidade de recursos humanos e financeiros por nada. Se se entender que aquilo que o Conselho decide nos mercados regulados não tem força coercitiva, melhor seria deixar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) fora da análise de atos e condutas desses setores, como pretendeu o BACEN, relegando eventual competência concorrencial aos próprios órgãos reguladores ou não aplicando a legislação antitruste.

Portanto, tendo as decisões do CADE natureza condenatória e mandamental, o BACEN, além dos agentes econômicos, deve obedecê-las.

Recusando-se a fazê-lo, resta recorrer ao Poder Judiciário para fazer cumprir a decisão do CADE, seja através da Procuradoria da autarquia, seja através do MPF.

4.3 Articulação e cooperação entre os órgãos reguladores e os órgãos concorrenciais.

É recomendável que a autoridade concorrencial e a autoridade monetária estabeleçam convênios e atos normativos conjuntos, de articulação, que sedimentem um processo administrativo (em sentido amplo) a ser trilhado no controle das condutas e das estruturas, com todas as suas etapas, incluindo penalidades, no que for cabível.

²² A Lei 8.884/94 prevê até a intervenção judicial na empresa, conforme arts. 63 e 69 a 78.

Deveriam ser previstos mecanismos de consulta mútua obrigatória e prévia: a consideração de aspectos concorrenciais pelo órgão regulador, que atua prudencialmente, é tão importante quanto o parecer do BACEN na análise de condutas e atos de concentração pelas autoridades concorrenciais.

A consulta mútua reduz riscos de incongruências e conflitos de abordagem, colaborando fortemente na confluência de decisões dos dois órgãos.

Além disso, um procedimento institucionalizado traz maior segurança jurídica e previsibilidade para todos aqueles que atuam no mercado, especialmente no que tange à natureza e conseqüências jurídicas das decisões das autoridades reguladora e concorrencial, eliminando as incertezas que até hoje pairam no sistema, já que o CADE, apesar do parecer da AGU, continua a considerar-se competente para analisar atos de concentração e condutas concorrenciais envolvendo instituições financeiras, enquanto a SDE e a SEAE, órgãos instrutores do SBDC, declaram-se vinculados à decisão da AGU.

A criação de grupos de estudo e discussão pode beneficiar tal cooperação, fomentando o diálogo e o entendimento dos princípios e funções do sistema de defesa da concorrência e do aparato regulatório, gerando decisões técnicas mais apuradas, mais céleres e em sintonia com a realidade do setor.

Porém, após negociações e debates, caminha-se para uma solução simplista quanto aos atos de concentração e insatisfatória, inócua, quanto às condutas: o PLS nº 412/2003 em trâmite no Senado Federal atribui expressamente ao BACEN a competência exclusiva para analisar atos de concentração que possam afetar a higidez do sistema, devendo remeter os demais atos ao julgamento do CADE, enquanto as condutas, por interpretação a *contrario sensu* de regra de transição estipulando que a análise das condutas e atos de concentração anteriores à entrada em vigor da lei (se e quando vier) são de competência do BACEN, ficam a cargo da autoridade concorrencial.

Percebe-se, principalmente no tocante às condutas, que não resolve o problema.

O Projeto de Lei nº 5877/05, tramitando na Câmara dos Deputados, que reestrutura o SBDC, não traz também nenhuma disposição a respeito.

Ideal seria a legislação explicitar quais os efeitos das decisões do CADE sobre setores regulados, espancando, de vez, todas as dúvidas.

5. Conclusão

Há praticamente dez anos discute-se a quem compete a análise de

atos de concentração e condutas anticoncorrenciais envolvendo instituições financeiras.

O CADE defende competência concorrente quanto aos primeiros e exclusiva quanto aos últimos, enquanto o BACEN entende ser o único competente para ambos. Tem prevalecido, na prática, o entendimento da autoridade monetária em virtude do parecer vinculante da AGU, que acabou destituindo o tribunal concorrencial de seus órgãos instrutórios em casos do setor financeiro.

Mas esse parecer solucionou a questão de modo canhestro, apressado, incompleto: ao concluir pela competência exclusiva do BACEN para defender a concorrência no sistema financeiro nacional, não especificou como tal se daria, em quais circunstâncias, quais critérios. Como já alertara o Presidente do CADE, João Grandino Rodas, no Caso Finasa Seguradora, não se definiu critério por objeto da operação ou pelos sujeitos envolvidos. Assim, a título ilustrativo, se um banco participar de consórcio para o desenvolvimento de uma atividade tipicamente industrial, não financeira, quem será competente para analisar a operação? O CADE ou o BACEN?²³

Abstraindo a questão desse parecer, procuramos ressaltar nosso entendimento pela competência complementar do CADE quanto aos atos de concentração e concorrente quanto às condutas, bem como pelo caráter executivo e mandamental das suas decisões²⁴, inclusive em relação a outras autoridades da Administração, como as do BACEN, podendo elas recair até em crime de desobediência e de responsabilidade caso não as cumpram.

O CADE, a fim de dar efetividade a suas decisões, pode, em última instância, valer-se do Poder Judiciário.

²³ Jairo Saddy oferece quatro critérios para se saber de quem é a competência: i) se a matéria diz respeito a atividade monetária (BACEN) ou envolve assuntos ligados ao mercado de consumo (CADE); ii) qual público sofrerá os impactos. Se o consumidor for o “cidadão médio”, a competência é do CADE; iii) urgência. O BACEN, por não ser um órgão colegiado, pode agir rapidamente em casos em que a celeridade seja essencial; e iv) o cumprimento das demais normas do Sistema Financeiro Nacional, inclusive dos acordos internacionais (ver “A competência para avaliação da concentração no Sistema Financeiro Nacional”, Cadernos de Direito Tributário e Finanças Pública, nº 21, out./dez. de 1997, p. 28).

²⁴ Não existe, porém, tratamento legal expresso quanto à defesa da concorrência nesse setor e o CADE tem entendido que, embora não haja imunidade nem isenção antitruste, suas decisões definitivas em processos administrativos (num sentido amplo) envolvendo setores regulados contêm apenas sugestões ao órgão ou agência reguladora, que tem a prerrogativa de adotá-las ou não consoante critérios discricionários de oportunidade e conveniência.

O melhor, contudo, é as autoridades concorrenciais e monetárias articularem-se amigavelmente, através de convênios ou portarias conjuntas, grupos de estudo, intercâmbio, consultas mútuas obrigatórias e prévias, entre outros. Ideal seria se adviesse da lei.

Mas se aprovado o PLS 412/2003, a competência exclusiva para julgar atos de concentração e condutas passará ao CADE, cabendo ao BACEN apenas analisar, previamente, se há risco sistêmico quanto aos primeiros. Se houver, a competência será sua, e não do Conselho. Não dispõe o que ocorre, porém, se cláusulas impostas pelo BACEN para aprovação de dada operação for rejeitada ou alterada pelo CADE.

Esse projeto também não soluciona o problema das condutas, pois, embora atribua ao CADE competência para analisá-las, não explicita quais as consequências de sua decisão em relação àquelas que se fundam em atos normativos expedidos por outros entes da Administração, como, no caso, o CMN e o BACEN.

Não há, ademais, qualquer detalhamento adicional neste projeto e nem no Projeto de Lei nº 5877/05 em trâmite na Câmara, que traz alterações ao SBDC, perdendo-se boa oportunidade de se estabelecer um sistema claro, coeso e eficiente.

6. Bibliografia

FONSECA, Antonio. Posfácio – questões recentes discutidas no CADE. In: FONSECA, Antonio (org.). **Limites jurídicos da regulação e defesa da concorrência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 379-392.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Admissibilidade de atos que limitam a concorrência. **Revista do Ibrac**, vol. 4, nº 5, p. 5-34, 1997.

MAGALHÃES, José Carlos de, e SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A concentração de empresas e a competência do CADE. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômica e Financeiro**, nº 113, p. 30-44, jan./mar. 1999, nova série.

MAZZUCATO, Paulo Zupo. Do conflito de competência na análise de atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional. **Revista do Ibrac**, vol. 8, nº 2, p. 7-25, 2001.

NEVES, Leonardo de Brito S. Parte III – Defesa da concorrência no sistema financeiro nacional: conflito de atribuições entre o Banco Central e o CADE. In: FONSECA, Antonio (org.). **Limites jurídicos da regulação e defesa da con-**

corrência. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 217-325.

SADDI, Jairo. A competência para avaliação da concentração no Sistema Financeiro Nacional. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, nº 21, p. 283-9, out./dez. de 1997.

_____. Considerações sobre alguns aspectos jurídicos dos atos de concentração no Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, nº 113, p. 99-107, jan./mar. 1999, nova série.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas.** 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002. 374 p.

_____. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes et al. (org.). **Concorrência e regulação no sistema financeiro.** São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 129-147.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003. 277 p.

WALD, Arnoldo. O Banco Central, a defesa da livre concorrência e a proteção dos consumidores nas operações financeiras”. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, nº 10, p. 13-34, out./dez. de 2000.

A CORRELAÇÃO NEGATIVA ENTRE NÚMERO DE EMPRESAS E TAMANHO DE MERCADO NA INDÚSTRIA BRASILEIRA: UMA REVISÃO HISTÓRICA DA TEORIA DE JOHN SUTTON

*Rodrigo Surcan dos Santos**

I. Sumário

O presente artigo pretende analisar a correlação negativa entre o tamanho de determinados mercados de produto e o número de empresas no referido mercado, particularmente nos casos de mercados que apresentam custos endógenos substanciais, como mercados altamente intensivos em investimentos em propaganda ou intensivos em inovação tecnológica, pesquisa e desenvolvimento. Por meio de uma análise das teorias empregadas em modelos de oligopólio, e na relação de causalidade entre a estrutura do mercado, a conduta dos participantes do mercado e o desempenho das indústrias no setor, pretende-se analisar as possíveis conseqüências de uma operação de concentração em um mercado que apresente essas características e como a teoria econômica, aplicada na análise de oligopólios, pode auxiliar os órgãos de defesa da concorrência a prever os possíveis reflexos de uma concentração econômica nestes mercados em particular.

II. Palavras Chave

Estruturas de mercado. Estrutura. Conduta. Desempenho. Oligopólio. Barreiras à Entrada. Elevação de Custos. Custos irrecuperáveis endógenos. Custos irrecuperáveis exógenos. Pesquisa e Desenvolvimento. Propaganda. Economias de Escala. Nova Organização Industrial Empírica – NEIO. Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

III. Introdução

O estudo das estruturas de mercado observa um papel importante no

* Rodrigo Surcan dos Santos é Mestrando em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FD/USP, bacharel em Ciências Econômicas pela Faculdade de Economia – FEA/USP, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FD/USP. O autor é Coordenador-Geral de Andamento Processual do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE

processo de análise de operações de concentração econômica por parte dos órgãos antitruste em todo o mundo. Não é diferente o caso dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que se deparam anualmente com centenas de operações envolvendo as mais diversas empresas nos mais diferentes mercados relevantes de produtos. A diversidade de mercados a serem analisados e os mais diferentes reflexos destas operações no mercado brasileiro tornam-se, a cada dia, um novo desafio para os órgãos de defesa da concorrência no Brasil.

A verificação da estrutura de mercado e a maneira pela qual o crescimento do mercado pode alterar o processo de concorrência entre as empresas são de suma importância para a análise antitruste. Isto, pois, diante de um processo de concentração, pode-se observar após a verificação de uma estrutura de mercado mais concentrada, se um crescimento do mercado permitirá mais facilmente uma entrada no mercado, ou não. Com isso, pode-se determinar a potencialidade de novos entrantes ingressarem no mercado e efetivamente contestarem quaisquer possíveis abusos decorrentes da nova estrutura mais concentrada de mercado.

Intuitivamente, presume-se que diante do crescimento de um mercado, verificar-se-ia uma menor concentração deste mercado. No entanto, esta presunção não é verificada em todos os casos. O que se pretende apresentar no presente artigo é o desenvolvimento dos trabalhos empíricos sobre este assunto, culminando com a análise de John Sutton (1992) justamente sobre a correlação negativa entre tamanho do mercado e o número de empresas no mercado, particularmente no caso em mercados que apresentam custos endógenos relevantes, como investimentos em propaganda e pesquisa e desenvolvimento.

A idéia do artigo vislumbra a possibilidade da aplicação das referidas teorias na verificação, em trabalho futuro, das estruturas de mercado de diferentes indústrias brasileiras, suas características de concorrência e seus graus de concentração para, a partir de então, verificar os efeitos potenciais de possíveis elevações nos graus de concentração e seus efeitos na possibilidade de entrada de novos concorrentes e se estes serão capazes de contestar a posição das empresas já instaladas no mercado.

Por meio da análise das características dos custos endógenos e exógenos em uma indústria, é possível analisar os efeitos do crescimento do mercado e do grau de concentração do mercado, para auxiliar na avaliação de futuras operações de concentração econômica nas indústrias analisadas e as barreiras à entrada de novos concorrentes, por meio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Por meio do emprego de modelos de oligopólio na análise de atos de concentração pelas autoridades concorrenciais brasileiras, permite-se verificar as possibilidades de comportamento de diferentes empresas em mercados oligopolizados, particularmente nos mercados caracterizados pelos vultuosos investimentos em propaganda e pesquisa e desenvolvimento, bem como demais mercados nos quais são verificados outros custos endógenos relevantes.

IV. Revisão Bibliográfica

Antes de chegar finalmente ao estudo de John Sutton sobre os custos irrecuperáveis endógenos e exógenos dentro de uma indústria, pretende-se analisar, primeiramente, as diferentes abordagens de diversos autores que o precederam, destacando-se, assim, os paradigmas vigentes anteriormente, que foram enfrentados pelo autor, para, posteriormente, revisar a análise empregada por Sutton (1992) em seu estudo sobre estrutura de mercado e custos irrecuperáveis.

O primeiro paradigma a ser verificado é o paradigma desenvolvido por Bain, da relação de causalidade entre a estrutura de mercado, a conduta de seus competidores e o desempenho da indústria no mercado em questão. O paradigma de SCP (*structure/conduct/performance*) vem sendo recentemente substituído por uma análise empírica, por meio de estudos econométricos, desenvolvida pela Nova Organização Industrial Empírica (NEIO).

O segundo paradigma a ser revisado encontra-se na presunção de uma correlação negativa entre o tamanho do mercado e a concentração das empresas neste mercado. Também será contestado por Sutton, dentro de circunstâncias específicas e particulares de custos irrecuperáveis, e observado exatamente o oposto, isto é, a verificação de uma correlação negativa entre o tamanho de mercado e o número de empresas, diante da agravante de incremento de barreiras à entrada, por meio da elevação de custos irrecuperáveis endógenos, como investimentos em pesquisa e desenvolvimento ou em propaganda.

IV.1. Estrutura, conduta e desempenho

De acordo com estudos de diversos autores¹, o padrão de concentração e a dispersão do grau de concentração entre as empresas de uma in-

¹ Sobre este assunto, ver: Scherer, Frederick M. (1980), "Industrial Market Structure and Economic Performance", 2nd edition, Chicago, Rand-McNally; Caves, Richard E. (1989), "International Differences in Industrial Organization", in Richard Schmalensee and Robert Willig (editors), *Handbook of Industrial Organizations*, Amsterdam, North Holland;

dústria tendem a ser semelhantes entre países que apresentam os níveis de desenvolvimento tecnológico semelhantes e características de demanda também semelhantes.

Isto pode ser verificado no trabalho de John Connor (1985) e outros colaboradores, que analisaram as diferentes características das estruturas do mercado de produção de alimentos, as estratégias de competição dentre as concorrentes dentro deste mercado específico e o desempenho das empresas no caso da indústria de produção alimentícia. Outro estudo interessante é o estudo de Richard Caves (1989), que apresenta as diferenças na organização industrial em diversos países, iniciando seu estudo pela análise da organização das empresas, passando a uma análise do tamanho dos mercados, tamanho das plantas e tamanho das firmas individuais em cada mercado. O autor também apresenta as características da estrutura de mercado dentro do comércio internacional e faz uma comparação entre as diferenças quanto a eficiência das firmas em diferentes mercados internacionais, apresentando diferentes lucratividades.

Estes trabalhos tendem a apresentar uma regularidade empírica entre as estruturas de mercado em diferentes países, considerando os diferentes estágios de evolução tecnológica em cada um desses mercados. A maior parte dos trabalhos empíricos realizados sobre esse espectro se baseiam no trabalho de Joe Bain (1962), sobre barreiras à entrada, no qual o autor desenvolveu o paradigma sobre Estrutura / Conduta / Desempenho (*structure / conduct / performance – SCP*). Sobre este mesmo paradigma, pode-se verificar o trabalho de Frederick Scherer (1980), que destaca a relação entre a estrutura de mercado de determinadas indústrias e seu desempenho econômico como decorrência desta estrutura previamente verificada.

Sobre este modelo, verifica-se, inicialmente, a estrutura do mercado em análise, isto é, o número de compradores e vendedores, se há diferenciação de produtos, se há barreiras à entrada, qual a estrutura de custos da indústria, se há integração vertical, se há diversificação. Após tal análise, passa-se a verificar a conduta no mercado em questão, isto é, como funciona o comportamento dos preços no mercado, quais são as estratégias de produto e propaganda, qual o grau de investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) na indústria e o grau de inovação, qual o montante de investimento realizado em capacidade

Connor, John M. and Rogers, Richard T. and Marion, Bruce W. and Mueller, Willard F. (1985), “The Food Manufacturing Industries: Structure, Strategies, Performance and Policies”, Lexington, Lexington Books.

produtiva e quais são as táticas legais entre as empresas concorrentes neste mercado. Por fim, após o estudo da estrutura de mercado e da conduta de seus componentes, passa-se a avaliar o desempenho dos concorrentes nesse mercado, por meio do exame da eficiência produtiva e alocativa das empresas, o progresso verificado na indústria, qual o grau de pleno emprego e equidade no mercado, dentre outros fatores.

A partir desse paradigma, presume-se uma relação causal entre o nível de concentração das empresas (dentro da análise da estrutura do mercado), o grau de colusão entre os concorrentes (por meio do exame da conduta entre eles no mercado), levando ao grau de lucratividade da indústria (no estudo de sua performance). Após tal exame, a partir da estrutura do mercado e seu desempenho, pode-se delinear a política pública mais adequada com o objetivo público a ser atingido, seja por meio de impostos e subsídios, por meio de regras de comércio internacional, regulamentação, controle de preços ou ainda, por meio de uma política antitruste coerente.

Outro trabalho do mesmo autor que merece destaque, tratando sobre assuntos correlatos, é o trabalho sobre diferenças internacionais na estrutura industrial, no qual o autor estuda oito países nos anos cinquenta (Bain, 1966). O texto se inicia pela composição geral da economia de oito nações e seus setores manufatureiros. Passa a uma fase comparativa dos tamanhos das plantas e da concentração das plantas, culminando com a eficiência comparativa das plantas (mais uma vez, com o objetivo de demonstrar a relação de causa e consequência entre estrutura, conduta e desempenho semelhantes entre oito diferentes países). O autor passa a comparar os diferentes graus de concentração de certas indústrias manufatureiras na Inglaterra, Japão, França, Itália, Canadá, Índia e Suécia, quando comparados com o grau de concentração da indústria manufatureira dos Estados Unidos. O autor passa a uma análise da relação comparativa da concentração entre plantas, para culminar com o exame da racionalidade verificada nas diferenças estruturais.

Voltando ao trabalho sobre barreiras à entrada, Bain discursou sobre diferentes espécies de barreiras à entrada, características de distintas indústrias. O autor analisa o que determina as condições de entrada para qualquer indústria e que vantagens específicas possuem as empresas já estabelecidas diante da entrada de novos concorrentes e quais circunstâncias tecnológicas ou institucionais podem aumentar ainda mais essas vantagens.

Bain considera que, para uma entrada ser fácil, as empresas já estabelecidas não podem possuir vantagens substanciais perante novos entrantes. Para tanto, faz-se necessário que as firmas já estabelecidas não apresentem

vantagens (i) de custos absolutos sobre potenciais entrantes; (ii) de diferenciação de produtos sobre novos entrantes; (iii) de larga economia de escala sobre novos entrantes, de modo que a escala ótima de produção, ao menor custo, seja uma fração insignificante do total da produção da indústria.

Com isso, pode-se observar como o autor apresenta as economias de larga escala como um modo de se configurar barreiras à entrada. Outro aspecto verificado como barreiras à entrada são as vantagens em diferenciar produtos, criando, assim, um certo poder de mercado diante de um produto diferenciado, tornando-se quase como um mercado à parte. Tais diferenciações podem ser conquistadas por meio de investimentos em pesquisa e desenvolvimento, para levar a inovações constantes nos produtos, ou ainda investimentos e propaganda e *marketing* sobre os produtos já estabelecidos, elevando o custo em propaganda para novos entrantes se estabelecerem.

O trabalho de Sutton não pretende desconsiderar as características das economias de escala, diferenciação de produtos ou ainda dos custos absolutos como barreiras à entrada de novos concorrentes. Apenas pretende analisar as estruturas de mercado como relação causal de seu desempenho de forma estanque.

O trabalho de Sutton (1992) se diferencia do trabalho de Bain, supra descrito, uma vez que a abordagem de Sutton em seu estudo leva em consideração testes econométricos, considerando os custos irrecuperáveis exógenos dados pela própria tecnologia empregada na indústria, e os custos irrecuperáveis endógenos, como pesquisa e desenvolvimento e investimentos em propaganda. Verifica, assim, empiricamente, o que ocorre em múltiplas indústrias, partindo-se do pressuposto que diferentes indústrias apresentam diferentes características, com diferentes custos irrecuperáveis, levando a diferentes concentrações de mercado, independentes de uma relação direta com o tamanho destes mercados, porém mais relacionadas às barreiras à entrada de novos competidores. Mais adiante, veremos as características do trabalho de Sutton sobre o assunto.

IV.2. A suposta correlação negativa entre concentração de mercado e tamanho do mercado

Antes do estudo de Sutton (1992), presumia-se que a tendência para uma indústria seria ser menos concentrada naqueles países que apresentassem um tamanho de mercado, em número de vendas, maior. Essa relação negativa entre tamanho de mercado e concentração de mercado foi apresentada por diversos autores, antes de Sutton.

Dentre os trabalhos mais importantes, pode-se citar o trabalho de

Kenneth George e T. S. Ward (1975) sobre a estrutura de mercado na antiga Comunidade Econômica Européia, destacando-se o grau de concentração de mercado em certas indústrias, com relação ao tamanho absoluto destes mercados. Por meio deste trabalho, George e Ward partem do pressuposto da verificação de que os maiores mercados dentro da Comunidade Econômica Européia apresentam-se mais pulverizados, com maior número de empresas concorrentes, do que os mercados menores. Por meio deste estudo, especificamente relacionado a um certo grupo de países europeus, poder-se-ia levar a uma relação de quanto maior for o tamanho do mercado, mais pulverizada seria o grau de concentração entre as empresas componentes deste mercado, independentemente de sua localização geográfica. Expandir-se-ia as questões verificadas no mercado europeu para todos os mercados de um modo em geral, considerando-se todas as diferentes indústrias com diferentes características.

Outro estudo sobre o mercado comum europeu e sua estrutura foi elaborado por Louis Philips (1971), também levando a análise da concentração de mercado em certas indústrias dentro do mercado comum europeu estariam diretamente relacionadas com o tamanho dos mercados identificados em cada indústria. Por meio de seu exame, presumir-se-ia que um mercado maior levaria a uma menor concentração.

Outro trabalho importante sobre tamanho de mercado e concentração de mercado foi o estudo de Richard Schmalensee (1989) sobre estrutura e desempenho interindústria. Em seu estudo, Schmalensee parte do pressuposto, demonstrado na sessão dois de seu estudo, que a concentração dos vendedores e a intensidade de investimentos em propaganda são determinadas, ao menos, por meio do desempenho do mercado.

No subitem 6.1, o autor pretende demonstrar, por meio de comparações de níveis de concentração de diferentes países, que o grau de concentração em indústrias em países industrializados tende a ser muito semelhante. Entretanto, ele afirma que entre grandes países industrializados, “níveis de concentração não declinam muito com crescimentos no tamanho da economia”² (Schmalensee, 1989, pp. 992). O próprio autor concorda que tal afirmação sugere que “o tamanho da firma e o tamanho do mercado tendem a ser positivamente relacionados internacionalmente”³ (Schmalensee, 1989, pp. 992). Porém, sua inferência par-

² Tradução livre, do original: “*concentration levels do not decline much with increases in the size of the economy*” (Schmalensee, 1989, pp. 992)

³ Tradução livre, do original: “*firm size and market size tend to be positively related internationally*” (Schmalensee, 1989, pp. 992)

te do pressuposto de que os estudos sobre concentração de empresas começam pelo nível mínimo de escala eficiente de uma planta.

Partindo deste pressuposto sobre economia mínima de escala viável, o autor segue ao fato de que os níveis de concentração seria positivamente relacionados para estimar a participação de mercado de uma planta com uma escala mínima eficiente (*minimum efficient scale* – MES). Diante desta afirmativa, parte-se para a verificação de que indústrias intensivas em capital estariam positivamente correlacionadas com a concentração de empresas no mercado norte americano. Partindo-se dos dados disponíveis nos Estados Unidos, o autor verifica que as taxas de crescimento declinam com o crescimento do tamanho das empresas e que, fora dos Estados Unidos, as fusões têm sido uma importante fonte para o aumento da concentração entre empresas.

Schmalensee parte para o exame da intensidade de propaganda. Verifica que diferentes autores chegaram a conclusões opostas. Como, por exemplo, o caso de Telser (1964), que havia verificado empiricamente não haver correlação entre a razão da propaganda pelas taxas de vendas e o grau de concentração nos Estados Unidos. No entanto, por outro lado, outros autores verificaram uma correlação positiva entre a intensidade de propaganda e o grau de concentração de mercado⁴. Por fim, o autor afirma que trabalhos posteriores, a partir de dados obtidos não apenas nos Estados Unidos, mas também em diferente mercado, geralmente defendem a existência de uma relação positiva côncava (ou U-invertido)⁵.

O trabalho de Schmalensee parte para uma análise da entrada de novos competidores, partindo-se do pressuposto que potenciais entrantes só existirão se esperarem que os preços após a entrada sejam ao menos iguais aos seus custos. Neste caso, cita o trabalho de Bain (1962), no qual a expectativa de

⁴ Sobre o assunto, ver: Mann, H. M., Henning, J. A., and Meehan, Jr., J. W. (1967), “Advertising and Concentration: an Empirical Investigation”, in *Journal of Industrial Economics*, number 16, pp. 34-45.

⁵ Dentre os trabalhos citados, pode-se mencionar estudos no mercado canadense, como, por exemplo: Caves, R. E., Porter, M. E. and Spence, A. M., (1980), “Competition in the Open Economy: a Model Applied to Canada”, Cambridge, Harvard University Press; também no mercado inglês, como, por exemplo: Cowling, K., Cable, J., Kelly, M. and McGuinness, T. (1975), “Advertising and Economic Behavior”, London, MacMillan; e no próprio mercado norte americano, como, por exemplo: Pagoulatos, E. and Sorenson, R. (1981), “A Simultaneous Equations Analysis of Advertising, Concentration and Profitability”, in *Southern Economic Journal*, number 47, pp. 728-741; ou ainda: Connolly, R. A. and Hirschey, M. (1984), “R&D, market structure and profits: a Value-Based Approach”, in *Review of Economics and Statistics*, number 66, pp. 678-681.

entrada dependeria dos lucros das empresas já estabelecidas antes da entrada relacionados às barreiras à entrada de novos competidores. Schmalensee esclarece que trabalhos então recentes apontavam no sentido de que comportamentos estratégicos das empresas já estabelecidas também poderiam afetar a expectativa da entrada de novos competidores.

Finalmente, o estudo de Schmalensee afirma que medidas de economia de escala ou de capital necessário tendem a ser negativamente relacionadas com a possibilidade de entrada, bem como a intensidade em propaganda seria negativamente relacionada com a entrada em indústrias manufatureiras. Com base em muitos dos estudos apontados por Schmalensee (1978), pretende-se demonstrar, a partir do trabalho supra citado de Sutton, que realmente mercados intensivos em propaganda tendem a apresentar maior barreiras à entrada de novos competidores, em razão dos investimentos necessários para sua manutenção no mercado, após a incursão em custos irrecuperáveis.

Para Sutton, a relação entre tamanho do mercado e a estrutura do mercado se encontra no centro de seu estudo. O primeiro estágio se centralizaria em descrever uma nova racionalidade teórica para o aparecimento de relações negativas entre tamanho de mercado e concentração. Um segundo estágio demonstraria que a relação entre tamanho de mercado e estrutura do mercado somente seria válida para determinados casos e que, o mais importante, não seria válida para indústrias intensivas em propaganda ou em pesquisa e desenvolvimento. Neste contexto, a relação não subsiste, em virtude de características de suma importância, que serão descritas mais adiante.

Abre-se um breve parêntesis neste tópico, para citar a aplicação de diferentes modelos de jogos utilizados por Sutton em seu trabalho. Sutton cita estudos de diferentes autores que pretendiam demonstrar as questões relativas aos jogos como determinantes da estrutura da indústria. Dentre os casos mencionados, há o trabalho de Dasgupta e Stiglitz (1980), justamente sobre a natureza da atividade inovadora e a estrutura de uma indústria. Particularmente, aborda os jogos decorrentes de investimentos em pesquisa e desenvolvimento, apresentando o viés de mercado criado em decorrência do processo de inovação no mercado e a relação entre a estrutura de mercado e o volume de gastos em pesquisa e desenvolvimento.

Outro trabalho relevante acerca do uso de modelos de jogos para a análise de casos semelhantes encontra-se no trabalho desenvolvido por Avner Shaked e pelo próprio John Sutton (Shaked; Sutton, 1982), que trata particularmente do equilíbrio existente no caso de concorrência por preço, e de como a diferenciação

de produtos pode afetar esse equilíbrio de concorrência por preço, afetando, inclusive, a possibilidade de entrada de novos competidores no mercado.

Outro estudo importante, citado por Sutton, refere-se ao trabalho de John Vickers (1986) sobre a evolução da estrutura de mercado quando há uma seqüência de inovações. Novamente, o exame enfoca no investimento em pesquisa e desenvolvimento e como as inovações decorrentes de tais investimentos podem afetar a estrutura de mercado, principalmente tornando tais investimentos como necessários para a entrada e permanência de concorrentes, inclusive como fórmula necessária para constantes evoluções. A partir de um modelo de duopólio, o autor pretende analisar se uma firma estende sua superioridade tecnológica para tornar-se cada vez mais dominante, ou se a liderança tecnológica troca constantemente de mãos em um processo de ação e reação. Para tanto, afirma o autor, tudo depende da natureza do comportamento de mercado de cada produto específico. Em seu trabalho, Vickers conclui que, em um mercado com comportamento mais competitivo, tende a haver uma dominância crescente pela firma com tecnologia dominante. Enquanto, pelo contrário, em um mercado caracterizado pela competição *a la* Cournot, pode-se levar a um comportamento de ação e reação entre as duopolistas, alternando-se como líderes no mercado.

Como se pode observar, toda a análise de Sutton baseia-se em um processo de concorrência que envolve diferentes aspectos de jogos, dependendo das características do produto e das diferentes estratégias de competição entre os *players* do mercado. Neste caso em particular, Sutton cita diferentes estudos que examinam a questão da diferenciação de produtos, observando que propaganda e pesquisa e desenvolvimento podem ser vistos como custos irrecuperáveis incorridos pelas empresas já estabelecidas no mercado, para majorar o preço desejável pelo consumidor para pagar pelo produto em questão.

Dentre os trabalhos citados, pode-se destacar os trabalhos de Avner Shaked e John Sutton sobre oligopólios naturais (Shaked; Sutton, 1983), e sobre diferenciação de produtos e estrutura industrial (Shaked; Sutton, 1987). O primeiro trabalho enfoca seu exame em mercados nos quais as firmas oferecem produtos que podem ser distinguidos por diferenças em suas qualidades observáveis. Nestes casos, afirmam os autores que pode existir um número de firmas que podem coexistir no mercado em um equilíbrio de preço não cooperativo. Os autores demonstram sob quais características essas possibilidades podem se elevar. O outro trabalho enfoca na questão de diferenciação vertical de produtos e como as inovações tecnológicas podem levar a uma estrutura de mercado mais concentrada (novamente, a relação entre propaganda, pesquisa e desenvolvimento, e estrutura de mercado).

Outro trabalho dos mesmos autores trata da estrutura de mercado no caso de firmas multiprodutos (Shaked; Sutton, 1990), abrangendo o estudo de modelos de diferenciação horizontal de produtos e a verificação de muitos equilíbrios distintos, dentre os quais a diferenciação dos diversos produtos fabricados pelas firmas multiprodutos permite a verificação se situações de equilíbrio distintas para cada um dos casos identificados, apresentando equilíbrios distintos para estruturas de mercado diversas. Outro artigo que trata de temas básicos sobre a diferenciação vertical de produtos é o artigo de John Sutton, publicado no *The American Economic Review* (Sutton, 1986), muito ilustrativo sobre o assunto, esclarecendo questões fundamentais sobre a diferenciação vertical de produtos.

Cumprido destacar o artigo de Sutton sobre a concorrência imperfeita (1989b), publicado no livro especialmente elaborado sobre *Imperfect Competition*. No referido artigo, o autor inicia seu exame apresentando uma diferenciação sobre os enfoques de Archibald e Chicago, inicialmente sobre os artigos de Archibald publicados no *Review of Economic Studies*, sobre o enfoque de Chamberlin em contraposição à visão de Chicago e uma crítica a Chicago. O artigo revê as posições de Joan Robinson e Chamberlin sobre a diferenciação de produtos e a concorrência imperfeita, trazendo novos argumentos e aspectos, diante de novos problemas e perspectivas, sobre a questão da concorrência imperfeita.

Outro trabalho citado, de autoria do próprio Sutton, trata justamente de custos irrecuperáveis endógenos e a estrutura industrial (Sutton, 1989a), justamente o tema que se verá adiante, para demonstração de que nem sempre é verdadeira a afirmação de que quanto maior o mercado, menos concentrado ele será. Porém, antes, cumpre examinar os custos irrecuperáveis exógenos.

IV.3. Custos irrecuperáveis endógenos e exógenos e a relação entre tamanho de mercado e concentração de mercado sob a ótica de Sutton

A relação negativa entre tamanho de mercado e concentração de mercado não se sustenta em certo grupo de indústrias intensivas em propaganda e pesquisa e desenvolvimento, exemplos de custos endógenos das firmas (por estarem dentro do campo de escolha das firmas). Esses custos endógenos são utilizados como estratégia de diferenciação de produto das firmas, com o objetivo de elevar a vontade do consumidor de pagar por estes produtos.

Custos irrecuperáveis exógenos são custos de *setup*, como a instalação de uma planta com escala mínima viável. Estão fora do campo de escolha das firmas. Como, por exemplo, a escala mínima viável para instalação da fábrica não depende da escolha do novo entrante, sendo condição necessária, em decorrência da tecnologia empregada nessa indústria em particular.

IV.3.a. Custos Irrecuperáveis Exógenos

A análise de Sutton sobre os custos irrecuperáveis é formada, primeiramente, sobre um modelo de jogo de dois estágios (Sutton, 1992, pp. 27-41). No primeiro estágio ocorre a tomada de decisão de entrada da firma, incorrendo nos custos irrecuperáveis exógenos de investimento na planta de produção, por exemplo, e na decisão da firma em incorrer em custos irrecuperáveis endógenos, como investimentos em propaganda ou em pesquisa e desenvolvimento. Em uma segunda fase, há a concorrência de preço, que dependerá diretamente dos gastos efetuados no primeiro estágio.

Onde os custos irrecuperáveis forem exógenos e onde as firmas oferecerem produtos homogêneos, o nível de concentração declina com o tamanho do mercado para os custos de *setup*, e aumenta com a pressão competitiva sobre os preços.

No caso de produtos homogêneos com custos irrecuperáveis exógenos, pode-se demonstrar a diferença que estes custos irrecuperáveis apresentam em diferentes graus de competição. Para tanto, demonstrar-se-á a diferença apresentada pelos custos irrecuperáveis para diferentes graus de concentração, em diferentes modelos de concorrência.

Como se verá abaixo, no modelo de concorrência por Cournot, o preço cai com o aumento do número de firmas no mercado e o grau de concentração ($1/n$) cai com o aumento do tamanho do mercado.

Em um modelo menos competitivo, de maximização conjunta de lucros, por um equilíbrio não cooperativo, em que se modifique o segundo Estágio de Sutton para um horizonte infinito de jogos dinâmicos nos quais as firmas definam preços, e recebam *payoffs* por períodos sucessivos, o número de empresas entrantes em equilíbrio será dado pela razão entre o lucro de monopólio e os custos irrecuperáveis. Neste caso, o preço se mantém constante com o aumento do número de firmas e, com isso, o grau de concentração ($1/n$) cai ainda mais com o aumento do mercado.

Porém, em um modelo mais competitivo, de Bertrand, os custos irrecuperáveis exógenos tem um efeito contrário. Como restará demonstrado, trata-se de um caso limitativo, no qual a entrada pode causar uma queda tão grande nos preços que possa impedir a entrada de novas firmas e permita a manutenção do monopólio. Neste caso em particular, onde há maior pressão competitiva, os custos irrecuperáveis exógenos geram maior grau de concentração (monopólio).

Vejamus a comprovação da afirmação no caso de uma concorrência por Cournot (Sutton, 1992, pp. 30-32), considerando-se:

$$(1) X = S/p$$

Onde:

X = quantidade vendida

S = dispêndio total (*proxy* que mede o tamanho do mercado)

p = preço do mercado

Sendo: $p = CMg/[1+(1/\epsilon)]$, onde CMg é o custo marginal e ϵ é a elasticidade (assumindo-se que $\epsilon = -1 \Rightarrow p = \infty$)

Tomando-se p_0 como preço inicial, tem-se que:

$x = 0$ para todo $p = p_0$ (e p_0 torna-se o preço de monopólio), isto é, o preço máximo atingindo é o preço inicial, declinando-se a partir desse preço, não havendo quantidade vendida acima deste.

Como no Estágio 1 ocorre a decisão das firmas entrarem no mercado, com n firmas entrando, a entrada das firmas dependem do lucro da i -ésima firma, que se verificará apenas no Estágio 2. Portanto, deve-se verificar qual será o potencial lucro da i -ésima firma no Estágio 2, no caso da entrada de n firmas no Estágio 1.

Sendo o lucro (π) da i -ésima:

$$(2) \pi = p_i (\sum x_j) x_i - c_{xi}$$

sendo $\sum x_j = X$

Tomando-se $x_i = x$, tem-se que a derivada do lucro da i -ésima firma com relação à quantidade da i -ésima firma é igual ao preço mais a quantidade da i -ésima firma multiplicado pela derivada do preço em relação a X e multiplicado ela derivada de X em relação a x_i , subtraindo-se o custo, igual a zero:

$$(3) d\pi_i/dx_i = p + x_i dp/dX dX/dx_i - c = 0$$

Uma vez que dX/dx_i é igual a 1, a equação fica então sendo:

$$(4) d\pi_i/dx_i = p + x_i dp/dX - c = 0$$

Uma vez que $p = s/x$, logo $dp/dx = -s/x^2$

Substituindo-se p e dp/dx na equação (4), tem-se que:

$$(5) \quad d\pi_i/dx_i = s/x - x/sx^2 - c = 0$$

Uma vez que s é o dispêndio total e que x é a quantidade vendida por cada empresa, considerando-se a entrada de n empresas no mercado, tem-se que:

$$(6) \quad d\pi_i/dx_i = s/nx (1 - 1/n) = c$$

$$(7) \quad s/c (1/n - 1/n^2) = x \Leftrightarrow s/c [(n-1)/n^2] = x$$

Uma vez que $p = S/nX$, substituindo-se X por $S/c [(n-1)/n^2]$ e simplificando a equação, tem-se que:

$$(8) \quad p = S/nX \Leftrightarrow p = S/\{n S/c [(n-1)/n^2]\} \Leftrightarrow p = 1/[(1/c) (n-1/n)] \Leftrightarrow p = cn/n-1$$

Tomando-se como base a simplificação da equação anterior (8), e somando-se e subtraindo-se 1, tem-se:

$$(9) \quad cn/n-1 \text{ (soma 1 e subtrai 1)} \Leftrightarrow [c(n-1+1)]/(n-1) \Leftrightarrow [c(n-1)+c]/(n-1) \Leftrightarrow$$

$$(10) \quad c[1+1/(n-1)] = p$$

Em concorrência perfeita o preço é igual ao custo ($p=c$), logo a razão entre preço e custo é igual a um ($p/c=1$). Portanto, pela equação anterior (10), tem-se que:

$$(11) \quad c[1+1/(n-1)] = p$$

A situação de equilíbrio entre as empresas no Estágio 2 (de competição de preços), o lucro deve ser o preço menos o custo, multiplicando pela quantidade (isto é, $\pi = (p-c)x$). Substituindo-se o p da equação (11) $\{c[1+1/(n-1)]\}$ e o x da equação (7) $\{s/c [(n-1)/n^2]\}$, tem-se que:

$$(12) \quad \pi = (p-c)x \Leftrightarrow \pi = \{c[1+1/(n-1)] - c\} s/c [(n-1)/n^2] \Leftrightarrow \pi = S/n^2$$

Isto significa que o lucro depende do dispêndio total, dividido pelo número de empresas que entraram no mercado ao quadrado.

Se a empresa decide entrar no mercado, ela incorre em um custo irrecuperável (σ). Portanto, considerando-se a equação (12), o lucro da empresa será:

$$(13) \pi_i = s/n^2 \Leftrightarrow \pi_i = s/(k+1)^2 \Leftrightarrow \pi_i = [s/(k+1)^2] - \sigma \geq 0$$

sendo:

n = o número de firmas no mercado;

k = o número de rivais que escolhe entrar no mercado;

s = dispêndio total (*proxy* que mede o tamanho do mercado)

σ = custo irrecuperável

Portanto, a entrada de uma empresa no mercado só será lucrativa se $\pi \geq 0$. Logo, o número de empresas no mercado (n) deve ser igual a raiz quadrada de (s / σ) , isto é, a raiz quadrada da razão entre o dispêndio total e o custo irrecuperável. Portanto, quanto maior for o custo irrecuperável, menor será o número de empresas no mercado. Logo, os custos irrecuperáveis funcionam como forte barreira à entrada de novas empresas.

Já no caso do modelo de Bertrand (Sutton, 1992, pp. 32-35), em que se verifica maior pressão competitiva, há um maior grau de concentração:

Se $p_i > p$, então $d_i = d$; se $p_i = p$, então $d_i = (d / n)$; e finalmente, se $p_i < p$, então $d_i = 0$

Sendo:

π_i = lucro da i -ésima firma;

p = preço do mercado;

p_i = preço da i -ésima firma;

d = demanda do mercado;

d_i = demanda da i -ésima firma;

n = número total de firmas no mercado

Se entrar apenas uma firma, o lucro será de monopólio e maior que os custos irrecuperáveis ($\pi > \sigma$). Porém, se entrarem duas ou mais firmas, o preço será igual ao custo, não entrando mais empresas, pois o lucro não cobriria os custos irrecuperáveis.

No modelo de Bertrand de monopólio:

$$p = c$$

\underline{p} = menor preço de mercado

p^0 = preço de monopólio

π^m = lucro de monopólio

$\pi^m > \sigma$, Se $\sigma > 0$, então $\pi^m = 0$

n = número de firmas que define o menor preço de mercado

$$\pi^m = (p_i - c) \times (p_i) / n$$

Se duas ou mais firmas entrarem, o equilíbrio de preços será igual ao custo ($\underline{p}=c$), e todas as firmas com $p>\underline{p}$ terão vendas iguais a zero. Portanto, para qualquer custo irrecuperável exógeno maior que zero ($\sigma > 0$), exatamente uma firma entrará no mercado e definirá o preço de monopólio.

No outro extremo do grau de competição em preço, no caso em que há maximização conjunta de preços entre as empresas em um equilíbrio não cooperativo, no qual o Estágio 2 de Sutton se modifica de um estágio de uma só jogada para um jogo dinâmico com horizonte infinito, no qual as empresas definem preços e recebem *payoffs* por isso, em períodos sucessivos, os lucros conjuntos permanecem invariáveis ao número de entrantes, denotando um lucro de monopólio, no qual o número de entrantes em equilíbrio será dado pela razão entre o lucro de monopólio e os custos irrecuperáveis. Neste caso, o preço se mantém constante com o aumento do número de firmas e, com isso, o grau de concentração ($1/n$) cai ainda mais com o aumento do mercado.

Com isso, fica demonstrado que na presença de custos irrecuperáveis exógenos a relação entre concentração e tamanho de mercado se mantém e que quanto maior a pressão competitiva (Bertrand) mais concentrado será o mercado (monopólio).

IV.3.b. Custos Irrecuperáveis Exógenos

Já na presença de custos irrecuperáveis endógenos (Sutton, 1992, pp. 45-81), existe uma fronteira inferior de concentração que não decresce com o tamanho do mercado. No modelo de três estágios desenvolvido por Sutton, no Estágio 1 as firmas decidiriam se entrariam ou não no mercado, incorrendo em custos irrecuperáveis exógenos de *setup*.

Em um segundo estágio, as firmas decidiriam por investimentos em diferenciação, incorrendo em custos irre recuperáveis endógenos, como pesquisa e desenvolvimento ou propaganda.

Por último, no Estágio 3, a concorrência, em estratégia simultânea, leva a empresa a ter entrado apenas se o lucro for maior do que custos irre recuperáveis, maiores que zero ($\pi > \sigma > 0$)

Considerando-se um atributo que pode ser verificado como uma qualidade percebida do produto, denominado atributo u . Os custos com propaganda, por exemplo, são custos irre recuperáveis do atributo u , denominado $A(u)$.

No caso de uma concorrência pelo modelo de Cournot, com percepção de qualidade, supõe-se que todos os consumidores têm a mesma função de utilidade:

$$U = (ux)^\delta Z^{1-\delta}$$

No qual δ é a parcela gasta no bem x (bem de qualidade).

Cumpre ressaltar que o investimento individual da firma não tem nenhuma externalidade para a indústria.

Neste caso, um aumento de u levará a um aumento na utilidade marginal de x .

Uma vez que todos os consumidores escolhem bens que maximizem a relação u_i/p_i , o preço de equilíbrio para todas as firmas com vendas positivas no equilíbrio devem ser proporcionais às qualidades percebidas, tal que, $u_i/p_i = u_j/p_j$, para todo i, j .

Se todas as firmas oferecerem o mesmo nível de qualidade percebida \bar{u} , então, o preço de equilíbrio será obtido pela receita de venda dos gastos do consumidos, $p = s/q$, onde q é o volume total de vendas.

Agora, imagine que todas menos uma empresa ofereçam o mesmo nível de qualidade \bar{u} , onde apenas uma empresa ofereça um nível u . No equilíbrio, $p = (u/\bar{u}) \bar{p}$. Logo, $p = S/Q \Leftrightarrow S = \bar{P}Q + pq \Leftrightarrow \bar{p} = S / [\bar{Q} + (u/\bar{u})q]$, no qual \bar{Q} denota a quantidade de vendas combinadas de todas as empresas não desviantes, enquanto q represente apenas as vendas da firma desviante.

Considerando-se um nível de $N-1$ firmas não desviantes, a quantidade de vendas de cada uma dessas firmas será igual a:

$$\bar{q} = S/c [(u/\bar{u})(N-1)] / \{[(u/\bar{u})(N-1) + 1]^2\}$$

e seu preço correspondente:

$$\bar{p} = c \left\{ 1 + \left[\frac{1}{(u/\bar{u})(N-1)} \right] \right\}$$

O preço da empresa desviante será:

$$p(u/\bar{u}) = c \left\{ (u/\bar{u}) + \left[\frac{1}{(N-1)} \right] \right\}$$

e sua quantidade de vendas dada pela expressão:

$$q(u/\bar{u}) = [(N-1) - (u/\bar{u})(N-2)] \bar{q}$$

A partir das equações acima para o equilíbrio de preço e quantidade, segue que o lucro obtido pela empresa desviante no estágio final dos subjogos igual a:

$$\pi(u/\bar{u}) = S \left\{ 1 - \left[\frac{1}{(N-1)} + (u/\bar{u}) \right] \right\}^2$$

Com isso, tomando-se como base o jogo de dois estágios analisado anteriormente e incluindo um novo estágio intermediário, no qual cada uma das N firmas que entrarem no primeiro estágio, a um custo irrecuperável exógeno σ , escolha um valor de u a um custo adicional $A(u)$ no segundo estágio. Finalmente, há um terceiro estágio, no qual as firmas competem *a la* Cournot, tomando u_i como fixo, conforme descrito no procedimento acima. Neste ponto, precisa-se especificar a função que liga a qualidade percebida u com os custos de propaganda das firmas $A(u)$.

$A(u) = (a/\gamma)(u^\gamma - 1)$, para $\gamma > 1$, no qual maiores valores de γ correspondem a mais rápidos retornos decrescentes para aumentos de vendas. Note-se que $A(1) = 0$ e $A'(1) = a$, independentemente de γ .

Combinando-se o custo *setup* σ incorrido no Estágio 1 com os de propaganda $A(u)$ incorridos no estágio 2 em uma única função $F(u) = \sigma + A(u) = \sigma + (a/\gamma)(u^\gamma - 1)$.

Deste resultado, pode-se afirmar que a relação entre o tamanho do mercado e a estrutura do mercado depende da taxa de σ a (a/γ) , e o caso especial em que $\sigma = (a/\gamma)$, no qual a elasticidade é constante para todo u .

Portanto, um aumento no tamanho do mercado *não* leva necessariamente para uma queda indefinida to nível de concentração. A relação entre tamanho de mercado e estrutura de mercado *não* é necessariamente monotônica.

Com isso, resta demonstrado, de acordo com o trabalho de Sutton, que diante de investimentos em propaganda ou em pesquisa e desenvolvimento, pode-se verificar que um aumento no tamanho de mercado não levaria necessariamente a uma redução da concentração do mercado.

V. Bibliografia

- Bain, Joe S. (1962), “Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries”, Cambridge, Harvard University Press.
- Bain, Joe S. (1966), “International Differences in Industrial Structure: Eight Nations in the 1950s”, New Haven and London, Yale University Press.
- Bresnahan, Timothy F. (1989), “Empirical Studies of Industries with Market Power”, in Richard Schmalensee and Robert D. Willig (editors), *Handbook of Industrial Organization*, volume 2, Amsterdam, NH Elsevier, Chapter 17, pp. 1011-1058.
- Caves, Richard E. (1989), “International Differences in Industrial Organization”, in Richard Schmalensee and Robert D. Willig (editors), *Handbook of Industrial Organization*, volume 2, Amsterdam, NH Elsevier, Chapter 21, pp. 1225-1251.
- Caves, Richard E., Porter, M. E. and Spence, A. M., (1980), “Competition in the Open Economy: a Model Applied to Canada”, Cambridge, Harvard University Press.
- Church, Jeffrey and Ware, Roger (2000), “Industrial Organization: A Strategic Approach”, Boston, Irwin McGraw-Hill.
- Connolly, R. A. and Hirschey, M. (1984), “R&D, market structure and profits: a Value-Based Approach”, in *Review of Economics and Statistics*, number 66, pp. 678-681.
- Connor, John M. and Rogers, Richard T. and Marion, Bruce W. and Mueller, Willard F. (1985), “The Food Manufacturing Industries: Structure, Strategies, Performance and Policies”, Lexington, Lexington Books.
- Cowling, K., Cable, J., Kelly, M. and McGuinness, T. (1975), “Advertising and Economic Behavior”, London, MacMillan.
- Dasgupta, P. and Stiglitz, J. (1980), “Industrial Structure and the Nature of Innovative Activity”, *The Economic Journal*, no. 358, volume 90, June 1980, pp. 266-293.
- George, Kenneth, and Ward, T.S. (1975), “The Structure of Industry in the EEC”, Cambridge, Cambridge University Press.
- Mann, H. M., Henning, J. A., and Meehan, Jr., J. W. (1967), “Advertising and Concentration: an Empirical Investigation”, in *Journal of Industrial Economics*, number 16, pp. 34-45.

Pagoulatos, E. and Sorenson, R. (1981), "A Simultaneous Equations Analysis of Advertising, Concentration and Profitability", in *Southern Economic Journal*, number 47, pp. 728-741.

Phlips, Louis (1971), "Effects of Industrial Concentration: A Cross-Section Analysis for the Common Market", Amsterdam, NH Elsevier.

Phlips, Louis (1995), "Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective", New York, Cambridge University Press.

Scherer, Frederick M. (1980), "Industrial Market Structure and Economic Performance", 2nd edition, Chicago, Rand-McNally.

Schmalensee, Richard (1978), "Entry Deterrence in the ready-to-eat Breakfast Cereal Industry", *The Bell Journal of Economics*, volume 9, number 2, Autumn 1978, pp. 305-327.

Schmalensee, Richard (1989), "Inter-industry Studies of Structure and Performance", in Richard Schmalensee and Robert D. Willig (editors), *Handbook of Industrial Organization*, volume 2, Amsterdam, NH Elsevier, Chapter 16, pp. 951-1009.

Shaked, Avner and Sutton, John (1982), "Relaxing Price Competition Through Product Differentiation", *The Review of Economic Studies*, volume 49, number 155, pp. 3-13.

Shaked, Avner and Sutton, John (1983), "Natural Oligopolies", *Econometrica*, volume 51, number 5, September 1983, pp. 1469-1483.

Shaked, Avner and Sutton, John (1987), "Product Differentiation and Industrial Structure", *The Journal of Industrial Economics*, Volume 36, number 2, December 1987, pp. 131-146.

Shaked, Avner and Sutton, John (1990), "Multiproduct firms and Market Structure", *The RAND Journal of Economics*, volume 21, number 1, Spring 1990, pp. 45-62.

Strickland, A. D. and Weiss, L. M. (1976), "Advertising, Concentration and Price-Cost Margin", in *Journal of Economics and Statistics*, number 84, pp. 1109-1121.

Sutton, John (1986), "Vertical Product Differentiation: Some Basic Themes", *The American Economic Review (Papers and Proceedings of the Ninety-Eight Annual Meeting of the American Economic Association)*, volume 76, number 2, May 1986, pp. 393-398.

Sutton, John (1989a), "Endogenous Sunk Costs and Industrial Structure", in Bonnano, G. and Brandolini, D. (editors), *Markets Structure in the New Industrial Economics*, Oxford, Oxford University Press.

Sutton, John (1989b), “Is Imperfect Competition Empirically Empty?”, in George R. Feiwel (editor), *The Economics of Imperfect Competition and Employment: Joan Robinson and Beyond*, London, Macmillan Press, Chapter 6, pp. 225-240.

Sutton, John (1992), “Sunk Cost and Market Structure: Price Competition, Advertising, and the Evolution of Concentration”, Cambridge, The MIT Press.

Telser, L.G. (1964), “Advertising and Competition”, in *Journal of Political Economy*, number 72, pp. 537-562.

Tirole, Jean (1989), “Theory of Industrial Organization”, Cambridge, MIT Press.

Vickers, John (1986), “The Evolution of Market Structure when There is a Sequence of Innovations”, *The Journal of Industrial Economics*, volume 35, number 1, September 1986, pp. 1-12.

RESALE PRICE MAINTENANCE, SUGGESTED RETAIL PRICE E O CASO KIBON: UMA ANÁLISE CRÍTICA DO PONTO DE VISTA DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA NACIONAL, NORTE-AMERICANA E EUROPÉIA

*Rodrigo Surcan dos Santos**

I. Sumário

Trata-se de artigo com o escopo de realizar uma análise crítica do emprego dos conceitos de *Resale Price Maintenance* e *Suggested Retail Price* utilizados no julgamento do chamado caso “Kibon” pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, em comparação com a doutrina e a jurisprudência norte-americana e européia sobre o assunto.

Pretende-se focar os objetivos pretendidos pelos órgãos antitruste brasileiros com a decisão tomada e a efetividade do atendimento dos referidos objetivos no longo prazo, com base na utilização de doutrina nacional e estrangeira sobre o assunto.

Com base em casos similares analisados no Brasil e no exterior, tem-se por finalidade a análise crítica da decisão tomada pelo órgão de defesa da concorrência do Brasil e os resultados obtidos com a referida decisão.

II. Palavras chave

Resale Price Maintenance. Manutenção de preço de revenda. Suggested Retail Price. Sugestão de preço de revenda. Condutas colusivas verticais. Condutas discriminatórias. Uniformização de preços. Condição de revenda. Caso Kibon.

* Rodrigo Surcan dos Santos é bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, bacharel em Ciências Econômicas pela Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, mestrando em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Coordenador-Geral de Andamento Processual do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

III. Introdução

O presente trabalho tem por objeto analisar os conceitos empregados pela doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, em breve resumo, dos conceitos de “*Resale Price Maintenance*” (RPM) e “*Suggested Retail Price*” (SRP), tomando-se como base o caso Kibon¹, julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Primeiramente, serão apresentados os conceitos de “*Resale Price Maintenance*” e “*Suggested Retail Price*”, dentro de uma breve análise de colusões verticais, de acordo com a doutrina internacional e sua interpretação pelas cortes norte-americanas e órgãos antitruste norte-americanos e pela Diretoria Geral de Concorrência (DG4) da Comissão Européia (EC).

Dentro de cada um dos conceitos apresentados, serão analisadas as aplicações destes conceitos na jurisprudência nacional, em particular sua aplicação pelo CADE, e a flexibilização desta aplicação diante da realidade nacional. Em particular, pretender-se-á analisar especificamente a discussão sobre o tema proposta pelo ilmo. Conselheiro Leônidas Rangel Xausa, em seu voto apresentado no caso Kibon, supra mencionado.

Por fim, como conclusão do trabalho, tem-se por objetivo analisar os conceitos utilizados pelo então Conselheiro Relator e verificar potenciais questões de relevância para a análise concorrencial a serem levadas em consideração na questão de análises de sugestão de preços e fixação de preços ao revendedor, ao se importar conceitos de aplicação em tribunais estrangeiros.

Para tanto, dever-se-á, primeiramente, expor em breve relato o caso Kibon, o posicionamento dos demais órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no caso em análise, para, então, discutir e analisar especificamente o voto do Conselheiro Xausa, diante da aplicação do conceito de sugestão de preço ao revendedor.

IV. Condutas colusivas verticais

Quando se trata de condutas colusivas, não se pode ter em mente apenas o conceito mais amplamente empregado e conhecido de colusões: o caso de formação de cartéis, tratados especificamente no estudo de colusões horizon

¹ Processo Administrativo n.º 148/94 – Representante: Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo – Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo, Representada: Indústrias Alimentícias Gerais S.A. – IAG (KIBON), Conselheiro Relator Leônidas Rangel Xausa, 1º de outubro de 1997.

tais. O conceito de condutas colusivas deve ser compreendido de maneira mais ampla, tanto no âmbito horizontal como no âmbito vertical, como acordos – expressos ou tácitos – entre concorrentes ou entre produtores e fornecedores – de maneira impositiva ou por livre iniciativa.

As condutas colusivas, tanto em linha horizontal, quanto em linha vertical, possuem em comum a característica de poderem levar ao “*aumento de participação no mercado e/ou à exclusão de concorrente*” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 261). Portanto, independentemente da voluntariedade ou imposição da adoção da conduta, as conseqüências lesivas à livre concorrência e à ordem econômica são de suma importância no direito antitruste e na análise destas condutas pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

No que tange as condutas colusivas verticais, sua preocupação por parte dos órgãos antitrustes tem demonstrado não dever ser menor do que as condutas colusivas horizontais. Neste caso, importante conhecer sua definição e entender o objetivo de seu emprego e potenciais efeitos. Como definição, pode se reproduzir a conceituação de Bork (1993, p. 288) sobre restrições verticais: “*A restraint – whether on price, territory, or any other term – is vertical, according to the usage employed here, when a firm operating at one level of an industry places restraints upon rivalry at another level for its own benefits*”. Verifica-se, de imediato, que o autor não faz distinção entre colusões verticais de preço ou não-preço, podendo conceituá-las de forma abrangente e unívoca.

A preocupação e intenção dos agentes econômicos em adotar tais condutas residem justamente no objetivo de eliminar, ou ao menos reduzir, os chamados custos de transação existentes e inerentes às relações entre produtores e revendedores. O direito concorrencial pretende justamente analisar as conseqüências desta eliminação ou redução dos custos de transação. Não apenas os efeitos na concorrência no mercado dos fabricantes, como também os efeitos na concorrência no mercado dos revendedores.

É fundamental esta análise sobre a tentativa de redução dos custos de transação por parte do direito concorrencial, pois este objetivo, dos produtores e distribuidores, pode trazer efeitos não apenas não lesivos à concorrência, como até mesmo pró-concorrenciais. Assim, como nos ensina a professora Paula Forgioni (1998, p. 345 e 346): os “*acordos verticais acabariam, então, por trazer benefícios e não prejuízos para a concorrência, já que: (i) implicariam redução de custos de distribuição, viabilizando economias de escala; (ii) facilitariam a entrada de novos agentes econômicos no mercado de distribuição, pois permitiriam o retorno do investimento efetuado; (iii) im-*

pediriam a atuação de free riders; (iv) evitariam a concentração dos distribuidores, de forma a não permitir que aqueles mais agressivos acabassem por incorporar outros, causando um indevido grau de concentração no mercado; e (v) permitiriam a preservação da imagem do produto”.

Na verdade, as condutas colusivas verticais trazem um “novo” problema na análise antitruste. A partir da constatação de uma conduta colusiva vertical, a análise não se deve ater apenas às conseqüências no mercado produtor ou distribuidor. Esta conduta acaba por criar uma “nova” linha de concorrência, com a elevação de barreiras à entrada em ambos os mercados. Em analogia com uma integração vertical, Posner afirma que: “*the acquisition of the distributors will delay new entry at the production level by making it necessary for a new entrant to enter at two levels*” (POSNER, 2001, p. 255). Ao extremo, pode-se considerar que a contínua exploração de colusões entre produtores e seus distribuidores pode levar a uma situação de mercado equivalente a integrações verticais, na qual aqueles produtores ou aqueles distribuidores que não se encontrarem verticalmente integrados não conseguiriam atingir uma situação satisfatória para concorrerem em seus respectivos mercados. Criase um “novo” problema na análise antitruste, de atuação em diversos mercados, não apenas a jusante ou a montante, mas em atuações em conglomerado. Com essas condutas, pode-se levar não apenas à eliminação dos custos de transação, mas também à possibilidade de exclusão de empresas do mercado.

No entanto, a exclusão deve ser analisada meramente como um efeito colateral da colusão vertical. O problema central para a análise antitruste ainda reside em seu efeito imediato, isto é, “*o ajuste de comportamentos entre participantes do mercado*” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 261), que leva, por conseguinte, à criação da referida “nova” linha de concorrência. Isto leva a uma alteração do foco da análise antitruste em privilegiar apenas a análise de efeitos horizontais das condutas, passando a se preocupar também com a esfera vertical dos relacionamentos econômicos.

Nos tópicos seguintes, pretende-se abranger sumariamente duas condutas em particular, que trazem conseqüências no âmbito vertical: as práticas discriminatórias e as uniformizações de preço ou condições de revenda, para então, mais especificamente, poder tratar do problema de fixação de preço de revenda e sugestão de preço de revenda.

a) condutas discriminatórias

As práticas discriminatórias em âmbito vertical apresentam sua princi-

pal distinção em relação às colusões horizontais por não visarem a exclusão de concorrentes (sendo esta apenas uma possível conseqüência indireta), mas visarem a eliminação da concorrência em um setor (em particular, da concorrência intramarca). Portanto, o problema concorrencial em questão é a colusão em si. O tratamento desigual e não justificado entre produtores ou distribuidores visa justamente a eliminação de tensões em linha vertical. Portanto, ainda que se possa eliminar concorrentes em alguma das linhas de concorrência horizontal, e aumentar sua participação de mercado, estes efeitos são colaterais. A preocupação central reside na eliminação das tensões em âmbito vertical e suas conseqüências na “nova” linha de concorrência, verticalmente integrada, como já citado anteriormente, no caso da necessidade de se entrar no mercado já verticalmente integrado (POSNER, 2001, p. 255).

Com isso, a discriminação, por si só, não pode ser considerada lesiva à livre concorrência e à ordem econômica. Serve apenas como um indício significativo de poder econômico. Seu aspecto nocivo deve ser atentado apenas quando decorrer de acordos de cooperação vertical. Portanto, não está no fato de discriminação que se encontra a preocupação com a possibilidade de abuso de posição dominante. Esta é apenas um indício. A preocupação reside na possibilidade de exercício de abuso de poder.

Para tanto, deve-se ater ao efeito potencial de alteração no padrão de concorrência em um mercado, decorrente da prática de condutas discriminatórias. Esta prática pode eliminar concorrentes (produtores ou distribuidores) não privilegiados pelo “novo” mercado integrado. Com isto, acaba-se por ter um ato tendente à dominação de mercado.

Importante apenas ressaltar novamente a dispensa de existência de acordo expresso ou de contrato especificando a discriminação. A mera conduta continuada entre fornecedores e distribuidores poderia ser suficiente para se presumir a existência de um acordo vertical. A habitualidade de um relacionamento comercial pode ser suficiente para demonstrar um contrato de relacionamento constante, sem que haja realmente um contrato escrito. São os chamados contratos relacionais, que podem ser suficientes para demonstrar a relação comercial e presumir-se como indício de uma contratação.

b) Uniformização de preços ou condição de revenda

A uniformização de preço ou condição de revenda caracteriza-se pela imposição ou sugestão, por parte do fornecedor, de diversas condições para comercialização de seu produto por parte do distribuidor. Tais imposições ver-

sam desde quantidades mínimas de aquisição do produto, divisão de territórios de venda, até mesmo, restrições de condições técnicas para aquisição e comercialização dos produtos, passando, obviamente, pela fixação e sugestão de preços de revenda, objeto de nossa presente análise.

Destacam-se como características intrínsecas a este tipo de conduta: a potencialidade para eliminação da concorrência intramarca (sem, necessariamente, visar a exclusão de qualquer concorrente em específico); e a criação e elaboração em uma linha de mercado diversa daquela na qual efetivamente se verifica sua ocorrência.

No entanto, a doutrina neoclássica busca trazer explicações lógicas para a existência de restrições verticais. Tais restrições teriam por objetivo não apenas reduzir custos de transação², mas, segundo os neoclássicos, evitar efeitos inconvenientes da concorrência intramarca, como, por exemplo, a verificação de *free-riding*, isto é, o beneficiamento de certos distribuidores que se aproveitam de investimentos em publicidade, especialização da distribuição e, até mesmo, em serviços pós-venda, feitos por outros distribuidores, aumentando seus custos, enquanto os custos daqueles permanecem menores, possibilitando a prática de preços mais baixos. Neste sentido, a concorrência intramarca levaria a uma perda de eficiência, nivelando-se por meio do preço mais baixo, sem investimentos em publicidade, especialização ou serviços pós-venda.

Portanto, as condutas colusivas verticais teriam como benefícios os objetivos de se evitar as condutas oportunistas, decorrentes da adoção de comportamentos estratégicos pelos agentes econômicos, e se evitar os problemas decorrentes da racionalidade limitada, derivada da impossibilidade de se prever as todas as possíveis variações que podem acontecer na relação comercial entre fornecedor e distribuidor.

Todos estes objetivos tendem a reduzir os custos de transação. Outro fator que pode gerar custos de transação é a existência de incertezas criadas em decorrência das relações comerciais entre produtores e revendedores. A incerteza do fornecimento dos produtos e da frequência, quantidade e valor das vendas são alguns exemplos que aumentam os custos de transação. Neste caso, as condutas colusivas verticais trariam o benefício de reduzir tais custos, tal como uma integração vertical.

Neste sentido, há quem defenda incondicionalmente a adoção das fixações de preço como benéficas aos consumidores. Um destes defensores é

² Ver BORK (1993, p. 290): “*The manufacturer shares with the consumer the desire to have distribution done at the lowest possible cost consistent with effectiveness*”.

Bork (1993, p. 297), que afirma: “...*vertical price fixing (resale price maintenance), (...), and, indeed, all vertical restraints are beneficial to consumers and should for that reason be completely lawful*”.

Por fim, cumpre destacar que tais condutas colusivas verticais independem de e não se diferem por se tratarem de acordos baseados em preços ou não-preço. Dentre estas últimas, pode-se citar restrições baseadas em quantidades mínimas ou máximas, ou limitação territorial e exclusividade territorial. Dentre as restrições baseadas em preço, encontram-se as fixações de preços, sejam limitações de preço mínimo, máximo, ou fixo, e as derivações destas, que são as sugestões de preços a serem praticados. Pode-se dizer que restrições verticais de preços ocorrem quando: “*an upstream seller attempts to control the price at which downstream marketers resell a product or service*” (SULLIVAN; GRIMES, 2000, p. 335 e 336). Tanto a fixação de preços (conhecida como “*Resale Price Maintenance*” ou “RPM”) e a sugestão de preços de revenda (conhecida como “*Suggested Retail Price*”) serão objeto de análise mais específica no próximo capítulo, justamente por serem tratadas especificamente no caso Kibon.

1. Resale price maintenance (RPM)

O conceito de “*resale price maintenance*” ou “RPM” (às vezes, também conhecido como “*vertical price fixing*”) reside na fixação, por parte do produtor, dos preços a serem praticados pelo revendedor ou distribuidor. Trata-se do controle por parte do produtor do preço que sua mercadoria será comercializada. Esta fixação pode tanto ser absoluta, indicando exatamente o valor a ser comercializado o produto no mercado a jusante, ou fixação de preço mínimo ou fixação de preço máximo a ser praticado por seu distribuidor ou revendedor. “*It is possible to describe certain situations where the supplier would prefer the minimum resale price, and others where the supplier would prefer the maximum resale price*” (VISCUSI; VERNON; HARRINGTON, 1998, p. 241). Importante frisar que, dependendo de cada uma delas, as condutas, tanto de fixação de preço mínimo quanto de preço máximo, podem ser consideradas tanto ilícitas como lícitas, do ponto de vista antitruste.

A preocupação antitruste nos casos de fixação de preços de revenda tende a ser ainda maior do que em alguns outros casos de colusões verticais, como o caso de divisões de mercados e quotas de aquisição, pois, no caso da fixação de preços, “*a neutralização da concorrência se torna ainda mais evidente, uma vez que é eliminada qualquer possibilidade de variação dos preços praticados*” (FORGIONI, 1998, p. 349).

No Brasil, a legislação pátria (Lei 8.884, de 11 de junho de 94) dispõe especificamente que impor preços de revenda a distribuidores, ou mesmo quaisquer condições de comercialização relativas a negócios destes com terceiros (inciso XI do art. 21, Lei n.º 8.884/94), ou ainda a discriminação de produtores e distribuidores, por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda (inciso XI, do art. 21, da Lei n.º 8.884/94), serão consideradas infrações a ordem econômica, independentemente de culpa, desde que tais condutas tenham por objeto ou possam produzir os efeitos elencados nos incisos do artigo 20, da Lei n.º 8.884/94, quais sejam: (i) prejuízo da livre concorrência ou livre iniciativa; (ii) dominação de mercado relevante; (iii) aumento arbitrário de lucros; e (iv) exercício abusivo de posição dominante.

a) Jurisprudência internacional

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte tem decidido por considerar a fixação de preços de revenda como uma conduta ilícita *per se*, desde a decisão do caso *Dr. Miles Co. v. John D. Park & Sons Co.* (220 U.S. 373, 31 S.Ct. 376, 1911). No entanto, a própria jurisprudência da Suprema Corte tem admitido diversas exceções criadas judicialmente para a aplicação *per se* em casos de fixação de preços de revenda.

Ainda assim, a regra tem sido tratar a “*resale price maintenance*” como ilícita *per se*, independentemente de se verificar ou não poder de mercado e independentemente das intenções envolvidas, mesmo se o motivo for para combater os efeitos nocivos do comportamento oportunístico (*free riding*) ou os problemas de racionalidade limitada.

Sejam quais forem os motivos para redução dos custos de transação, nos casos típicos de RPM, o posicionamento da Suprema Corte norte-americana permanece o mesmo, como pode ser visto, por exemplo, no caso *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corporation* (465 U.S. 752, 104 S.Ct. 1464, 1984), julgado pela Suprema Corte norte-americana. Neste caso, a Monsanto era acusada de acordar com seus revendedores para fixar preço de revenda em seus produtos. Ainda existia a possibilidade de rescisão de contratos daqueles que se negassem a seguir estas diretrizes. Com isso, a Spray-Rite, que não aderiu à colusão, foi prejudicada, não mais podendo distribuir os produtos da Monsanto.

A defesa apresentada pela Monsanto residia justamente na discussão acerca da qualidade na prestação dos serviços por parte dos distribuidores, alegando que a Spray-Rite possui vendedores mal treinados e não atingia os parâmetros esperados nas promoções das vendas. Neste caso, a Monsanto foi

condenada pela Suprema Corte, com base no artigo primeiro do Sherman Act (Sherman Antitrust Act, 15 U.S.Code, §§ 1-7), justamente por acordar com os seus distribuidores, tendo como efeito a eliminação de outros agentes econômicos, como a Spray-Rite. Como se pode verificar neste caso, o fundamental para se considerar a conduta como ilícita foi a verificação de evidências suficientes do acordo e a distinção, justamente, entre uma ação concertada entre os agentes e o que poderia ter sido uma mera ação unilateral e independente de um produtor.

No entanto, como dito anteriormente, há exceções. A mais notória das exceções (que foi justamente utilizada como jurisprudência para fundamentar a decisão no caso Kibon, ora em análise) é a chamada Doutrina “Colgate”, aplicada no caso *U.S. v. Colgate & Co.* (250 U.S. 300, 39 S.Ct. 465, 1919), julgado em 1919. Neste caso, a Colgate teria anunciado previamente o preço de revenda e posteriormente teria se negado a vender novamente àqueles revendedores que não adotassem o preço anunciado.

Neste caso, a Suprema Corte não considerou a fixação ilegal, por não existir um “contrato” (*lato sensu*) entre o produtor e seus fornecedores. Neste caso, não havia uma fixação que obrigasse a adoção do preço imposto pela Colgate. A empresa apenas teria anunciado que não mais negociaria com revendedores e distribuidores que não adotassem seus preços de revenda. E quando um destes revendedores não adotava estes preços, a Colgate se recusava a fazer futuras vendas para este revendedor. Diante da ausência de um elemento que indicasse a possibilidade de ação concertada entre a produtora e seus distribuidores, a Suprema Corte não considerou a conduta como ilícita.

A exceção no caso Colgate reside no fato de que a condenação da adoção de RPM pela Suprema Corte norte-americana encontra-se baseada na aplicação do parágrafo primeiro do Sherman Act³, que trata dos contratos, combinações ou qualquer conspiração que restrinja o comércio pode ser considerada ilegal. Neste sentido, a seção 1 do Sherman Act requer um “acordo” entre duas ou mais partes. Uma vez que não existia nenhum contrato ou “acordo”, que a conduta da Colgate era unilateral, sem depender da concordância ou não de seus

³ Sherman Antitrust Act, 15 U.S.Code, §§ 1-7 **Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty:** *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*

distribuidores, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que não se estaria infringindo o parágrafo primeiro do Sherman Act. Logo, se um produtor simplesmente anunciasse que se recusaria a vender para um distribuidor que não adotasse o preço indicado, e posteriormente efetivamente se recusasse a comercializar com esse distribuidor, então não haveria infração ao Sherman Act. No entanto, o entendimento das cortes norte-americanas é restrito ao direito de não comercialização em novo pedido com aqueles que não adotarem os preços indicados. Esta conduta não pode ser utilizada como ameaça ou intimidação contra outros futuros distribuidores, caso contrário, não mais se enquadraria na exceção adotada pela Suprema Corte, tornando-se novamente uma conduta tipificada pela Seção 1 do Sherman Act.

A crítica que se faz a esta jurisprudência reside justamente na consequente conduta dos futuros revendedores, após a eliminação de um de seus concorrentes por não adotar um preço sugerido pelo produtor. A eliminação do concorrente levaria a uma conduta concertada dos revendedores de obediência ao preço sugerido, deixando este de ser meramente “sugerido” para ser considerado como preço fixado pelo revendedor. Adiante, será analisado o caso específico da sugestão de preços e quando realmente essa “sugestão” pode ser considerada lícita pelos órgãos de defesa da concorrência.

Portanto, como se pode observar, no caso de fixação de preços mínimos e preços fixos de revenda, a Suprema Corte norte-americana tem considerado tal conduta como ilícita *per se*. Há muitas críticas sobre essa adoção por parte da Suprema Corte, porém tais críticas residem na consideração de qualquer ilícito como sendo ilícito *per se* e não sujeito à aplicação da regra da razão, e não no sentido de que deveriam ser consideradas tais condutas como lícitas *per se*.

As imposições de preços mínimos de revenda podem resultar em acordos impróprios com os revendedores. Em tais casos, faz-se necessária a imposição de sanções por parte dos produtores contra a desobediência de tais acordos. Tais sanções podem ser desde a ameaça de penalizar o distribuidor com a confusão dos seus pedidos, como ocorrido no caso *Isaksen v. Vermont Castings* (825 F.2d at 1162-63); requisição de aprovação do produtor para práticas de preços diferentes daqueles sugeridos, como no caso *Pitchford v. PEPI, Inc.* (531 F.2d 92, 98 (3rd Cir.), *cert. denied*, 426 U.S. 935, 1976); ou ainda a remoção do incentivo financeiro para um distribuidor fixar um preço abaixo do mínimo sugerido, como no caso *American Cyanamid Corp.* (C-3739, FTC Consent Order May 12, 1997).

No entanto, como exceção à consideração de fixação de preços como um ilícito, a Suprema Corte decidiu, no caso *United States v. General Electric*,

Co. (272 U.S. 476, 47 S.Ct. 192, 71 L.Ed. 362, 1926), de 1926, no caso de venda por consignação, quando decidiu que “*an upstream seller was not in violation of the rule against vertical price fixing when it prescribed the sale price for light bulbs consigned to independent merchants*” (SULLIVAN; GRIMES, 2000, p. 346).

Cumpra-se destacar que a própria Suprema Corte, no caso de fixação máxima de preços de revenda, esta corte inovou, alterando seu posicionamento anterior sobre o assunto, ao julgar o caso *State Oil Company v. Bakat U. Khan Andkhan & Associates* (No. 96-871, Decided November 4, 1997). Neste caso, o Juiz O’Connor revogou expressamente o entendimento no qual a fixação máxima de preços deveria ser considerada ilícita *per se*⁴. A votação foi unânime, tendo a Suprema Corte reconhecido a evolução da doutrina no que concerne a questão de fixação máxima de preço de revenda, dominante desde a decisão do caso *Albrecht v. Herald Co., DBA Globe Democrat Publishing Co.* (390 U.S. 145, 1968). Com isso, a Suprema Corte afirmou expressamente que a fixação de preços máximos de revenda não deveria mais ser tratada como um ilícito *per se*. A Corte esclareceu que o preço máximo poderia promover o bem-estar dos consumidores, dentro de certas circunstâncias, limitando a habilidade dos distribuidores e revendedores de exercer um poder de monopólio local. Entretanto, a mesma Corte, de forma igualmente expressa, recusou tornar a prática lícita *per se*⁵, destacando a necessidade de uma análise mais aprofundada, à luz da regra da razão, dos benefícios e prejuízos causados pela fixação de preços máximos de revenda caso a caso.

No mesmo sentido, a União Européia tem, em diversos casos⁶, dife-

⁴ *in State Oil Company v. Bakat U. Khan Andkhan & Associates* (cit.): “*Under §1 of the Sherman Act, 26 Stat. 209, as amended, 15 U.S.C. 1 “[e]very contract, combination ... , or conspiracy, in restraint of trade” is illegal. In Albrecht v. Herald Co., 390 U.S. 145 (1968), this Court held that vertical maximum price fixing is a per se violation of that statute. In this case, we are asked to reconsider that decision in light of subsequent decisions of this Court. We conclude that Albrecht should be overruled.*”, página 1.

⁵ *in State Oil Company v. Bakat U. Khan Andkhan & Associates* (cit.): “*In overruling Albrecht , we of course do not hold that all vertical maximum price fixing is per se lawful. Instead, vertical maximum price fixing, like the majority of commercial arrangements subject to the antitrust laws, should be evaluated under the rule of reason. In our view, rule-of-reason analysis will effectively identify those situations in which vertical maximum price fixing amounts to anticompetitive conduct*”

⁶ Ver, por exemplo, os casos: *Pronuptia* (OJ No L 13, 15.1.1987, p.39), *Yves Rocher* (OJ No L 8, 10.1.1987, p. 49), *Computerland* (OJ No L 222, 10.2.1987, p. 12), e *ServiceMaster* (OJ No L 332, 3.12.1988, p. 38).

renciado a fixação de preço de revenda de um modo em geral, da fixação máxima de preços de revenda, bem como de recomendação de preços de revenda. Porém, o principal entendimento da União Européia sobre o assunto decorre do “*Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*” (doravante simplesmente *paper* ou *green paper*) (EUROPEAN UNION. European Commission. Directorate General for Competition), no qual a Diretoria Geral para Concorrência (DG4) da Comissão Européia aborda diversas espécies de restrições verticais, dentre elas as condutas colusivas verticais e, em particular, aquelas referentes a preço, como a fixação de preço de revenda.

A Diretoria, em seu *paper*, afirma que as estruturas verticais podem produzir preços que são demasiadamente altos, não apenas do ponto de vista dos consumidores, mas também do ponto de vista dos produtores e distribuidores. Quando há algum poder de mercado, os produtores e distribuidores cobram *mark ups* para os seus respectivos custos. Esta “dupla” cobrança de *mark up*, conhecida como dupla marginalização, decorrerá do fato de que cada firma toma sua decisão de preço independentemente, sem levar em consideração o impacto de suas decisões nos seus parceiros comerciais em uma estrutura vertical. Como consequência, os preços são maiores do que seriam os preços que maximizassem os lucros conjugados dos produtores e distribuidores. Neste caso, o *paper* considera que, ao se fixar preços máximos, pode-se minimizar essa situação. Outras espécies de restrições verticais também são consideradas como possíveis alternativas para se evitar essa dupla marginalização.

Porém, por outro lado, a Diretoria considera que certas restrições verticais, como “*resale price maintenance*” ou exclusividade territorial podem ter um efeito direto de restringir ou até mesmo eliminar a concorrência intramarcas. Por esta razão, distribuidores poderiam estar interessados de acordar neste sentido com seus fornecedores para restringir a concorrência no âmbito dos distribuidores. Quando os distribuidores possuem poder de mercado (como é o caso das grandes redes de supermercados) torna-se mais provável de acontecer tal conluio, caso existam fortes barreiras à entrada. Estas restrições verticais também podem ser utilizadas para facilitar o acordo entre produtores. A manutenção de preços por parte dos distribuidores torna-se um meio mais eficaz de se verificar uma suposta desobediência no cartel dos produtores.

Não apenas a redução de concorrência intramarca, mas a fixação de preços de revenda pode também levar à redução da concorrência intermarcas, em mercados oligopolistas com estruturas verticais. Portanto, ambos os aspectos: tanto a concorrência “*intrabrand*” quanto a concorrência “*interbrand*” são de extrema importância para a análise antitruste. A existência de uma estru-

tura de mercado permitindo um nível suficiente de concorrência na distribuição e produção seria determinante para o efeito de rede das restrições verticais em concorrência.

No mesmo sentido, se restrições verticais forem introduzidas para se evitar o problema do *free-riding*, a concorrência entre distribuidores de uma mesma marca (concorrência intramarca) também seria afetada. Portanto, se uma estrutura vertical tiver um poder suficiente de mercado, terá menores incentivos em reduzir seus preços e tenderá a absorver quaisquer ganhos em forma de lucros extras. No entanto, o caso de uma relativa concorrência pode eliminar os efeitos nocivos de uma restrição vertical.

Dentre as espécies contidas no grupo de tipos de fixação de preço de revenda, o *paper* especificamente distingue entre os acordos nos quais “*the buyer is obliged or induced to resell not below a certain price, at a certain price or not above a certain price*”⁷. Este grupo inclui fixação mínima de preços, fixação absoluta, fixação máxima ou mera sugestão de preço de revenda. O entendimento na União Européia é de que os casos de fixação máxima de preços e recomendação de preços, as quais geralmente não possuem efeitos negativos, podem, na verdade, atuarem como fixadores de preços de revenda.

Já nos casos da fixação de preço mínima e absoluta, há dois principais efeitos: (1) os distribuidores não poderiam mais concorrer em preços por aquela marca, levando a uma eliminação total da concorrência de preços intramarca; (2) haveria uma transparência no preço e a responsabilidade pelas alterações de preço, facilitando uma colusão horizontal entre produtores ou distribuidores.

O *paper* conclui que, dentro do grupo de condutas amplamente referidas como “*resale price maintenance*”, a fixação de preços e a fixação de preços mínimos são restrições severas à concorrência, devendo ser evitadas e punidas. Já os casos de fixação máxima de preço e de recomendação de preço, quando realmente forem preços máximos ou recomendados (sem imposição ou sanção por descumprimento), então não são consideradas restrições à concorrência.

Cabe apenas destacar o posicionamento da legislação antitruste de alguns países membros da União Européia, no que se refere a fixação de preços de revenda. “*Resale Price Maintenance*” (RPM) é considerada um ilícito *per*

⁷ “*Communication from the Commission on the application of the Community competition rules to vertical restraints: Follow-up to the Green Paper on Vertical Restraints*” – Directorate General for Competition – European Commission (C 150) – (<http://europa.eu.int/en/comm/dg04/dg4home.htm>.) - página 15

se na França e na Espanha. Por outro lado, a mesma conduta não é considerada ilegal *per se* na Itália, mas é analisada, caso a caso, com base na regra da razão.

b) *Jurisprudência do CADE*

No Brasil, o CADE já vem decidindo no mesmo sentido: de considerar ilícitas as fixações de preço de revenda. Como se pode observar no exposto no artigo 21, inciso XI, da Lei 8.884/94, este dispõe que constitui infração da ordem econômica “*impor, no comércio de bens e serviços, a distribuidores, varejistas ou representantes, preços de revenda...*”. Portanto, existindo expressa inclusão dos distribuidores no inciso legal, resta evidente a inclusão da fixação de preços de revenda para distribuidores como uma potencial infração à ordem econômica, nos termos do artigo 20.

Há ainda diversos casos que podem corroborar tal interpretação. Por exemplo, pode-se citar o voto da então Conselheira Relatora Neide Teresinha Malard, proferido em caso de fixação de preços, no qual afirma que: “[p]ouco importa o valor que tenha sido fixado. O que torna a tabela anticonstitucional é a **uniformidade de preços**, que mascara o real valor do serviço. **Preço mínimo ou preço máximo** uniformizado em determinado setor da economia significa falta de concorrência. E a falta de concorrência começa exatamente pela divulgação da tabela nacional que, depois, é regionalizada, conforme afirmado pela própria representada”⁸ (grifos nossos). Como se pode verificar neste trecho do voto, a então Conselheira Neide Malard já deixava claro seu entendimento de considerar ilícita a fixação de preço, mesmo em se tratando de preço mínimo ou mesmo em se tratando de preço máximo de revenda.

No mesmo sentido, em outro voto, a então Conselheira Lúcia Helena Salgado Filho repudiava veementemente a fixação de preços de revenda. Interessante a análise deste caso, pois justamente ela vem a diferenciar as condutas colusivas verticais de “preço mínimo de revenda” e de “sugestão de preço de revenda”, considerado aquela lesiva a concorrência e definindo explicitamente o entendimento do Conselho quanto ao conceito de RPM, como se pode verificar, *in verbis*: “**Trata-se, claramente, de fixação de preços mínimos de revenda, e não de mera sugestão de preços. Como já afirmei no voto da PA n° 89/92,**

⁸ Voto no Processo Administrativo n.º 61/92, de 14 de fevereiro de 1996, Representante: Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização, Representada: Associação Médica Brasileira – AMB. In DOU de 28 de fevereiro de 1996, Seção I, página 2850.

*‘na sua acepção clássica, fixação de preços de revenda (FPR) é definida como uma **restrição vertical** estabelecida contratualmente entre dois agentes econômicos integrantes de uma **mesma cadeia produtiva**, digamos, fabricante e distribuidor no intuito de se **controlar o preço final vendido ao consumidor**. A FPR pode ter diversos objetivos: sustentar cartéis de fabricantes, distribuidores ou comerciantes; evitar problemas da dupla marginalização resultante da existência de monopólios sucessivos; estimular a provisão de serviços especiais; manter a qualidade do produto; e promover maiores esforços de vendas’. Portanto, a FPR, que implica em uniformização de preços e conseqüente restrição no leque de escolhas do consumidor, pode oferecer compensações (por exemplo, aumentar a qualidade dos serviços) ou não (por exemplo, facilitar cartel)’⁹ (grifos nossos).*

Porém, antes mesmo da Lei 8.884/94, ou mesmo da lei antitruste 4.137, de 1962, já existiam julgados nos tribunais no mesmo sentido. Por exemplo, em um julgado de 1940, o então Relator Juiz Raul Machado decidiu: “... para a consecução desse objetivo, se não havia uma coação legal decorrente do contrato ou ajuste, havia, sem dúvida, uma coação de ordem moral e outra de ordem comercial, pois, o negociante que **infringisse a tabela organizada de preços de produtos odontológicos vendendo-os por preço inferior**, seria eliminado do quadro de sócios do Sindicato dos Comerciantes de Artigos Dentários do Rio de Janeiro, vendo-se, ainda, em sérias dificuldades para a aquisição, com o fim de revenda, dos aludidos produtos, porquanto o Sindicato determinava aos seus associados “a completa cessação de relações comerciais com as irmãs que não pertencessem ao quadro social dos sindicalizados” ...”¹⁰ (grifos nossos).

A acusação, neste caso, era de infração ao art. 3º, 1, do Decreto-lei n.º 869, de 18.11.1938, “por terem celebrado ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor”. Portanto, como se pode observar, a legislação pátria, ao menos desde 1938, já considerava a imposição de preço de revenda como um ilícito a ser punido.

⁹ Voto no Processo Administrativo n.º 08000.01776/95-33, de 06 de outubro de 1999, Representante: União Catarinense de Veículos, Representada: FIAT do Brasil S/A. In DOU de 2 de dezembro de 1999, Seção 1.

¹⁰ Sentença de 19 de agosto de 1940, do TSN, n.º 873, do então Distrito Federal, Relator Juiz Raul Machado, In RF 84/193 e ss.

2. *Suggested retail price (SRP)*

Os casos de sugestão de preço de revenda (“*Suggested Retail Price*” nos Estados Unidos, ou “*recommended price*” na União Européia) vêm sendo tratados pela doutrina como uma subdivisão da fixação de preços de revenda (“*Resale Price Maintenance*”), tendo como característica peculiar que a diferença do conceito amplo de RPM o fato de se tratar de uma mera sugestão, recomendação, unilateralmente proposta pelo produtor, sem qualquer espécie de obrigação por parte do distribuidor ou revendedor de adotar o preço sugerido e, conseqüentemente, sem qualquer espécie de previsão contratual¹¹ de sanção ou qualquer espécie de coação por parte do produtor àqueles distribuidores que não aderirem à prática do preço indicado. Com isto, pode-se afirmar que: “*The most obvious example is the widely used practice of manufacturers announcing “suggested” retail prices for their products. So long as nothing more is done, the practice is uniformly regarded as lawful;*” (SULLIVAN, 1998, p. 397).

Porém, é importante a análise concreta de cada caso, para verificar se a estrutura de mercado não permitiria que uma simples sugestão de preço não possuísse condições suficientes para uniformizar e estabilizar os preços de revenda. “*Yet suggested resale prices are countenanced although the manufacture can have only one purpose – to affect the price at which dealers resell. Though dealers may or may not universally follow them, surely suggested prices “tend” either to “stabilize” price at the level selected by manufacturer or to establish that level as the base price from which discounts are computed*” (SULLIVAN, 1998, p. 397). Portanto, se houver uma semelhança consistente entre esta conduta e os efeitos de uma restrição horizontal de sugestão de preços, então, “*suggested retail prices*” serão considerados ilícitos.

a) *Jurisprudência Internacional*

Conforme já citado anteriormente, o paradigma norte-americano como exceção da aplicação das RPMs como um ilícito *per se*, baseando-se na não obrigatoriedade de adoção do preço anunciado, considerando-se o mesmo como mero preço “sugerido”, vem justamente do caso *U.S. v. Colgate & Co.* (250 U.S. 300, 39 S.Ct. 465. 1919), visto acima.

¹¹ “contrato” em seu sentido mais amplo, incluindo-se o conceito de contrato relacional, supra citado.

No entanto, segundo palestra do Conselheiro da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos (USDOJ), o Sr. Willard K. Tom, proferida em 07 de abril de 1994, há uma tendência nos últimos anos de extensão dos limites do caso Colgate. Fala-se na chamada teoria dos “*three bites at the apple*”¹²: ao revendedor que divergisse da política de preços do fabricante, seria dado primeiro um aviso, depois uma suspensão ou multa e, por último, a rescisão do contrato. Segundo julgado do Juiz Posner (*Isaksen v. Vermont Castings, Inc.*, 825 F.2d 1158 (7th Cir. 1987), cert. denied, 486 U.S. 1005. 1988), este considerou que se o fabricante anuncia ao revendedor um aumento de preços e o revendedor aceita tal aumento, haveria um contrato. Daí, pode-se concluir que a conduta não seria ilegal. Contrariando este argumento, tem-se que assim seria muito mais fácil provar que houve um contrato do que provar que houve ação concertada ferindo o Sherman Act.

Outras interpretações sobre a aplicação do caso Colgate têm surgido nos Estados Unidos. Por exemplo, a Federal Trade Commission (FTC), órgão antitruste norte-americano, proibiu a Nintendo (*Nintendo of America*, 114 F.T.C. 702. 1991. Consent Order) de exercer os chamados “direitos Colgate”¹³ para terminar ou suspender os negócios com um distribuidor que não aderisse à sugestão de preço. Esta medida foi necessária por que a Nintendo comandava cerca de 80% (oitenta por cento) do mercado e, por seu poder de mercado, poderia ter mantido sua política sem um acordo com os distribuidores, por conta da intimidação que faria frente a estes distribuidores.

Outro caso no qual se discutiu a questão da sugestão de preços, analisado pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça Norte-Americano, foi o caso *United States v. AnchorShade Inc.* (United States District Court (U.S.D.C.), Southern District of Florida), de 1996, no qual a empresa era acusada de combinar a fixação de preços de revenda de seus guarda-sóis para barco, violando, portanto, a supra mencionada seção 1 do Sherman Act. Neste caso, a empresa usava de ameaça de não comercializar mais com a empresa que não adotasse os preços sugeridos. Como se pode verificar, a diferença marcante entre este caso e o caso Colgate é que, teoricamente, na análise do caso Colgate, esta empresa não teria usado de nenhum meio para ameaçar ou coagir seus revendedores a adotarem sua

¹² palestra “*Vertical Price Restraints*”, proferida por WILLARD K. TOM, em Washington, D.C., em 07 de abril de 1994, perante a American Bar Association, Section of Antitrust Law. (<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/94-04-06.htm>)

¹³ “direitos Colgate” seriam os direitos do produtor de sugerir preços e cessar a comercialização com aqueles que não aderissem aos preços sugeridos, desde que de maneira unilateral. Ver *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919), supra citado.

sugestão de preços. Ela simplesmente teria, posteriormente, cessado a comercialização com aqueles que não tivesse adotado o preço sugerido. Já no caso AnchorShade, a empresa teria se utilizado de ameaça e coação de não voltar a negociar com os revendedores que não adotasse seus preços. Neste ponto é que reside a distinção na interpretação por parte das cortes norte-americanas, em terem considerado este caso como ilícito *per se*, e o caso Colgate como não sendo ilícito, como sendo meramente uma sugestão de preços.

Há, ainda, uma série de meios identificados nos julgados norte-americanos para se enquadrar nas previsões do caso Colgate, como: fornecendo lista de preços sugeridos para revenda, como no caso *Isaksen v. Vermont Castings* (825 F.2d 1158, 1162 (7th Cir. 1987), *cert. denied*, 486 U.S. 1005. 1988); ou ainda a fixação prévia dos preços nos produtos, como no caso *Mesirow v. Pepperidge Farm* (703 F.2d 339, 344 (9th Cir.), *cert. denied*, 464 U.S. 820. 1983); ou a propaganda direta aos consumidores dos preços sugeridos, como visto no caso *Jack Walters & Sons v. Morton Building, Inc.* (737 F.2d 698, 707 (7th Cir.), *cert. denied*, 469 U.S. 1018. 1984).

Por fim, cumpre destacar o posicionamento de Herbert Hovenkamp (1994, p. 426) sobre os critérios para se considerar RPM como uma violação *per se* do Sherman Act e, conseqüentemente, os mesmos critérios utilizados para não se considerar uma conduta colusiva vertical referente a preços como ilícita *per se*: “(1) that the arrangement at issue includes a sale and resale, and is not merely consignment; (2) that there is a qualifying agreement between two or more distinct firms; and (3) that the agreement is a qualifying “agreement on price or price level”, in the language of the Business Electronics decision”¹⁴.

Como afirmado anteriormente, a União Européia tem tomado uma postura bem restrita na diferenciação entre “*resale price maintenance*” e “*recommended prices*”, considerando estes como uma espécie daquele gênero, e fazendo distinções em ambos os casos nos quais há possibilidade de interpretação como condutas lícitas ou ilícitas, em todos os casos. Há inúmeros julgados que tratam deste aspecto, como, por exemplo os casos: Pronuptia (OJ No L 13, 15.1.1987, p.39), Yves Rocher (OJ No L 8, 10.1.1987, p. 49), Computerland (OJ No L 222, 10.2.1987, p. 12), e ServiceMaster (OJ No L 332, 3.12.1988, p. 38), dentre outros diversos que abordaram a questão de fixação ou sugestão de preços.

No mesmo sentido, o “*green paper*” supra mencionado também tratou das chamadas “recomendações de preços”, novamente como uma derivação ou sub-espécie dos “*Resale Price Maintenance*”. Neste aspecto, cumpre

¹⁴ Business Electronics Corp. V. Sharp Electronics Corp., 485 U.S. 717, 108 S.Ct. 1515 (1988).

citar novamente o entendimento da Diretoria Geral para Concorrência (DG4) da Comissão Européia sobre a fixação máxima de preços e a recomendação de preços como potencialmente não lesivas à concorrência, mas devendo as mesmas serem analisadas caso a caso, devido à possibilidade de, na verdade, atuarem como fixadores de preços de revenda.

Novamente, cumpre destacar a conclusão do *paper*, dentro do grupo de condutas amplamente referidas como “*resale price maintenance*”, no sentido de que a fixação de preços e a fixação de preços mínimos contêm elementos suficientes para serem consideradas potencialmente lesivas à concorrência, porém os casos de fixação máxima de preço e de recomendação de preço, quando realmente forem preços máximos ou recomendados (sem imposição ou sanção por descumprimento), então não seriam consideradas restrições à concorrência.

Novamente, apenas para destacar o posicionamento de algumas legislações dos países membros da União Européia a este respeito, apesar de considerarem ilícito *per se* a fixação de preço, a França e a Espanha consideram lícita a recomendação de preços. No mesmo sentido, também na Itália a recomendação de preços pode ser considerada lícita, desde que analisada no caso concreto.

b) *Jurisprudência do CADE*

O caso marcante julgado pelo CADE, no que se refere à sugestão de preços de revenda, é justamente o caso Kibon, citado anteriormente, no qual o Conselheiro Relator Leônidas Rangel Xausa determinou as condições para admissão de tal conduta e diferenciou-a de uma simples imposição vertical de preços de revenda.

Importante destacar que o presente caso foi instaurado antes da vigência da Lei 8.884/94, portanto ainda sob a exigência da antiga Lei 8.158/91. A SDE, neste caso, tipificou a conduta de acordo com o artigo 3º, incisos I, XV e XVI da antiga lei¹⁵, baseando-se em prática tendo por objeto ou produzindo o

¹⁵ “Art. 3º. Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou **prática** tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar o mercado de bens ou serviços, **prejudicar a livre concorrência** ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados, tais como: I - impor preços de aquisição ou revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas e margem de lucro, bem assim **estabelecer preços mediante a utilização de meios artificiosos**; (...)

XV - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

XVI - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas;” (grifos nossos)

efeito de prejudicar a livre concorrência estabelecendo preços mediante a utilização de meios artificiosos, influenciando a adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes e criando dificuldades à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresas.

A particularidade neste voto foi justamente demonstrar e especificar as diferenças entre fixação de preço de revenda e simples sugestão de preço de revenda, como se pode observar em trecho do voto do Conselheiro Xausa:

*“24. O processo em questão contém todos os elementos que autorizam a afirmar que trata-se de **suggested retail price**, e não **imposição**, porque:*

*a) não existem **condições estruturais** para que a Representada exerça **domínio de mercado**, capazes de obrigar as revendedoras a seguir sua política (ou sugestões) de preços. Uma hipotética ameaça de retaliação por parte da Representada, caso o revendedor não acompanhasse a “sugestão”, poderia ser facilmente contornada pela comercialização de outras marcas, haja visto, como já foi salientado, o **ambiente altamente competitivo** prevalecente neste segmento.*

*b) não se verificou a existência de **dispositivos contratuais** ou **acordos** que obrigassem os distribuidores a exporem as tabelas de preços sugeridas ao consumidor. Como relatado, o próprio Sindicato da Indústria e Panificação e Confeitaria de São Paulo afirmou que os estabelecimentos varejistas não sofrem nenhuma retaliação por parte das indústrias caso aquelas optem em realizar políticas de preços autônomas.*

*c) O comportamento dos preços **não** tem seguido **tendência uniformizante**, mas ao contrário, apresenta **significativa dispersão**. Vale dizer, as flutuações de preços verificados nos dados fornecidos pela SUNAB - constantes nas folhas anexas a este voto - indicam, indubitavelmente, que o mercado é regido pelas livres forças da demanda e oferta de cada contexto específico” (Xausa, PA 148/94, p. 5) (grifos nossos).*

O Conselheiro torna claro que a “*diferença entre sugestão de preços de revenda e imposição vertical de preços está claramente relacionada com o poder de mercado do(s) fabricantes(s)*” (Xausa, PA 148/94, p. 4). Portanto, verificadas as condições supra mencionadas e, conjuntamente, verificada a inexistência de poder de mercado dos fabricantes, a sugestão de preço pode, então, ser considerada como conduta lícita pelo ordenamento jurídico pátrio.

No mesmo sentido deste julgado, o CADE tende a interpretar que a prática de preços sugeridos em mercados de produtos altamente competitivos é

admissível, não constituindo, necessariamente, infração à ordem econômica. O próprio Conselheiro Leônidas Rangel Xausa, em caso semelhante, afirmou:

*“1. O presente feito é de natureza idêntica ao Processo Administrativo n.º 148/94, por mim relatado, cujo entendimento foi acompanhado pelo Plenário, onde sustento a tese de que trata-se de **suggested retail price**, e não imposição, porque: a) **não existem condições estruturais para que a Representada exerça domínio de mercado**, capazes de obrigar as revendedoras a seguir sua política (ou sugestões) de preços; b) **não se verificou a existência de dispositivos contratuais ou acordos que obrigassem os distribuidores a exporem as tabelas de preços** sugeridas ao consumidor; e c) **O comportamento dos preços não tem seguido tendências uniformizantes, mas ao contrário, apresenta significativa dispersão.***

*2. Além do mais, destaquei naquela ocasião que o conceito de **suggested retail price** – além das considerações retro expostas – assume importantes características de **ordem pedagógica** para o mercado, mediante a informação aos consumidores sobre os preços justos, e livre o varejista para decidir sobre o valor de seus produtos.”¹⁶ (grifos nossos)*

Em outro caso semelhante, o Conselheiro Renault de Freitas Castro, citando os julgados supra mencionados, afirmou: *“Dos julgamentos acima citados, restou claro, no entanto, que o pronunciamento do CADE sobre a prática de preços sugeridos deverá levar em conta a **característica de cada caso**, em particular, sendo precedido de **análise do respectivo mercado relevante**, com vistas a assegurar que a mencionada prática não apresenta possibilidade de acarretar **prejuízo ou limitação à concorrência**, principalmente por intermédio da imposição de tais preços”¹⁷ (grifos nossos).* Como se pode ver, são as características de cada caso, e, em particular, a estrutura do mercado relevante específico, que podem determinar se há possibilidade ou não da sugestão levar a prejuízo ou limitação da concorrência.

Novamente, cumpre-se destacar a importância da análise do caso concreto, não se podendo considerar a sugestão de preço como uma conduta lícita

¹⁶ Voto no Processo Administrativo n.º 149/94, de 19 de novembro de 1997, Representante: Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo, Representada: INSOL – Indústria de Sorvetes Ltda. – antiga Yopa, atualmente de propriedade da Nestlé.

¹⁷ Voto na Consulta n.º 14/96, de 12 de novembro de 1997, Consulente: Warner Lambert Indústria e Comércio Ltda. In DOU de 3 de março de 1998, Seção I, p. 6.

per se ou simplesmente como uma conduta ilícita per se. Outro exemplo de preço sugerido que foi analisado pelo CADE é o caso de fixação de preço de capa do livro por parte da editora. Neste caso, o então Conselheiro Arthur Barrionuevo Filho afirmou em seu voto que: “... os preços dos livros ao consumidor, não obstante a cláusula contratual, variam de uma livraria para outra. Também, não existe no contrato, a previsão de qualquer penalidade aos livreiros que não seguirem o preço de capa sugerido pela editora. Finalmente, a editora não recebe qualquer informação sobre o preço final praticado pelos livreiros”¹⁸.

No entanto, a questão sobre os critérios de utilização lícita da sugestão de preços e sua consideração como um ilícito concorrencial ainda se encontra em discussão. A mera argüição de natureza não impositiva do preço sugerido não parece ser critério suficiente para simplesmente considerar a conduta um lícito per se, devendo ser analisada caso a caso. Exemplo é o voto da então Conselheira Relatora em outro caso referente à sugestão de preços:

“9. Afirma a AMB que nunca pretendeu impor os honorários mínimos a quem quer que seja, apenas calculando-os, divulgando-os e recomendando-os, através de sua Comissão Nacional de Honorários.

Não se requer seja impositiva a tabela. A conduta se materializa na medida em que, utilizando-se de sua indiscutível aptidão para influenciar seus afiliados, elabora a tabela, divulgando-a e até recomendando-a, com o declarado objetivo de proteger a categoria dos médicos.

A tabela de preços é, em princípio, prejudicial à concorrência, ainda que não impositiva. Afeta o poder de decisão individual de cada agente econômico para estabelecer seus próprios preços, de conformidade com seus custos. Ademais, constitui fator de inibição da melhoria da qualidade dos serviços, pois qualquer melhoramento importaria afastamento dos padrões que serviram de base à uniformização dos preços. (...)

Tratando-se de uma poderosa associação, com representação em todo o território nacional, detém considerável poder no mercado relevante de prestação de serviços médicos. Sua ação é nefasta para esse mercado. Onde quer que se dirija o paciente, lá está a tabela da AMB, que lhe dá um

¹⁸ Voto no Processo Administrativo n.º 08000.018299/96-86, de 16 de setembro de 1998, Representante: Ana Tereza Sotero Duarte, Representados: Livraria Eldorado Brasília Ltda. E Editora Ática S.A., In DOU de 7 de outubro de 1998

referencial falacioso, pois acredita que tem ali o aval da Associação para bons serviços a preços razoáveis. A idéia passada ao consumidor é a de que todos os profissionais da saúde são igualmente competentes, atualizados e atenciosos, fazendo, jus, portanto, àquela remuneração.

10. Entendo, pois, configurada a infração prevista no inciso II do art. 21 da Lei 8.884/94, pois não há dúvida de que a tabela, elaborada, divulgada e recomendada pela representada, influencia a adoção de conduta comercial uniforme entre concorrentes, o que, na verdade, é o objetivo da AMB que, assim, procedendo, entende estar se conduzindo legitimamente, no exercício regular de um direito”¹⁹ (grifos nossos).

Interessante observar que o posicionamento da então Conselheira Neide Malard, seguido pelo Conselho do CADE, trata justamente do mesmo aspecto que o voto do então Conselheiro Xausa: do efeito da tabela sugestiva de preços de funcionar como um “referencial” de preços para o consumidor final.

Ainda que seja importante destacar que, enquanto no caso Kibon, tratava-se de um bem homogêneo (isto é, o sorvete Kibon adquirido pelo consumidor seria de mesma espécie e qualidade, independentemente do seu revendedor), enquanto que o serviço prestado pelos médicos, no caso AMB, é claramente heterogêneo, não se podendo garantir a manutenção da qualidade destes serviços (e nem sequer a AMB declarando que garantisse essa qualidade – justificando a “falácia” no referencial de preços das tabelas AMB). Ainda assim, os critérios para aprovação, em um caso, e reprovação da conduta, em outro, são, em princípio, os mesmos. Ambos baseavam-se na mera sugestão, sem previsão de qualquer meio de sanção ou imposição dos preços.

No entanto, enquanto o Conselheiro Xausa teria demonstrado (por meio de pareceres juntados aos autos) que não haveria uniformização de preços, a Conselheira Malard simplesmente considerou que a mera sugestão seria suficiente para a adoção uniformizada de preços por parte dos prestadores de serviços médicos ligados à AMB.

Ainda que discutíveis os critérios utilizados em ambos os casos ou que destacadas as patentes diferenças verificadas em cada um dos casos, uma certeza aflora desta análise: a necessidade de se analisar cada caso concreto indivi-

¹⁹ Voto no Processo Administrativo n.º 61/92, de 14 de fevereiro de 1996, representante: federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e Capitalização, Representada: Associação Médica Brasileira – AMB. In DOU de 28 de fevereiro de 1996, Seção I, p. 2850.

dualmente, com suas peculiaridades, não se podendo considerar a sugestão de preços como uma prática *lícita per se*, nem mesmo *ilícita per se*.

Justamente pela necessidade de análise do caso concreto, pretende-se, no próximo capítulo, analisar particularmente os critérios utilizados pelo Conselheiro Relator Leônidas Rangel Xausa, no Processo Administrativo n.º 148/94, conhecido como caso “Kibon”.

Por fim, antes de prosseguir nesta análise, cumpre citar o voto vencido do Conselheiro Marcelo Calliari²⁰ em um caso muito semelhante, no qual este conselheiro acreditava justamente na necessidade de se buscar uma análise precisa do caso concreto, verificando-se suas peculiaridades, para enfim demonstrar se realmente haveria uma mera sugestão de preços, ou se tal sugestão não estaria envolta de demais artifícios para torná-la então obrigatória. Se não, vejamos:

“São portanto dois os pontos do Relator: não há obrigatoriedade no cumprimento dos preços fixados (não incidência do art. 21, XI) e não há posição dominante (não incidência do art. 20, IV)”(...)

“Relativamente ao primeiro ponto, o Relator ressalta, como visto, o caráter não obrigatório do Manual. A fixação de preço de revenda – claramente reconhecida no Relatório, e constante do Capítulo IV do Manual, da ‘Política de Preços’, com itens como ‘Preço de Revenda do Distribuidor’ para linhas seca e congelada – seria neste caso equivalente a uma mera sugestão de preços. Em primeiro lugar, mesmo uma mera sugestão de preços pode sim ter o efeito de harmonização que reduza a concorrência e cause danos aos consumidores. Não é o caráter formalmente obrigatório ou não de uma ‘tabela que define se há infração. Recordo que o caput do artigo 20 trata de atos que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos previstos nos seus incisos. Neste sentido, independentemente de a Kibon ter a intenção de harmonizar preços, e mesmo que o Manual efetivamente não seja obrigatório, se gerar efeitos de aproximação entre os preços dos diversos distribuidores ele pode configurar sim integração nos termos do referido artigo’.

Mas que isso, porém, não há como afirmar, dos autos, que os distribuidores têm real liberdade para seguir ou não a tabela definida pela Kibon. A

²⁰ Voto do Conselheiros Marcelo Calliari na Averiguação Preliminar n.º 08012.006744/97-16, de 10 de novembro de 1999, Representante: ABRADES – Associação Brasileira de Distribuidores Exclusivos de Sorvetes e Representada: Kibon S.A. / Kraft Suchard Brasil S.A. Vencidos os Conselheiros Marcelo Calliari e Ruy Santacruz. In DOU de 28 de janeiro de 2000, Seção 1, caderno eletrônico, p. 1.

‘majoração de preços, em desrespeito à tabela oficial vigente’ está prevista no Manual como irregularidade grave (fl....). Há ainda um sistema de pontos relativos à aferição de desempenho, pontos que são ganhos ou perdidos pelo distribuidor de acordo com seu comportamento em face do Manual. Não estão claras quais são as conseqüências reais da perda de pontos, mas é bastante razoável supor que gerem sim algum efeito sobre o pontuado – ou não faria muito sentido ter tal controle para começar(...)

Assim, recapitulando:

- 1. A lei antitruste expressamente prevê fixação de preço de revenda ao distribuidor como possível infração à ordem econômica.*
- 2. Logo, para a lei, é possível que tal prática configure hipótese do artigo 20.*
- 3. Há indício de fixação de preço de revenda. Na verdade, com base no Manual do Distribuidor, há mais do que indícios, mas tal constatação não é necessária neste momento. A apuração mais detida da aplicação na prática do Manual é tarefa de processo administrativo.*

V. O caso Kibon

Demonstrados os conceitos de condutas colusivas verticais e, particularmente, demonstrados os entendimentos a respeito dos conceitos de “*Resale Price Maintenance*” e “*Suggested Retail Price*”, suas interpretações pelas cortes nacionais e estrangeiras, e suas principais diferenças, cumpre analisar agora o caso em concreto, verificando sua aplicação dos conceitos anteriormente verificados e outras questões de interesse do direito da concorrência.

Para tanto, pretende-se, primeiramente, tecer um breve relatório sobre o desenvolvimento de instrução do caso, destacando-se os posicionamentos dos pareceres das secretarias envolvidas na instrução e análise do caso, e da Procuradoria do CADE, antes de demonstrar o entendimento do Conselheiro Relator.

Por fim, pretende-se analisar o voto do Conselheiro Relator no presente caso, verificando certos pontos de argumentação potencialmente criticáveis do ponto de vista de análise do direito concorrencial, e principais preocupações na análise de futuros casos que possam ser enquadrados como casos de sugestão de preço de revenda.

1. Relatório do caso e pareceres das Secretarias e da Procuradoria do CADE

O Departamento de Proteção de Defesa Econômica (DPDE), órgão da Secretaria de Direito Econômico (SDE) responsável pela instauração e

instrução dos processos administrativos, dentre outras funções, instaurou, em 29 de abril de 1994, o Processo Administrativo 148/94, ainda com base na antiga lei n.º 8.168/91, em face das Indústrias Alimentícias Gerais S.A. (comumente conhecida como “Kibon”).

A instauração do processo administrativo decorreu em virtude de representação oferecida pelo Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo e a Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo, entendendo o DPDE, de acordo com a descrição da conduta da Kibon por parte das Representantes, que a adoção de tabelas de preços constituiriam conduta lesiva à concorrência, enquadrável no artigo 3º, incisos I, XV e XVI da referida lei, conforme anteriormente esclarecido.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), órgão vinculado ao Ministério da Fazenda (MF) e responsável pela análise dos aspectos e efeitos econômicos das condutas concorrenciais, dentre outras funções, elaborou parecer técnico, datado de 17 de julho de 1995, concluindo que a fixação das listas de preço, **mesmo que sugestivas**, estabeleceriam uma padronização de comportamento por parte dos revendedores e distribuidores da Representada.

Para chegar a esta conclusão, a SEAE considerou os seguintes aspectos referentes ao mercado de sorvetes: (a) que o mercado estaria dividido em três segmentos: (i) de impulso, (ii) leve para casa; e (iii) granel, e que todos estes segmentos seriam concorrenciais; (b) que a Kibon apresentou comportamento declinante na quantidade de sorvetes vendidos entre 1992 e 1994, embora sua participação no mercado nacional, com base no faturamento, tenha aumentado no mesmo período (de 50% para 62%); (c) que o produto possuiria um alto grau de substitubilidade, por se tratar de um bem essencial, podendo ser facilmente substituído por outra “guloseima” (não apenas outra espécie de sorvetes, mais qualquer outro produto, caracterizável como “guloseima”).

Ficou claro, no decorrer da instrução do processo, com base em informações enviadas pelas próprias Representantes, que não havia qualquer espécie de contrato por parte dos fabricantes de sorvetes que obrigasse os estabelecimentos varejista a “**exponer as tabelas de preços sugeridas ao consumidor**” e que “**ainda se não afixarem os preços comunicados pelos fabricantes, não sofrerão nenhuma retaliação por parte das indústrias**”²¹. Importante

²¹ Relatório do Conselheiro Relator Leônidas Rangel Xausa no Processo Administrativo n.º 148/94, de 1º de outubro de 1997, página 2, item 6, “a” e “b” – também constante no Parecer Técnico da SEAE, fls. 877 dos autos.

destacar, neste ponto de análise, que não somente os preços sugeridos não eram obrigatórios, como sequer a divulgação e exibição da tabela nos estabelecimentos dos revendedores e distribuidores era exigida ou obrigatória, não havendo nenhuma sanção ou retaliação no caso de sua não exibição.

Com base no Parecer Técnico da SEAE e com as demais informações coletadas durante a instrução do processo, a SDE concluiu que a conduta da Kibon seria danosa à concorrência, por atentar contra o processo concorrencial de formação de preços. A SDE toma como fundamentação a sua decisão o precedente do Processo Administrativo n.º 65/92 (já citado como jurisprudência acima), que, no entendimento da Secretaria, aplicar-se-ia rigorosamente ao caso.

A título informativo, importante destacar que, ao proferir seu parecer, a SDE, além de corroborar com o entendimento do DPDE e entender que a conduta configuraria uma infração à ordem econômica, com base nos artigos 20 e 21 da nova lei 8.884/94, também adotou Medida Preventiva (artigo 52 da Lei n.º 8.884/94²²), determinando a cessação da prática e estabelecendo uma multa diária pelo seu não cumprimento. A Representada interpôs Recurso Voluntário e conseguiu que o Conselheiro Relator desse provimento ao recurso, cassando a Medida Preventiva. No entanto, o Plenário do CADE limitou o efeito da Medida Preventiva em 90 dias.

Quanto ao parecer da Procuradoria do CADE, esta entendeu que a Kibon não teria infringido nenhuma norma da legislação antitruste pátria, não devendo ser condenada, justamente em decorrência dos fatos e das provas produzidas durante as investigações. E que, justamente, a analogia feita pela SDE com o caso das tabelas de honorários da AMB seria equivocada, pois, segundo a discutível argumentação da d. Procuradoria, a conduta da Kibon não poderia influenciar uma conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes,

²² “Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

§ 1º Na medida preventiva, o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator determinará a imediata cessação da prática e ordenará, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 25.

§ 2º Da decisão do Secretário da SDE ou do Conselheiro-Relator do Cade que adotar medida preventiva caberá recurso voluntário, no prazo de cinco dias, ao Plenário do Cade, sem efeito suspensivo.”

pois “[c]oncorrência entre categorias empresariais iguais ou entre indústrias do mesmo ramo ou entre revendedores e revendedores, não havendo que se falar em concorrência entre indústria e revendedor”. Comete aí um terrível equívoco a d. Procuradoria, por acreditar a um produtor não possa influenciar a adoção de conduta comercial uniforme de seus distribuidores, somente por não concorrer com estes. Ignora por completo toda a doutrina e jurisprudência, nacional e estrangeira, e mesmo a redação de legislações anteriores que tratavam de direito da concorrência e consideravam explicitamente a imposição de preço de revenda como um ilícito. Chega ao absurdo de considerar a tipificação da conduta da Representada como um “*crime impossível*” por não concorrer com seus revendedores.

2. A argumentação de defesa da Representada

A defesa da Kibon respaldava-se basicamente em dois aspectos: 1) que a tabela seria meramente sugestiva, não havendo qualquer imposição de adoção dos preços sugeridos, nem mesmo sanção no caso de não adoção; e 2) que a tabela traria um aspecto positivo e pró-concorrencial, pois traria maior transparência ao consumidor sobre um preço de revenda razoável.

Para corroborar tal argumentação, a Representada juntou ainda conjunto de informações coletadas pela Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB), relativas às listas de preços de sorvetes efetivamente praticados no período entre 1995 e 1996.

Adicionalmente, a Representada traz aos autos informações sobre a estrutura do mercado de sorvetes, considerando os sorvetes industriais e também os artesanais, com o intuito de contestar as participações elevadas de mercado verificadas pela SEAE.

Muitos das questões argumentadas pela Representada foram adotadas como fundamentações no voto do Conselheiro Relator Leônidas Rangel Xausa e, portanto, serão melhor analisadas e discutidas abaixo, quanto se tratar de discutir as argumentações utilizadas pelo Conselheiro em sua decisão. Porém, antecipando-se à análise do voto em concreto, pretende-se, antes, fazer um breve parêntesis para analisar uma questão trazida aos autos pela Representada, que pode auxiliar na compreensão de critérios válidos para a adoção de preços sugeridos como prática lícita no direito concorrencial. Trata-se da argumentação supra mencionada do caráter pró-competitivo da adoção de tabelas de sugestão de preços como indicador de preços, trazendo maior transparência ao consumidor sobre um preço de revenda razoável, diante de uma distribuição tão pulverizada.

Tal conceito foi recepcionado pelo voto do Conselheiro Xausa, ao afirmar que : *“Destarte, o conceito de suggested retail price que se aplica precisamente ao caso em tela, - além das considerações retro expostas,- assume importantes características de **ordem pedagógica** para o mercado, mediante a **informação** aos **consumidores** sobre os **preços justos**, e livre o varejista para decidir sobre o valor de seus produtos”* (Xausa, PA 148/94, p. 5) (grifos nossos).

Portanto, a sugestão de preços, além de suas características peculiares, como a não obrigatoriedade, também traria benefícios ao mercado e aos consumidores finais, por permitirem que estes tomassem conhecimento dos “preços justos”, o que não seria possível sem as tabelas em decorrência da grande dispersão de revendedores e distribuidores.

Este entendimento foi seguido em voto de vista pelo Conselheiro Renault de Freitas Castro, que explicitamente afirmou: *“No que tange especificamente ao presente caso, entendo que a prática do chamado preço sugerido ao consumidor deve ser analisada tendo como pano de fundo uma **economia em processo de estabilização**, onde a **noção de preços relativos** apenas começa a ser novamente **aprendida** pela grande maioria dos consumidores, após um longo período de elevada inflação, tabelamento e controles artificiais de preço, durante o qual **perdeu-se a noção do valor relativo dos bens**”*²³ (grifos nossos). Neste caso, o Conselheiro Renault Castro deixou clara a possibilidade de adoção de tal prática no caso de economias em processo de estabilização, na qual a noção de preços relativos teria se perdido e estaria ainda em processo de formação.

Este conceito pedagógico levantado por ambos os conselheiros mencionados, em suas particularidades, é conhecido como o problema da **dispersão de preços**, sendo considerado uma justificativa lícita para a adoção de tabelas de preços sugestivos para auxiliar os consumidores a terem conhecimento do valor dos preços relativos dos bens e serviços. Neste caso, torna-se importante conhecer o conceito de “dispersão de preços” e seus potenciais efeitos positivos e negativos.

²³ Voto de Vista do Conselheiro Renault de Freitas Castro no Processo Administrativo n.º 148/94 - Representante: Sindicato das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo - Associação das Indústrias de Panificação e Confeitaria de São Paulo, Representada: Indústrias ALimentícias Gerais S.A. - IAG (KIBON), 1º de outubro de 1997

a) A conceituação de “dispersão de preços” e seus efeitos

A “dispersão de preços” pode causar prejuízos ao consumidor e ao sistema concorrencial, por meio de crises de superprodução ou preços supraconcorrenciais. A dispersão de preços se caracteriza pela existência de vendas dispersas, em regiões isoladas. Com isso, diferentes revendedores e distribuidores podem comercializar o mesmo produto com diferentes preços e margens de retorno por haver uma assimetria de informação no âmbito dos consumidores.

Neste caso, a indicação de preços aconselhados seria uma alternativa para eliminar essa assimetria de informações e traçar um certo parâmetro aos consumidores. Para tanto, o preço sugerido não deve ser obrigatório, isto é, não deve haver nenhuma espécie de sanção por parte do produtor, caso o revendedor decida por não praticar o preço sugerido.

Segundo Calixto Salomão (2003, p. 288), o “fenômeno da dispersão de preços permite uma generalização a respeito da troca de informações entre concorrentes”. Haveria, portanto, possibilidade de facilitação à formação e manutenção de um cartel. Entretanto, Salomão (2003, p. 288) afirma que “[e]la só será permitida quando puder ser individuada como uma forma de construção de um mercado, e não como um meio de cartelização”, que ocorreria justamente no caso da dispersão de preços. Neste caso, existem vários mercados geograficamente separados, atuando quase como monopolistas.

Importante notar que, para que tal prática atinja justamente este caráter “pedagógico” de informação dos consumidores sobre o valor relativo dos bens e serviços nos casos em que diferentes revendedores e distribuidores podem comercializar o mesmo produto e oferecer o mesmo serviço com diferentes preços e margens de retorno, em decorrência de uma assimetria de informação por parte dos consumidores, é fundamental a fixação da tabela de preços sugeridos seja afixada em todos os estabelecimentos. Caso contrário, se apenas alguns estabelecimentos afixarem a tabela, enquanto outros não afixarem, estes últimos não estarão orientando os consumidores sobre o valor relativo dos bens e, portanto, a conduta não trará seu aspecto positivo, apenas trazendo outros aspectos negativos, como se verá a seguir.

Cabe aqui ressaltar, conforme já mencionado anteriormente, que no presente caso, as próprias Representantes afirmaram categoricamente nos autos do processo que “*não existe por parte dos fabricantes de sorvetes nenhum tipo de contrato ou acordo que obrigue os estabelecimentos varejistas a exporem as tabelas de preços sugeridas ao consumidor*” e que “*ainda*

se não afixarem os preços comunicados pelos fabricantes, não sofrerão nenhuma retaliação por parte das indústrias” (PA 148/94, p. 877 dos autos).

3. A argumentação do Conselheiro Relator Leônidas Rangel Xausa

A crítica a esse caso decorre diretamente de algumas afirmativas exaradas no voto do Conselheiro Relator Xausa. A presente sugestão teria seus pontos positivos eliminados, quando necessários, mantendo-se apenas os pontos negativos de conluio entre concorrentes. Pretende-se, nos parágrafos seguintes, analisar ponto a ponto essas questões duvidosas.

O Conselheiro Xausa afirma em seu voto que o mercado relevante de sorvetes apresentaria alguns elementos estruturais discutíveis, se não, vejamos:

Primeiramente, considera que o mercado relevante seria **relativamente desconcentrado**, por considerar os produtores artesanais como participantes deste mercado. Essa interpretação está em desacordo com a interpretação exarada pela própria SEAE no presente caso, bem como com a interpretação recente do conselho do CADE (particularmente com a interpretação dominante exarada no caso Nestlé/Garoto²⁴). Portanto, a participação de 15%, seguida pela participação da Nestlé em 5,6%, estaria sendo diluída por supostos participantes do mercado, os produtores artesanais (a própria SEAE, no presente caso, estimou a participação da Kibon em 50% em 1992 e 62% em 1994) (Xausa, Relatório do PA 148/94, p. 1, item 5).

Adicionalmente, o conselheiro relator considera um “*alto grau de substituidade*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 2, item 5), desconsiderando a seguimentação feita pela SEAE de produtos “*de impulso*”, “*leve para casa*” e “*granel*” (Xausa, Relatório do PA 148/94, p. 1, item 5). O conselheiro até admite a possibilidade de diferenciação de produtos, mas desconsidera a possibilidade de poder de mercado em cada diferenciação, pois o mercado seria “*preenchido por tantos produtos que no limite, a possibilidade de substituição é quase perfeita*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 2, item 5).

Considera não haver possibilidade de manipulação por considerar que o produto sorvete seria supérfluo. Porém, não é a essencialidade do produto a única vertente que explica a elasticidade da demanda do produto. Um bem supérfluo pode apresentar uma curva mais inelástica de demanda, podendo, ainda que dentro de certo limite, manipular o consumo. Essa limitação seria suficiente.

²⁴ Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89, Requerentes: Nestlé Brasil Ltda e Chocolates Garoto S/A, Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade.

Desconsidera a problemática da assimetria de informações por parte dos consumidores ao afirmar ser possível identificar o “*preço que equilibra oferta e demanda*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 2, item 5).

Apesar de afirmar que as barreiras à entrada são pouco significativas, completa afirmando o problema principal em questão: “*As barreiras estão mais associadas à importância da marca e da extensão das redes de distribuição*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 2, item 5). Logo, apesar da produção de sorvete, de fato, exigir investimentos irrisórios, a entrada no mercado está condicionada a altos investimentos em propaganda, para fortalecer uma marca, e a altos investimentos em redes de distribuição, controladas pelos grandes concorrentes.

Ora, neste caso o Conselheiro Relator desconsidera os principais custos nos quais incorrem as empresas no momento da entrada: justamente o custo de propaganda, ainda mais em um mercado destacado pela importância da marca na concorrência; e os custos de implantação de uma rede de distribuição, ainda mais em um mercado caracterizado pela sua distribuição extremamente pulverizada e em se tratando de bem perecível, que requer transporte por meio de caminhões frigoríficos especiais, para evitar o descongelamento da carga.

Sem falar no patente poder de mercado (ainda que local) dos distribuidores, agravado pela distribuição pulverizada do produto e pela caracterização de baixa concorrência nesses mercados, só eleva a possibilidade do distribuidor em abusar de seu poder para adotar preços bem acima dos preços sugeridos (ainda mais que os preços são meramente sugeridos e que nem sequer há obrigatoriedade de afixar as tabelas aos consumidores). O próprio conselheiro Xausa afirma em seu voto que: “*É certo que o mercado em que se inserem as firmas varejistas é pulverizado, bem como de livre entrada. Mas também é certo que estas firmas (padarias, drug-stores, lojas de conveniência, etc.), tem relativo poder de mercado em função da localização (ex: padaria do bairro), da aparência (lojas mais sofisticadas versus lojas mais populares), e mesmo do conforto dos consumidores, que tem como exemplo conpíscuo a venda de sorvetes por ambulantes em locais de lazer. Como no monopólio ou no oligopólio, a empresa, neste ambiente (de concorrência monopolística), se defronta, embora em menor grau, com a possibilidade de aferir lucros extraordinários*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 3, item 7) (grifos nossos).

O Conselheiro afirma ainda que “*em tese, o varejista tem a liberdade de aumentar o preço na mesma proporção do custo de transporte mínimo que o consumidor deverá arcar caso deseje comprar o produto em outro*

ponto” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 3, item 8) (desconsidera a assimetria de informação inerente ao presente caso. Supões que “a margem de lucro do revendedor engloba o custo de transporte potencial do cliente”. Admite ainda que seria “*possível que o varejista tenha uma liberdade ainda maior, devido à pouca importância deste produto no orçamento do consumidor e devido ao custo de tempo inerente à opção alternativa de compra em outro local*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 3, item 8) (nitidamente se contradizendo quanto à possibilidade de aumento de preços, na qual afirmou anteriormente que os revendedores teriam tal poder).

Para tentar corroborar com sua argumentação falha e contraditória, o Conselheiro cita ainda “*estudo empírico das dispersões dos preços no mercado de sorvetes realizado pelo Ilustre Patrono da Representada com base em informações oficiais da SUNAB*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 3, item 9). No entanto, o estudo permite ao Conselheiro afirmar apenas que “*a partir das informações contidas em pesquisa da SUNAB significativa dispersão dos preços médios praticados no mercado relevante de sorvetes*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 3, item 9). Até então, de acordo com nossa premissa de que há dispersão de preços, porém sem afastar nossa tese de se poder admitir que tal instrumento de sugestão de preços não possa trazer prejuízos. A dispersão simplesmente demonstra que o preço sugerido não está sendo seguido, logo, que não haveria uma fixação de preços absoluta (isto é, uma fixação exata do preço a ser adotado). Mas nada indica que esta sugestão de preços, corroborada justamente por esta dispersão, não estaria na verdade demonstrando uma fixação de preços **mínimos** adotados, caso tal estudo demonstre que, em uma amostra estatisticamente relevante, os resultados demonstrem um grau de variância tendente acima do preço sugerido.

Porém, ainda assim, o Conselheiro segue, afirmando que “*Mais ainda, a aparente ausência de correlação entre a sugestão de preços e uniformização de preços comprova-se ao se verificar o comportamento dos preços de alguns produtos negociados nos mesmos estabelecimentos cujos fabricantes optaram por não usar tabelas*” (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 3, item 10). No caso, a Representada optou por comparar o produto sorvete com iogurte, comprovando que a dispersão de preços para o iogurte não difere significativamente daquela associada ao sorvete. Porém, a inexistência de correlação não implica em verificação de preços abaixo dos preços sugeridos. A grande questão está exatamente na verificação se, de fato, algum revendedor pratica preços abaixo dos preços sugeridos, verificando-se, assim, real concorrência entre revendedores, e não facilitação por meio da utilização da tabela para restrição da concorrência entre revendedores, influenciando-se, assim, a prática de

preço mínimo de revenda. Faltam dados sobre o estudo da SUNAB para comprovar nossa tese e desqualificar totalmente estes argumentos do Conselheiro Relator.

Em outro aspecto da análise crítica do referido voto, cumpre destacar trecho no qual o ilmo Conselheiro ainda afirma que: *“Pode-se argumentar que em situações em que o produtor se depara com uma demanda extremamente sensível a aumentos de preços, ao passo em que o revendedor tem um grau de liberdade maior para fixá-los, motiva-se a imposição de tabelas com preços menores que os praticados, com a intenção de se transferir os sobrelucros de um segmento para outro”* (Xausa, Voto no PA 148/94, p. 3, item 12).

Porém, a grande problemática reside justamente na não obrigatoriedade não apenas de se seguir a tabela sugerida, como de sequer utilizada e deixá-la à vista do consumidor. Isto fica patente na já anteriormente mencionada manifestação das Representadas nos autos, na qual estas afirmam que *“não existe por parte dos fabricantes de sorvetes nenhum tipo de contrato ou acordo que obrigue os estabelecimentos varejistas a exporem as tabelas de preços sugeridas ao consumidor”* e que *“ainda se não afixarem os preços comunicados pelos fabricantes, não sofrerão nenhuma retaliação por parte das indústrias”* (PA 148/94, fls. 877 dos autos).

Com isso, os locais nos quais realmente *“o revendedor tem um grau de liberdade maior para fixá-los”*, estes mesmo não teriam o incentivo de utilizar as tabelas. Enquanto, naqueles que não teriam esse grau de liberdade, por sofrerem maior concorrência local, estar-se-ia propiciando e facilitando o conluio entre estes concorrentes no mercado revendedor, ao deixá-los praticamente com um preço mínimo de revenda, já que estes não teriam interesse de baixar os preços, por não terem lógica econômica para tanto.

O ilmo. Conselheiro ainda destaca em seu voto *“a importância da concorrência inter-marcas neste segmento, isto é, a concorrência com o mesmo tipo de produto, que embora não seja homogêneo apresenta alto grau de substitubilidade, entre as várias marcas (Ex: sorvete de creme da Kibon, Yopa, Gellato, etc.)”* (PA 148/94, p. 3, Item 15).

O que se verifica, na verdade, é exatamente o contrário: trata-se de um oligopólio (atualmente um duopólio) no mercado de sorvetes (muito semelhante ao duopólio verificado no mercado de chocolates no caso Nestlé/Garoto²⁵). Neste

²⁵ Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89, Requerentes: Nestlé Brasil Ltda e Chocolates Garoto S/A, Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade.

caso, não apenas a tabela traria os problemas levantados na concorrência intramarca, mas também traria efeitos negativos na concorrência intermarcas, permitindo-se, assim, a possibilidade de conluio entre os dois principais concorrentes.

Para tanto, cabe lembrar os problemas levantados anteriormente no caso de oligopólios. Diante da pouca elasticidade da curva da demanda, possibilidade de alteração sempre no sentido de aumentar preços (redução de preços não leva a um aumento de participação de mercado que leve, conseqüentemente, a um aumento de faturamento. Logo, a única conseqüência seria a perda de lucratividade). O incentivo, portanto, seria o contrário, para um aumento paralelo e progressivo de preços (*price leadership*). “*Não há incentivo para que qualquer dos membros reduza seus preços, pois sabe que seu comportamento será prontamente acompanhado pelos outros participantes no mercado. Em conseqüência, ele não ganhará qualquer espaço no mercado. A única conseqüência será a perda de lucratividade para todos. O incentivo é, portanto, ao contrário, para um aumento paralelo e progressivo de preços, seguindo o comando (price leadership) de algum dos componentes do monopólio*” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 280, grifos nossos).

Não precisa nem sequer ser verificado o conluio expresso entre os concorrentes. O paralelismo pode se apresentar sem o acordo expresso: “... *in some circumstances competing sellers might be able to coordinate their pricing without conspiring in the usual sense of the term – that is, without any overt or detectable acts of communication. This is the phenomenon that lawyers call “conscious parallelism” and some economists term “oligopolistic interdependence”, but which I prefer to call “tacit collusion” in contrast to the explicit collusion of the formal cartel or its underground counterpart*” (POSNER, 2001, p. 52 e 53).

Importante destacar ainda a questão de relevância para a análise concorrencial, em particular do caso em concreto, que se verifica na questão factual do desaparecimento, ou pelo menos enfraquecimento, da competição de preços (intermarca) por meio da diferenciação de produtos. Isto decorre da análise de mercados oligopolizados, nos quais, cada agente econômico tenta aumentar seu poder de mercado por meio da diferenciação de produtos heterogêneos, seja pela melhoria da qualidade, ou oferecimento de serviços diferenciados. Assim, o agente, dentro de um mercado oligopolizado, consegue criar um “minimonopólio”, dentro de seu próprio “mercado”. “*Em um mercado em que os bens são perfeitamente substituíveis a ordem natural das coisas cuida da padronização. O acordo entre os oligopolistas pode, então, limitar-se à fixação de preços. Inversamente, quanto mais heterogêneos forem os pro-*

ditos, mais complexo deve ser o acordo, e menos provável seu cumprimento. Portanto, é mais provável que os oligopolistas, caso queiram realmente aumentar seu poder de mercado, seja obrigados a partir para uma padronização de condições de venda e produção bastante explícita que acabe por caracterizar o acordo expresso” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 282).

Ora, os produtos dos dois principais concorrentes (Kibon e Nestlé) já se apresentam, dentro de suas próprias diferenciações, com muitas semelhanças (iludindo-se uma concorrência dentro das diferenciações de produto). No entanto, essa concorrência se perde justamente na existência de tabelas sugestivas, nas quais ambas as empresas poderiam manter o controle do comportamento do concorrente, tomando conhecimento sobre os preços utilizados, sendo este um meio de “*facilitar o comportamento paralelo entre concorrentes*” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 276). A Suprema Corte norte-americana já decidiu sobre casos semelhantes, nos quais concorrentes utilizavam-se de mecanismos para coletar e disseminar informações detalhadas sobre preços (*American Column and Lumber Co. v. United States*, 257 U.S. 377. 1921; e *Flooring Manufacturers Association v. United States*, 268 U.S. 563. 1925).

Ainda que, no entanto, não tenham um poder de resposta tão imediato, em decorrência da necessidade de emissão de novas tabelas, acompanhando as alterações do concorrente, a prática das tabelas sugestivas de preço nos parece ser uma prática mais segura para manutenção de um comportamento concertado entre concorrentes do que um acordo expresso de preços.

Ainda assim, trata-se de um mercado com grande alteração sazonal, na qual os agentes econômicos atuantes neste mercado já têm conhecimento dessas características, podendo-se prever ao menos quais são as condutas costumeiras dos principais concorrentes, ainda que não se possa admitir qual será o montante de alteração, restringindo-se a sua direção (aumento de preços ou redução de preços);

Por fim, diante de todo o acima exposto, equivoca-se o Conselheiro Renault de Freitas Castro ao afirmar, em seu voto de vista: “*O notável cuidado demonstrado pelo ilustre Relator em sua criteriosa análise, que considerou desde as condições estruturais do mercado relevante, passando pelo exame das relações contratuais envolvidas e indo até o estudo do comportamento dos preços e da concorrência intermarcas, permitiu que ele chegasse à conclusão de que seria virtualmente impossível que a Kibon conseguisse impor preços mediante tabela*” (Renault de Freitas Castro, Voto de Vista no PA 148/94) (grifos nossos). Conforme já exaustivamente demonstrado, apesar do notável cuidado do Conselheiro Xausa, algumas presunções essenci-

ais para a fundamentação da decisão ora em análise trazem grandes dúvidas e discordâncias. As condições de mercado não seriam tão benéficas à concorrência, como presumiu o Conselheiro, ao considerar um mercado altamente competitivo, e não um oligopólio. O mercado relevante foi altamente pulverizado pela participação de inúmeros produtores artesanais (em desacordo com o entendimento da SEAE neste caso, e do atual entendimento do Plenário do CADE, conforme demonstrado). Considerou ainda que haveria substancial concorrência entre os principais concorrentes (o que é duvidoso no caso de um oligopólio, ou mesmo de um duopólio). Não levou em consideração a real relação contratual entre as partes, na qual havia omissão da obrigatoriedade na afixação da tabela de preços sugeridos (eliminando, assim, o principal aspecto positivo de toda a questão sobre sugestão de preços – o aspecto pedagógico). Por fim, utilizou-se de estudo apresentado pelas Representadas, do qual não permite concluir que a dispersão de preços não tenha sido simplesmente para acima do preço sugerido, o que não configuraria como uma fixação de preços, mas como uma fixação de preços mínimos.

Em resumo, foram as seguintes presunções que fundamentaram a decisão do referido processo e são justamente as mesmas seguintes presunções que são altamente discutíveis: (a) participação diluída de mercado dos produtores; (b) desconsideração do poder de mercado (monopólio) geograficamente localizado dos distribuidores; (c) desconsideração da elasticidade do mercado de sorvetes, apenas por se considerar como bens não essenciais (bens supérfluos); (d) importância da concorrência intermarca, sem levar em consideração a existência de um oligopólio (hoje duopólio); (e) distinção entre fixação e sugestão estaria no poder de mercado. Porém, desconsidera a possibilidade de poder de mercado das empresas Kibon e Nestlé; (f) Apesar de considerar a diferenciação de produtos (que traria maior poder aos produtores), não leva em consideração a peculiaridade do mercado, ao apresentar em sua diferenciação produtos muito semelhantes (que, a priori, seria benéfica a concorrência, pois diluiria justamente esse poder); (g) Porém, novamente desconsidera que a existência da tabela de preços sugeridos e, principalmente, em decorrência da não obrigatoriedade de sua fixação em todos os revendedores, elimina essa concorrência entre produtos semelhantes.

VI. Conclusão

O presente trabalho tem por objetivo simplesmente analisar os conceitos de “*Resale Price Maintenance*” e “*Suggested Retail Price*”, dentro de uma gama de condutas colusivas verticais, e verificar sua aplicação em julgados

nacionais e estrangeiros. Com base nestas definições e auxiliando-se nas jurisprudências identificadas, pretendia-se analisar a aplicação de tais conceitos em um caso concreto. O caso escolhido foi justamente o caso paradigmático no direito pátrio sobre a adoção e conceituação de sugestão de preço de revenda no direito brasileiro.

Importante salientar que não se trata de uma crítica à decisão tomada pelos membros do Plenário do Cade, muito menos considerar como equivocadas as presunções e fundamentos utilizados no caso. Pretendia-se, ao contrário, identificar a problemática existente na aplicação prática de conceitos teóricos e na verificação exata dos conceitos necessários para sua aplicação em um caso concreto.

Como se pode verificar, a aplicação do conceito de sugestão de preços à luz da regra da razão, e a verificação de estruturas de mercado e negociais suficientes para que a referida conduta não se configure como infração à ordem econômica e à livre concorrência, é de extrema complexidade e de difícil análise (subsistindo aqui, mais uma vez, a importância da consideração da análise sobre à luz da regra da razão, em detrimento de uma irracional definição de uma conduta ilícita *per se*).

Em um caso de suma complexidade, é muito importante tomar-se cuidado com as presunções e conclusões tiradas de questões altamente duvidosas e de ainda maior complexidade para sua identificação. Conclui-se, portanto, que, não apenas na análise de condutas colusivas verticais de preços sugeridos, mas na análise de quaisquer condutas potencialmente infrativas à ordem econômica, a análise jurídica e econômica dos fatos e situações é de suma importância para a verificação da verdade nos autos.

VII. Bibliografia

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993.

CARSTENSEN, Peter C. *The competitive dynamics of distribution restraints: efficiency versus rent seeking*. In *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, editores CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; e VAN DEN BERGH, Roger. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2002.

CUCINOTTA, Antonio. *The vertical price fixing controversy*. In *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, editores CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; e VAN DEN BERGH, Roger. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2002.

- EUROPEAN UNION. European Commission. Directorate General for Competition. “*Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*”. Disponível em: <<http://europa.eu.int/en/comm/dg04/dg4home.htm>>
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamento do Antitruste*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder Econômico: exercício e abuso – direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Lei da Concorrência conforme interpretada pelo CADE*. São Paulo: Editora Singular, 1998.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Direito da Concorrência: case law*. São Paulo: Editora Singular, 2000.
- GONÇALVES, Priscila Brólio. *Fixação e Sugestão de Preços de Revenda em Contratos de Distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. São Paulo: Editora Singular, 2002.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1994.
- MATTOS, César. Fixação de preços de revenda (resale-price maintenance-FPR): elementos para um roteiro de investigação. *In Revista do IBRAC*. São Paulo, v.8, n.4, p.27-65, 2001.
- POSNER, Richard A. *Antitrust Law*. 2ª ed. Chicago: the University of Chicago Press, 2001.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- STEINER, Robert L. *Cooperation, competition and collusion among firms at successive stages*. *In Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, editores CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; e VAN DEN BERGH, Roger. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2002.
- SULLIVAN, Lawrence Anthony. *Antitrust*?. 7ª reimpressão. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1998.
- SULLIVAN, Lawrence Anthony e GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: an integrated handbook*. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 2000.
- TOM, Willard K. “*Vertical Price Restraints*”. palestra proferida em 07 de abril de 1994, na cidade de Washington, D.C., perante a American Bar Association,

Section of Antitrust Law. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/94-04-06.htm>>

VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M. E HARRINGTON, Jr., Joseph E. *Economics of Regulation and Antitrust*, 2^a ed. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 1998.

HAVERÁ LUGAR DIGNO PARA O “JURÍDICO” NA TEORIA E PRÁTICA DO DIREITO ANTITRUSTE?

*Luis Fernando Schuartz*¹

É comum ouvir-se que o direito da concorrência existe no Brasil somente a partir de 1991. Esse é o ano da entrada em vigor da Lei 8.158, que marca, simbolicamente, o início de um movimento lento, porém progressivo, de tomada mais ampla de consciência (tanto no plano governamental como no plano da comunidade jurídico-empresarial) acerca da importância de uma política antitruste tecnicamente orientada. Olhando para trás, podemos reconhecer a essa periodização uma certa dose de verdade e utilidade, sobretudo enquanto proposta de autocompreensão daqueles que vivenciaram a referida transição. Contudo, um “sentimento de dialética” sugere uma narrativa menos linear. Se é verdade que atingimos um estágio do qual é difícil retroceder, ainda não está totalmente claro se há boas razões para celebrarmos a nova fase que se anuncia.

Especialmente nos procedimentos institucionalizados de aplicação do direito, as citações de resultados cada vez mais sofisticados de teoria econômica e o uso de métodos quantitativos complexos e ultra-sensíveis a hipóteses não triviais contrastam com a pouca quantidade e a questionável qualidade dos dados empíricos disponíveis para garantir sua aplicabilidade aos casos concretos. É certo que não há nada a opor a esse quadro se nos colocamos na posição de agentes privados estrategicamente orientados na persuasão de sujeitos dotados de poder de decisão. O problema por trás desse descompasso não é algo que tenha que ser analisado nos termos de um conflito entre ética profissional e os imperativos do agir estratégico, mas que deveria ser procurado em outra direção, pois consiste, em boa medida, em um efeito de escamoteamento de deficiências aparentemente estruturais da administração pública no que toca à redução das assimetrias de informação que caracterizam seu estado de conhecimento comparativamente ao estado de conhecimento das partes (i.e., requerentes, representantes e representadas) nos processos de análise de atos de concentração econômica e investigação de condutas anticompetitivas.

As alternativas de solução que se delineiam podem ser, simplificada, reduzidas a uma opção quanto à *posição* do argumento econômico relativamente ao argumento jurídico na interpretação e aplicação da

¹Professor da FGV Direito Rio e Conselheiro do CADE.

legislação antitruste. Quanto a este ponto, há um vasto terreno a ser explorado. O presente artigo seleciona dois temas cuja reflexão me parece ser mais urgente, a saber, (I) o tema da *finalidade* do direito antitruste, e (II) o tema da *prova* no contexto de sua aplicação, mais precisamente, dos *standards* de prova, do peso relativo de argumentos econométricos e de teoria dos jogos nos processos de investigação e decisão e do “ponto ótimo de parada” desses processos, tendo em vista as restrições que caracterizam o trabalho das autoridades.

I. Afinal, para quê serve o direito da concorrência?

Qualquer reconstituição histórico-sistemática das razões pelas quais o direito antitruste foi colocado, também no Brasil, no caminho seguro da consistência técnica, deverá atribuir posição de destaque à adoção, pelas autoridades, da *maximização do excedente agregado*² como o “bem jurídico” que cabe a esse ramo do direito proteger e promover. Efetivamente, é difícil superestimar a magnitude do salto de qualidade que é decorrente do abandono do discurso sobre “ética na economia” ou “lealdade na concorrência” em favor de uma análise mais fria dos efeitos, sobre os excedentes do consumidor e do produtor, associados a uma conduta ou um ato de concentração. O salto qualitativo deve-se, sobretudo, ao fato de essa reorientação metodológica garantir o “acoplamento estrutural” entre o direito antitruste e a ciência econômica, com a qual abre-se uma via de mão dupla a conectar esses dois âmbitos, viabilizando e estimulando um fluxo intensivo de informações e um amplo – mas limitado, como veremos – movimento de racionalização.

Não obstante, essa recepção faz com que o vínculo entre teoria e prática antitruste, de um lado, e ciência econômica, de outro lado, não apenas torne-se indissolúvel, mas assuma, em benefício da última, um caráter

² O *excedente agregado* é a soma dos excedentes do consumidor e do produtor. Sejam $i = 1, 2, \dots, n$, um índice para um consumidor genérico de um bem x qualquer, e q , a quantidade de x para a qual a oferta agregada de x é igual à demanda agregada de x . O excedente obtido por um consumidor i no consumo das q unidades de x é a soma das diferenças entre o preço que i estaria disposto a pagar por cada uma das q unidades de x e o preço que i deve pagar pela respectiva unidade. O *excedente do consumidor* é igual à soma dos excedentes obtidos por todos e cada um dos n consumidores no consumo das q unidades de x . Seja agora $j = 1, 2, \dots, m$, um índice para um produtor do bem x . O excedente de um determinado produtor j na venda de q unidades de x é a soma das diferenças entre o preço recebido na venda de cada uma das q unidades e o respectivo custo de produção. O *excedente do produtor* é igual à soma dos excedentes obtidos por todos e cada um dos m produtores de x na venda das q unidades desse bem.

assimétrico. Falar em excedente econômico é adentrar um universo de conceitos e técnicas de análise desenvolvidos e administrados por economistas. Nesse universo, o jurista, com sua resistência à matemática e semântica frouxa, é um ser carente de justificação. Não é à toa que a oposição mais consistente a esse estado de coisas tenha se concentrado justamente no plano da definição dos “*antitrust goals*”, empunhando a bandeira da pluralidade de objetivos normativos e recomendando o método da “ponderação de valores” para os casos de “colisão”. Apesar de compreensível, essa reação é inadequada. Independentemente dos problemas inerentes aos fundamentos filosóficos da proposta³, a sua incorporação, *em particular*, à prática da aplicação do direito antitruste no Brasil, é um retrocesso em relação àquilo que já foi conquistado institucionalmente. Isso não significa que não existam boas razões para levarmos adiante a discussão crítica sobre as implicações e a consistência jurídica do “paradigma do excedente total”, mas isso tem que ser feito *na mesma linguagem e direção* em que está formulada a hipótese a ser criticada. O valor que o jurista pode agregar a essa discussão apenas existe – e tem que ser procurado – no *limite* do argumento econômico.

(a) *Bem-estar social, excedente total e o “consumidor”*

Quando alguém fala em “bem-estar social” no âmbito do direito antitruste, está referindo-se normalmente àquilo que os economistas denominam de “excedente total”, i.e., à soma dos excedentes do produtor e do consumidor associados a uma certa alocação econômica, mas é importante atentar para o fato de que se trata de conceitos distintos. Rigorosamente, o bem-estar social é uma função do *bem-estar* dos indivíduos que compõem o grupo social tratado como relevante para os fins da análise do problema particular que se procura solucionar, ao passo que o excedente total é uma função da *riqueza* de consumidores e produtores em um determinado mercado. O bem-estar de um indivíduo é uma medida da satisfação das suas preferências e está expresso em *unidades de utilidade*; sua riqueza, por sua vez, é medida em *unidades monetárias*. No contexto da apresentação do modelo do equilíbrio parcial nos manuais de microeconomia, essa diferença é relativizada e os conceitos são assimilados por meio da hipótese simplificadora de que as preferências dos agentes são quasi-

³ Ver Luis F. Schuartz, “Nos Limites do Possível. “Balanceamento” entre Princípios Jurídicos e o Controle de sua Adequação na Teoria de Robert Alexy”, in *Norma, Contingência e Racionalidade. Estudos Preparatórios para uma Teoria da Decisão Jurídica*, Renovar, 2005.

lineares e que a utilidade individualmente atribuída a uma unidade do bem cujas demanda e oferta estão sendo estudadas é igual à “disposição para pagar”, revelada pelo indivíduo em questão, pela mesma unidade. Essa simplificação dispensa o analista da tarefa de encontrar uma função de bem-estar social que faça a passagem de um dado vetor de utilidades individuais – em princípio, incomparáveis do ponto de vista interpessoal – a um número real que represente a utilidade atribuída, *pelo grupo*, a uma determinada alocação do bem, número esse que pode ser obtido diretamente da *soma simples* dos excedentes obtidos pelos consumidores e produtores na referida alocação:

$$S(x) - C_s(x) + P_s(x) \quad (1)$$

onde $S(x)$ é o excedente total (também denominado de “excedente de Marshall”) associado à alocação x , e $C_s(x)$ e $P_s(x)$ são, respectivamente, os excedentes agregados do consumidor e do produtor em x .

É possível que não haja nada a objetar a essa construção do ponto de vista *teórico*, mas está longe de ser incontroversa sua transposição, *enquanto medida da finalidade normativa que cabe à Lei 8.884/94 realizar*, para o plano da aplicação dessa lei. A origem da controvérsia está em que o critério do excedente total não se sustenta por si mesmo, pois só legitima-se por referência à, e enquanto uma boa aproximação para a expressão do *bem-estar agregado* de consumidores e produtores (ou melhor, dos indivíduos que são seus acionistas) relativo a uma dada alocação. Isso porque é a maximização do bem-estar social, e não a maximização do excedente – i.e., da riqueza – total, a finalidade normativa a promover⁴, e a maximização do excedente total justifica-se enquanto tal apenas na qualidade de “representante” a eximir a autoridade antitruste de um ônus argumentativo que ela não seria capaz de suportar. Mais precisamente, a dificuldade é que, dadas uma função de bem-estar social W e preferências quasi-

⁴ Seria necessária uma incursão pelo direito constitucional para fundamentar juridicamente essa afirmação de que, entre o objetivo da maximização do excedente total e o da maximização do bem-estar social, a autoridade antitruste deveria priorizar o último e incorporar o primeiro apenas como uma espécie de *proxy* para mensurar e avaliar normativamente os efeitos para o bem-estar social – mais precisamente, o bem-estar do grupo social formado pelos consumidores positiva ou negativamente afetados – associados a uma conduta ou um ato de concentração. O presente artigo não contém qualquer justificativa explícita para essa interpretação, pois está interessado unicamente em explorar e discutir as suas implicações. Para a defesa, em um nível mais geral, da posição contrária, ver as observações de Richard Posner, *in: The Economics of Justice*, 1981, especialmente as pgs. 60-87.

lineares dos consumidores, o tratamento de **(1)** enquanto *medida de bem-estar social* é justificável *somente se* há alguma maneira de garantir a *redistribuição de riqueza* entre os indivíduos *de modo a maximizar o valor de W^5* . Para todos os efeitos práticos, entretanto, uma tal garantia não existe, com o que deixa de se impor a referida equivalência e, com ela, também (i) a aceitação condicionada da maximização do excedente total como a finalidade da aplicação da legislação antitruste e (ii) a prova da ausência de variação líquida negativa no mesmo excedente como condição *suficiente* para a licitude de condutas e a aprovação de atos de concentração econômica.

Note-se que, a rigor, a negação da hipótese da existência de uma “autoridade central” que se ocupe de transferir riqueza entre agentes pertencentes a um grupo social de forma a que se maximize o valor da função que representa o bem-estar do grupo, *não* afeta a validade da mencionada implicação quando

$$W(u_1, u_2, \dots, u_n) = \sum_{i=1}^n u_i \quad \text{i.e., } W \text{ é a função de bem-estar do “utilitarismo$$

clássico”⁶. Nesse caso, entretanto, o problema só desaparece para reaparecer a seguir em uma roupagem reveladora. O problema retorna enquanto desconforto com o fato de que a soma das utilidades individuais é *insensível* à distribuição de *utilidades* (i.e., de bem-estar) entre os indivíduos que compõem o grupo cujo bem-estar está sendo avaliado de acordo com essa função. Por exemplo, considere um grupo social com dois indivíduos, 1 e 2, e dois estados, x e y , e suponha que – após a identificação de uma escala de utilidade u comum aos dois indivíduos – tenhamos $u_1(x) = 5$, $u_2(x) = 5$, $u_1(y) = 0$ e $u_2(y) = 11$. Se o nosso critério para decidir qual dos estados é preferível do ponto de vista do grupo formado por 1 e 2 é a soma das suas utilidades individuais em cada um desses dois estados, então, fazendo $u_1(x) + u_2(x) = 5 + 5 = 10 < 11 = 0 + 11 = u_1(y) + u_2(y)$, devemos concluir que y é socialmente preferível a x , não obstante o tratamento radicalmente assimétrico dispensado ao bem-estar de 1 e 2 nesse estado.

Essa roupagem do problema é reveladora, uma vez que reflete, por assim dizer no “espaço primário” da distribuição de bem-estar no interior de um

⁵ Cf. Mas-Colell, Whinston e Green, *Microeconomic Theory*, 1995, Cap. 10.

⁶ Cf. Mas-Colell, Whinston e Green, *op. cit.*, pg. 329. Nessa expressão, n é o número de indivíduos do grupo social em questão. Observe-se que, para fazer sentido, essa função requer que se tenha informação suficiente para identificar uma *unidade de utilidade* que seja válida do ponto de vista interpessoal, ou seja, que permita a conversão da escala nominal de utilidade de um indivíduo i na escala nominal de utilidade de um indivíduo j , para quaisquer $i, j \in \{1, 2, \dots, v\}$.

determinado grupo de indivíduos, uma versão análoga no “espaço secundário” da distribuição de riqueza entre consumidores e produtores em um mercado. Trazendo a discussão para o terreno do direito antitruste, essa versão alimenta e está por detrás da crítica ao “paradigma” do excedente total e da proposta de focalização no interesse do “consumidor” como o *único* digno de proteção no contexto antitruste⁷. Ainda que seja incorreto sustentar a “inconsistência teórica” (e, com mais razão, a “inconsistência lógica”) da aplicação do *standard* do excedente total à análise antitruste, é procedente a afirmação de que, com o rompimento (empírico e operacional) de sua conexão com a idéia de bem-estar social, ele se torna insuficiente como critério de decisão e reclama um substituto ou complemento que *não seja neutro* em relação à *questão da distribuição de riqueza* entre agentes econômicos. A reclamação vale sobretudo em países como o Brasil, em que a intuição ética dificilmente deixaria passar uma função de bem-estar social que não respondesse negativamente, ao menos sob certas condições, a transferências de riqueza dos consumidores aos produtores resultantes do exercício de poder de mercado por parte desses últimos.

Se a agregação do bem-estar de cada indivíduo de um grupo social por meio de uma função de bem-estar social não deve ser insensível à distribuição de utilidades entre os indivíduos do grupo, e se *assumimos*, para esses indivíduos, uma relação funcional entre utilidade e riqueza tal que, no âmbito do direito antitruste, uma distribuição de utilidades seja tanto menos “aceitável” do ponto de vista social quanto menos “equitativa” for a distribuição de riqueza entre os consumidores e produtores diretamente afetados por uma conduta ou um ato de concentração econômica, então tem-se que o critério do excedente total *não deve* ser tratado como *decisivo* para o juízo a respeito da licitude da conduta ou da aprovação do ato de concentração⁸. Mas se esse critério não é decisivo, ou seja, se ele não pode ser tratado como suficiente para suportar uma decisão em um ou outro sentido, então qual deveria ser esse critério?

⁷ Ver, por exemplo, Fisher, Johnson e Lande, “Price Effects of Horizontal Mergers”, *California Law Review*, Vol. 77, 4, July 1989, e Jorge Fagundes, *Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência*, Editora Singular, 2004.

⁸ Novamente, a afirmação de que os valores de uma função de bem-estar social “justificável do ponto de vista jurídico” decrescem à medida em que torna-se menos “equitativa” a distribuição de riqueza entre produtores e consumidores, deve ser tomada aqui apenas como suposição adicional no contexto da análise das implicações da hipótese de que o objetivo do direito antitruste é a maximização do bem-estar social, e não a maximização da soma das riquezas de produtores e consumidores. A suposição não é completamente arbitrária, no entanto, uma vez que pode-se encontrar para ela pontos de apoio – mais ou menos indiretos – na Constituição Federal e na Lei 8.884/94.

Os autores que defendem o *price standard* respondem que o critério decisivo deveria ser o nexa causal entre a conduta ou o ato de concentração, de um lado, e uma variação líquida negativa no excedente *do consumidor*, de outro lado⁹. Em outras palavras, *não importa o quanto o produtor for ganhar*; se o consumidor for perder (tipicamente, na forma de um aumento de preços que produza uma redução na quantidade demandada e uma transferência de riqueza do seu bolso para o do produtor), então a autoridade deve intervir preventiva ou corretivamente. Há quem diga que o *price standard* pode ser lido diretamente da Lei 8.884, em particular de seus artigos 1º e 54, §1º, II, e §2º, mas a tese não é correta. Com efeito, as remissões legais apontam exclusivamente, explícita ou implicitamente, para o consumidor – ou “usuário”, em se tratando da prestação de serviços – *final*, e toda inferência que procure *estender* automaticamente aos *demandantes do produto relevante* o destaque e os supostos privilégios normativos conferidos, expressamente, aos consumidores finais, é uma evidente extrapolação.

Mas o principal argumento para a rejeição, respectivamente, da maximização do excedente do consumidor como finalidade última a promover e do *price standard* como critério único de decisão no direito antitruste, é mais sistemático e não está tão à mostra na superfície da lei. O ponto é que o foco exclusivo no demandante é totalmente insensível a características *suas* – por exemplo, o seu poder econômico *vis-à-vis* aquele do ofertante, a estrutura do seu capital, sua nacionalidade e localização geográfica, etc. – que podem ser determinantes para julgarmos se, no Brasil, são positivos ou negativos os efeitos de uma conduta ou um ato de concentração sobre o *bem-estar social*. Por

⁹ Cf. a bibliografia citada acima na Nota de Rodapé 7. No âmbito da análise de atos de concentração em que é provável o exercício de poder de mercado pela requerente, o critério impõe que tais atos só sejam aprovados se geram reduções nos custos marginais suficientes para que aquela não tenha incentivos para aumentar seus preços, i.e., ela maximize seus lucros escolhendo uma quantidade do produto que é maior ou igual à ofertada antes da operação. Estes comentários têm que ser temperados com a observação de que, nas jurisdições norte-americana e da União Européia, há um decidido viés em favor do consumidor (final e intermediário). O art. 2 da *Merger Regulation* da Comissão Européia, por exemplo, afirma que, na análise de atos de concentração, a Comissão levará em conta “the interest of the intermediate and ultimate consumers, and the development of technical and economic progress, provided that it is to consumers’ advantage and does not form an obstacle to competition.” Ver Neven e Röller, “Consumer Surplus vs. Welfare Standard in a Political Economy Model of Merger Control”, CEPR, *Discussion Paper #2620*, 2002, para uma justificativa baseada nas características do *ambiente institucional* em que opera o órgão antitruste, um argumento com o qual simpatiza o presente artigo. Cf. a subseção (c) abaixo.

exemplo, se o “consumidor” é uma subsidiária integral de um grande conglomerado controlado por uma única família, e o ofertante é uma sociedade de capital aberto cujo controle está diluído nas mãos de milhares de pequenos investidores, é algo que *pode não ser irrelevante* do ponto de vista de um bem-estar social *assumido* como não-neutro em relação à distribuição de riqueza entre agentes econômicos no interior da mesma cadeia produtiva. O *peso relativo* que essas características dos agentes envolvidos deveriam receber na avaliação final da autoridade, em comparação ao atribuído à probabilidade e às perdas associadas ao exercício de poder de mercado pelo produtor, é uma outra questão. O importante é que tal peso relativo não seja *aprioristicamente definido* como sendo igual a zero.¹⁰

(b) Do Cálculo de Excedentes à Comparação Ponderada dos Custos e Benefícios dos Agentes Diretamente Afetados

Nem tudo ao produtor, nem tudo ao “consumidor”, portanto. Se essa é a conclusão, então é natural que pensemos em um critério de decisão que parta de uma versão modificada de (1) como expressão que é suficientemente geral para dar conta das qualificações discutidas na seção precedente:

$$S_{\alpha}(x) = \alpha_c C_s(x) + \alpha_p P_s(x), \quad (2)$$

Onde α_c e α_p denotam, respectivamente, os *pesos relativos* do excedente do consumidor e do produtor; α_c é fixado como igual a 1, e $\alpha_p \in \{0, 1\}$, com valor a escolher pela autoridade à luz das características do caso concreto. O critério de decisão pode então ser obtido de (2) do modo habitual, é dizer: um ato de concentração cujo efeito esperado é a alocação x deve ser aprovado se e só se

$$\Delta S_{\alpha}(x) \geq 0, \quad (3)$$

sendo $\Delta S_{\alpha}(x)$ a variação, no valor de S_{α} , associada à passagem da alocação original para a alocação x .

¹⁰ Poder-se-ia contra-argumentar no sentido de que, seja qual for a etapa produtiva em que ocorrer o aumento de preços, seus efeitos negativos far-se-ão sentir, de uma forma ou de outra, pelos consumidores finais. Esse argumento, porém, tem natureza empírica, não havendo garantia de que se mostrará verdadeiro em quaisquer casos, e nem tampouco, em consequência, razão *teórica* para excluir-se *a priori* a admissibilidade jurídica de um argumento no sentido apontado.

Para perceber que (2) é uma generalização de (1), basta tomar $\alpha_c = \alpha_p = 1$. Note-se que (2) também serve para generalizar o “paradigma do excedente do consumidor”, bastando que se faça $\alpha_c \neq \alpha_p = 1$, para este ser obtido a partir daquela. Em uma direção ainda mais geral, podemos prescindir de referências específicas ao “consumidor” e ao “produtor” como termos que denotam, agregada ou isoladamente, os agentes cujos “excedentes” deverão ser ponderados e somados para fins de avaliação social, e trabalhar, simplesmente, com a idéia de que condutas e atos de concentração geram perdas e ganhos monetários para os agentes econômicos por eles diretamente afetados, que essas perdas e ganhos devem ser ponderadas de acordo com algum critério que leve em conta quem são os perdedores e ganhadores e, finalmente, que tais condutas e atos de concentração devem ser avaliados como socialmente desejáveis se e só se os ganhos totais (ponderados) superam as perdas totais (ponderadas). Sejam: $\alpha = (\alpha_d, \alpha_p)$; α_d , o peso relativo a ser atribuído às perdas (reais ou esperadas) dos demandantes do produto relevante (ou representantes, em caso de processo administrativo); α_p , o peso relativo a ser atribuído aos ganhos (reais ou esperados) da empresa resultante de ato de concentração (ou representado) e de suas concorrentes; B_{α_o} , os ganhos ou benefícios privados associados à conduta ou ao ato de concentração, devidamente ponderados; C_{α_d} , as perdas privadas que resultam da conduta ou do ato de concentração, também ponderadas¹¹. Então (2) pode ser substituída pela expressão

$$G_\alpha(x) = B_{\alpha_p}(x) - C_{\alpha_d}(x), \quad (4)$$

onde $G_\alpha(x)$ é o ganho social líquido correspondente à alocação x , produzida pela conduta ou o ato de concentração. O correspondente critério de aprovação (ou licitude) passa então a ser

$$\Delta G_\alpha \geq 0. \quad (5)$$

Observe-se que os ganhos B_{α_o} devem incluir não apenas as reduções de custos geradas pelo evento em questão, mas também, o valor $\sum_{i,j} \theta_{ij}(\Delta L_j)$, onde $\theta_{ij}(\Delta L_j)$ está para a fração que o acionista (pessoa física) i da empresa j

¹¹ Assim como antes, $\alpha_d = 1$ e $\alpha_p \in \{0,1\}$.

– que pode ser ou a empresa resultante da operação (ou a representada, no caso de conduta anticompetitiva) ou suas concorrentes no mercado relevante – recebe ou irá receber do acréscimo nos lucros da empresa de que é acionista, viabilizado pelo exercício real ou esperado de poder de mercado por parte da empresa que resulta da operação¹². As perdas $C\alpha_d$ por sua vez, incluirão, além da perda de peso morto produzida por este exercício (i.e., o valor, não apropriado pelo produtor, que corresponde à quantidade que deixa de ser demandada e ofertada em decorrência do aumento nos preços), também a riqueza transferida dos demandantes à empresa responsável pelo aumento do seu preço, em razão do aumento.

(c) *Teoria, “Capacidades Institucionais” e o Custo Social da Decisão*

Há duas interpretações possíveis e, em princípio, não mutuamente excludentes, para (4). A primeira interpretação vê em (4) a expressão de uma condição necessária e suficiente para a licitude de condutas e a aprovação de atos de concentração, que se impõe externamente aos processos de decisão da autoridade antitruste. De acordo com a segunda interpretação, (4) é o resultado de uma “reconstrução racional” da *lógica de argumentação* em parte explícita, e em parte implícita, nesses mesmos processos decisórios. No primeiro caso, tanto a condição como os valores dos pesos relativos – que são elementos

¹² Essa inclusão é consistente com a hipótese de que o critério de decisão presta contas, em última instância, à função de bem-estar social, e que esta não é insensível a como será distribuída a riqueza entre os acionistas pessoas físicas dos produtores e dos demandantes. Para evitar a dupla contagem, ΔL_j não deve incluir o aumento nos lucros associado aos ganhos de eficiência decorrente da conduta ou do ato de concentração, mas apenas, o lucro adicional viabilizado pelo aumento nos preços no qual se manifesta o exercício de poder de mercado por parte da empresa resultante da operação. Uma questão importante que surge neste contexto é a seguinte: a contabilização dos ganhos dos acionistas pessoas físicas que são decorrentes do exercício de poder de mercado por parte da empresa que resulta de um ato de concentração é compatível com o art. 54, §1º, II, da Lei 8884/94? À primeira vista, pode parecer que a lei só contempla, “de um lado”, as empresas envolvidas na operação (as “participantes”) e, “de outro lado”, os demandantes do produto relevante. No meu entender, esse entendimento é incompleto. A inclusão dos ganhos dos acionistas pessoas físicas no cálculo é uma implicação do tratamento do bem-estar social como objetivo a promover, e enquanto tal não pode ser ignorada desde um ponto de vista estritamente *teórico* (esses acionistas, afinal de contas, também são consumidores finais). Se tal inclusão torna a análise antitruste excessivamente complexa, é uma outra questão, que será abordada na seção II abaixo.

constitutivos do conceito de ganho social líquido – podem ser identificados objetivamente pela autoridade aplicadora, seja a partir da lei, seja a partir das características do caso concreto; no segundo caso, são ambos extraídos da fundamentação das decisões e das expectativas normativas dos envolvidos nos procedimentos de aplicação da lei (advogados, economistas e autoridades) relativamente ao que pode “contar” como lance válido em suas interações argumentativas.

Nesse último sentido, o que se infere indutivamente da observação e análise da práxis da aplicação da lei irá ressurgir, enquanto *padrão normativo* de argumentação e decisão, no formato de delimitador e mapa do terreno apenas dentro do qual as afirmações são *reconhecíveis, institucionalmente*, como “argumentos antitruste”. Em outras palavras, (4) define aquilo que está fora e o que está dentro do jogo, vale dizer: se, *independentemente de seu valor de verdade*, um dado argumento *qualifica-se, em princípio*, como argumento antitruste – ou se é algo a ser sumariamente descartado, na melhor das hipóteses como erro escusável de alguém menos avisado. A imagem sugerida por essa segunda interpretação é a de um retângulo que delimita o espaço de argumentação no exterior do qual argumentos “não contam” do ponto de vista antitruste, e no interior do qual as partes estão inteiramente livres para usarem argumentos relacionados aos dois conjuntos de temas a que se referem as variáveis que aparecem em (4), a saber, B_{α_o} e C_{α_d} . Essas variáveis, por sua vez, estão representadas por cada um dos lados do retângulo, cujos comprimentos, que simbolizam a relevância da respectiva temática para o julgamento do caso concreto, são determinados pelos pesos relativos – i.e., os α 's – correspondentes¹³. Ao final, se o caso assim o exigir, a análise pode desembocar na necessidade de algum estudo quantitativo para a determinação de C , B e α_p , mas o usual é que os temas, e seus pesos relativos, cumpram apenas uma função “tópica”, ou seja, sirvam para marcar, genericamente, posições a serem preenchidas por argumentos predominantemente qualitativos, diante dos quais a autoridade possa dar-se legitimamente por satisfeita.¹⁴

¹³ Um caso particular ocorre se $\alpha_p = 0$, situação em que o retângulo degenera e o espaço de argumentação se reduz. Um exemplo poderia estar em atos de concentração em que há a “eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante”. No caso de ato de concentração que afetar mercados relevantes em que os demandantes são “consumidores ou usuários finais”, pode cogitar-se a obrigatoriedade da substituição de (4) pelo *price standard*.

¹⁴ Cf. a respeito a Seção II abaixo.

A primeira interpretação (vale dizer, que (4) expressa uma condição necessária e suficiente para a aprovação de um ato de concentração pela autoridade antitruste) não deve ser levada adiante. Nenhuma lei antitruste – e a nossa, a Lei 8884, não é exceção – é, textualmente, tão limitante como ela supõe. Ao contrário, o conjunto de interpretações que são compatíveis com o texto legal é tão includente, que nem mesmo as concepções mais esdrúxulas do que é um ilícito antitruste ou das condições de aprovação de atos de concentração podem ser, *prima facie*, eliminadas como leituras possíveis. O caso concreto, por sua vez, é ainda menos impositivo. A seleção de um determinado atributo em detrimento de outro pressupõe um critério de relevância que é externo ao caso e só pode ser fornecido por uma “teoria”, i.e., um conjunto mais ou menos racionalizado e sistemático de proposições que fazem a mediação entre o texto legal e as atividades de sua interpretação e aplicação – sobretudo no âmbito antitruste, em que a presença de uma teoria que cumpre esse papel de mediação é escancarada.

Em nenhum outro ramo do direito é tão intensa e abrangente a influência do conhecimento científico na determinação, não apenas do conteúdo dos conceitos, mas também, do *tipo de argumento* utilizado na preparação e justificação das decisões das autoridades. O processo de decisão das autoridades antitruste pode ser adequadamente descrito como um “problema de otimização com restrições”, mais precisamente, um problema de maximização de uma *função que transforma inputs de teoria econômica em decisões juridicamente vinculantes*, sujeita às restrições impostas pelas *capacidades das instituições estatais* envolvidas nessas decisões e a *necessidade de manter a diferenciação entre direito e economia aplicada*. Essa caracterização pode parecer obscura, mas ela na verdade nos ajuda a entender, e qualificar, a hipótese de que (4) e (5) traduzem as regras – a identificar, explicitadas ou implícitas, nas argumentações de advogados, consultores e autoridades – que definem o *in* e *out* do direito antitruste.

Vamos ilustrá-la com a análise de atos de concentração econômica (o mesmo argumento se deixa transpor para a investigação de condutas anticompetitivas, com pequenos ajustes). A decisão de aprovar ou não aprovar um ato de concentração é tomada a partir de uma análise que segue fielmente – não só no Brasil, mas também em quase todas as demais jurisdições – um algoritmo simples¹⁵. Se supomos que o objetivo da autoridade antitruste é maximizar algo

¹⁵ O algoritmo é uma criação dos norte-americanos e encontra expressão nos *Guidelines* publicados pela FTC e a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (a primeira edição é de 1982). Dos Estados Unidos, ele se difundiu para os demais países – no Brasil, encontra-se no “Guia Conjunto SEAE/SDE para Análise de Atos de Concentração Econômica”.

semelhante a (4), o sucesso e a resistência desse algoritmo são difíceis de justificar. De fato, com a incorporação de técnicas econométricas e modelos de teoria dos jogos à análise, é possível responder *diretamente* à questão se $\Delta G_{\alpha} \geq 0$, i.e., calcular os ganhos líquidos associados ao ato de concentração em vez de percorrer, mecanicamente, as etapas em que consiste o algoritmo – muitas das quais definidas por presunções bancadas apenas por razões qualitativas e pontos de parada arbitrários. No entanto, aquilo que, em teoria, é no melhor dos casos um *second-best* metodológico, pode tornar-se a solução preferida do ponto de vista social quando contabilizamos os *custos com a tomada da decisão* e os *custos associados a decisões eventualmente equivocadas*, e modificamos, correspondentemente, a função a ser maximizada:

$$G_{\alpha}^{*}(x(\beta,y),y) = G_{\alpha}(x(\beta,y)) - [CD(\beta,y) + p(\beta,y)CE], \quad (6)$$

onde *CD* são os custos com a tomada da decisão; *CE*, os custos com a decisão equivocada (e.g., a decisão que aprova o ato de concentração que gera uma perda líquida de bem-estar social, ou que não aprova o ato de concentração que gera um ganho líquido de bem-estar social); *y*, uma variável que representa o valor dos recursos despendidos para determinar se $\Delta G_{\alpha} \geq 0$ ¹⁶; β , um número pertencente ao intervalo [0,1], que reflete as “capacidades institucionais” da autoridade para levar a cabo a referida determinação; e *p*, a probabilidade de uma decisão equivocada. Supõe-se que *CE*, o dano produzido pela decisão equivocada (por exemplo, o valor das eficiências produtivas que deixaram de ser realizadas em razão de uma decisão de não aprovação), também é dado exogenamente. Supõe-se ainda que *p* é uma função decrescente em β e *y*, de tal

¹⁶ A rigor, *CD* é a soma dos gastos públicos e *privados* (por exemplo, os gastos das empresas com advogados, consultores econômicos, alocação do tempo de executivos para a produção de provas e a participação em reuniões, realização de viagens, etc.) necessários para a tomada da decisão. No que segue, porém, estaremos supondo, para nos focarmos no problema de decisão da autoridade, que o valor de *CD* é determinado somente pela variável *y*, o dispêndio escolhido pela autoridade. Uma justificação mais substantiva para esta suposição poderia partir da hipótese de que o gasto privado é – indiretamente pelo menos – determinado pela *tolerância* e as *sinalizações* da autoridade em relação ao tipo e aos pesos relativos das provas que podem contar para o seu convencimento. A suposição, de qualquer maneira, não afeta substancialmente os resultados da análise, e pode ser relaxada, assim como a suposição de que os custos públicos limitam-se aos custos das autoridades *administrativas* envolvidas, primariamente, na aplicação da Lei – e não incluem os custos do Poder Judiciário com o julgamento de impugnações.

maneira que, quanto mais “capaz” a autoridade e maior o seu dispêndio de recursos para concluir a análise, menor a probabilidade de erro. É razoável imaginar que CD seja menor quanto mais próximo de 1 estiver β . De todo modo, para um dado valor de β , o valor de CD cresce à medida que y cresce, verificando-se, logo, um *trade-off* entre os valores de CD e pCE (i.e., o dano social esperado associado à decisão equivocada).

Observe-se, finalmente, que, se duas distintas metodologias de análise associadas a níveis de dispêndio y_1 e y_2 , respectivamente, resultam em decisões às quais corresponde a mesma alocação x , segue que $y^* \in \{y_1, y_2\}$ maximiza (6) se, e somente se, dado um valor de β , y^* minimiza $CD + pCE$ ¹⁷. Em outras palavras, sejam quais forem as capacidades institucionais da autoridade antitruste e a alocação x^* que maximiza os ganhos líquidos expressos em (4), o objetivo a promover é maximizado quando a autoridade escolhe um nível de dispêndio que minimiza o valor de S , i.e., a soma dos custos com a decisão e o custo esperado de uma decisão equivocada. Essa é uma implicação extremamente importante, pois sugere que o algoritmo convencional pode ser melhor que a alternativa supostamente mais sofisticada teoricamente se for plausível imaginarmos que, em média, aquele produz um valor menor para S que esta – em especial para valores de β abaixo de um certo patamar “crítico” –, e ambas as metodologias tendem a desembocar na mesma alocação x (ou em alocações formula e formula “suficientemente indistinguíveis” entre si do ponto de vista prático) como a que maximiza o valor de (4).¹⁸

É difícil afirmar, sem um amplo estudo empírico e comparativo, algo acerca dessa questão que tenha validade geral, mas há razões para acreditar-

¹⁷ Fazendo $S = CD + pCE$, tem-se, para todo x ,

$$G_{\alpha}^*(x, y_1) \geq G_{\alpha}^*(x, y_2) \Leftrightarrow G_{\alpha}(x) - S(\beta, y_1) \geq G_{\alpha}(x) - S(\beta, y_2) \\ \Leftrightarrow S(\beta, y_1) \leq S(\beta, y_2)$$

¹⁸ O resultado é imediato se supomos que x é, *de fato*, a alocação econômica que maximiza (4). O argumento torna-se realmente informativo e interessante quando partimos da premissa – muito mais realista, obviamente – de que o problema da autoridade é um problema de decisão sob incerteza, e que a probabilidade de erro p é sempre estritamente positiva. Por outro lado, e para evitar mal-entendidos, deve-se notar que a alocação a ser escolhida pela autoridade antitruste é um elemento de um conjunto definido por sua *competência* (no sentido jurídico). Ou seja, a autoridade não é livre para escolher uma alocação supostamente ideal, mas deve limitar-se a um conjunto formado, basicamente, pelas alocações correspondentes às decisões de aprovação irrestrita, não-aprovação, e aprovação condicionada a alguma restrição (neste último caso, com um número reduzido de variantes).

mos em uma resposta favorável ao algoritmo (e, possivelmente, mais favorável a algoritmos com pontos de parada que sejam ainda mais simples e “arbitrários” se medidos segundo padrões de exigência acadêmicos)¹⁹. Em primeiro lugar, CD é uma função crescente em y (por hipótese), e y tende a ser maior quanto mais complexo for o processo de análise. Em segundo lugar, se β é menor que um determinado valor crítico, não é implausível assumir que *tanto* a probabilidade de erro p , *como* o custo do erro CE , podem *aumentar, em média*, com o aumento da complexidade da análise. Em terceiro lugar, mesmo que isso não se confirme, ou seja, que uma análise mais complexa provoque em regra, simultaneamente, um aumento de CD e uma redução de pCE , o primeiro efeito tende a sobrepor-se ao segundo (na margem) *a partir de um certo grau de complexidade*, é dizer: haverá um grau de complexidade da análise, a partir do qual o custo marginal do incremento de complexidade, em termos de um custo superior de decisão, será superior ao seu benefício marginal, em termos de uma redução do custo social esperado de uma decisão equivocada. O ponto é reforçado, em quarto lugar, quando re-introduzimos no cômputo de CD , enquanto variável independente, os gastos *privados* incorridos pelas partes (requerentes e interessadas). De fato, além do efeito óbvio da adição de um número positivo (em regra, extremamente elevado) ao valor dos recursos despendidos pelas autoridades e do conseqüente aumento de CD , a elevação dos gastos privados pode estar associada também à *não redução* do valor de pCE (contrariamente à hipótese adotada que pCE é decrescente em y). A razão é a seguinte: suponha-se que p seja a *frequência* com que erros são cometidos, e que os erros de decisão são basicamente de dois tipos, a saber, aprovação com $\Delta G_{\alpha} < 0$, e não aprovação com $\Delta G_{\alpha} \geq 0$. Considerando-se a superioridade de informações e recursos que marca a posição das requerentes em relação à da autoridade, é de se esperar que o erro do primeiro tipo ocorra com uma frequência superior à frequência da ocorrência de erros do segundo tipo. Isso sugere que há, nas decisões das autoridades, um viés pró-requerentes que é relativamente sistemático. Esse viés, certamente, é relativizado nos casos de impugnação, sobretudo quando se trata de impugnação tecnicamente sofisticada e realizada por um rival com poder financeiro comparável. Contudo, como a presença de um rival *estrategicamente orientado* não elimina o problema da assimetria de informação e recursos em detrimento da autoridade, nem tampouco produz, por si, qualquer alinhamento

¹⁹ Para uma defesa sofisticada, em nível geral, de um “formalismo qualificado” na aplicação do direito – por oposição à busca da solução ótima *on-the-spot*, ver Schauer, *Playing by the Rules*, Clarendon Press, 1991; ver também Sunstein, “Must Formalism be Defended Empirically?”, John M. Olin Law and Economics Working Paper No. 70, 1999.

entre interesses privados e públicos, não há motivo para acreditar na redução necessária seja da probabilidade, seja do custo do erro. Pelo contrário, e como mostram experiências recentes, a impugnação tende a aproximar o julgador do árbitro de um conflito privado, e a decisão, de uma opção entre um e outro tipo de erro.

Essa lista de razões que depõem a favor do algoritmo poderia ser entendida, por exemplo na direção de um argumento evolucionário que inferisse, de sua longevidade e predominância, uma maior “*fitness*” relativamente à alternativa da otimização *on-the-spot*, mas o ponto que a argumentação precedente pretendia ilustrar já está suficientemente à mostra. A idéia é que o velho algoritmo convencional justifica-se enquanto resultado de uma “decisão de segunda ordem”²⁰, i.e., a decisão acerca da melhor estratégia para redução dos problemas associados à tomada da “decisão de primeira ordem”, no caso, a decisão de aprovar ou não aprovar um ato de concentração segundo o critério formulado em (5). O sistema jurídico está permeado por decisões de segunda ordem de diferentes tipos. Esses tipos são definidos de acordo com a forma como os custos totais (i.e., custos de decisão e custos com erro) distribuem-se entre o *ex ante* da decisão de segunda ordem e o *ex post* da decisão de primeira ordem. A escolha do algoritmo, nesse contexto, é a opção por uma estratégia do tipo ALTO-BAIXO, ou seja, que requer um esforço inicial significativo para viabilizar, no estágio seguinte, um custo de decisão relativamente pequeno, especificamente: ALTO custo de *elaboração* de uma *regra* (i.e., das etapas do algoritmo)²¹, BAIXO custo de *execução* da regra (i.e., de implementação do algoritmo) – um perfil intertemporal particularmente adequado para decisões recorrentes que seguem a mesma lógica e afetam interesses privados cuja satisfação requer boa dose de planejamento e segurança jurídica.

Esse perfil não se altera, essencialmente, quando a rigidez do algoritmo é radicalizada pela combinação criativa entre regras automáticas de parada e presunções não absolutas. Se isso é feito conscientemente, ao contrário, o resultado pode ser: mais racionalidade a um menor custo. Pense-se, por exemplo, em uma regra que interrompa o processo de análise quando a participação de mercado resultante do ato de concentração seja superior a certo limite – e a contribuição da operação para o resultado, medida, digamos, pela variação do HHI, esteja fora de questão. Agentes econômicos que vislumbrem operações com

²⁰ Ver, para o que segue, Sunstein e Ullmann-Margalit, “Second-Order Decisions”, *Ethics*, Vol. 110, October 1999.

²¹ Em países como o Brasil, em que o algoritmo foi incorporado apenas com ligeiros ajustes, esse custo inicial é pouco significativo.

essas características saberão, antecipadamente, que sua aprovação estará condicionada a algum tipo de restrição, e poderão incluir este dado o quanto antes nas suas negociações entre si e – caso a operação se realize – com a autoridade. A lei brasileira, aliás, parece impor uma solução parecida ao proibir que se aprovem irrestritamente operações que “eliminem a concorrência em parte substancial do mercado relevante”. Com isso, evitar-se-iam situações indesejáveis como aquela que se presenciou no caso *Nestlé*, e a discussão substantiva poderia ser deslocada, da análise das eficiências (a parte mais especulativa e intransparente do processo de análise), para a etapa da definição do mercado relevante e a identificação de seus participantes e das respectivas participações.²²

II. O que é “provar juridicamente” que $\Delta G_{\alpha} \geq 0$?

A competência profissional do jurista é essencial para a detecção, validação e o controle da licitude da implementação dessas “decisões de ordem superior” que dão forma e asseguram operacionalidade ao direito antitruste²³. Aquilo que é conclusão de um exercício necessário em *law and economics* teria ainda que ser traduzido na linguagem do direito administrativo e do direito processual antes de servir de orientação normativa para autoridades e empresas. A aposta é que isso é perfeitamente possível e até mesmo simples de fazer, bastando que se tenha a mente aberta a argumentos consequencialistas. Mas não é só aqui que o jurista pode e deve intervir decisivamente. A sua principal função está no gerenciamento de tudo aquilo que diz respeito à *questão probatória* no âmbito dos procedimentos definidos em lei. Essa é certamente uma das questões mais importantes – se não for a mais importante – a separar o

²² Essa sugestão assume a necessidade de relativizarmos o caráter dicotômico da opção entre o “dominance test” e o “substantial lessening of competition test” enquanto “testes substantivos” para a análise de atos de concentração econômica. A lei brasileira parece ter adotado um regime misto, em que o teste da eliminação substancial da concorrência deve ser aplicado *salvo* na hipótese do art. 54, §1º, III (vale notar que “*redução substancial da concorrência*” não é, necessariamente, o mesmo que “*eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante*”).

²³ Outro exemplo proeminente de decisão de segunda ordem que assume o formato de uma regra é a chamada “regra *per se*”, que permite a punição de empresas participantes de um cartel sem a necessidade de uma *prova direta* de que os seus efeitos líquidos sobre o bem-estar social são negativos. Há exemplos também no caso de restrições verticais, como se verifica no tratamento, como ilícitas, de cláusulas de exclusividade que envolvam agentes detentores de poder de mercado e impliquem “fechamento de mercado” superior a um patamar fixado jurisprudencialmente.

mundo do direito antitruste do mundo da economia aplicada – “provar uma hipótese” é uma performance com condições de sucesso que podem ser significativamente diferentes em um e outro contexto.

A discussão sobre prova (e isso vale não só no âmbito do direito da concorrência) envolve, basicamente, os seguintes quatro aspectos: (i) o que conta como prova e qual seu respectivo peso relativo; (ii) quem tem o ônus da prova; (iii) qual o standard de prova aplicável; e (iv) como se determina o ponto de parada do processo de instrução. Não há no Brasil, até onde eu posso ver, reflexão sistemática sobre qualquer destes aspectos no que se refere ao direito antitruste. Nas conversas e petições dos colegas advogados, é o segundo aspecto aquele que tem recebido alguma atenção. Os demais, salvo engano, permanecem totalmente alheios à tematização. Essa lacuna é problemática, sobretudo por que a questão da prova permeia as atividades de aplicação do direito antitruste como um todo, e a sua não tematização apenas significa, nessas circunstâncias, que determinadas decisões e posturas estão sendo tomadas e assumidas de forma implícita e não consciente. As observações que seguem não são uma tentativa de cobrir um assunto tão vasto e complexo como esse, mas somente, uma proposta de identificação de algumas questões menos salientes porém merecedoras de enfrentamento imediato.

(a) *Se não o neverland da certeza absoluta, então o quê?*

Standards de prova são barreiras que refletem distintos graus de convencimento do julgador e cuja transposição é condição necessária para que uma determinada alegação possa contar como provada juridicamente. Um exemplo é o “*beyond reasonable doubt*” do direito penal norte-americano, que conhecemos das cenas de julgamento nas quais jurados se debruçam sobre os fatos do caso a fim de condenar ou absolver um réu acusado de ter cometido um crime hediondo. Uma maneira conveniente de precisar o significado de uma expressão para um standard de prova é traduzi-la numa *linguagem probabilística*, precisamente, enquanto a *probabilidade de erro* que consideramos ser “aceitável” ao *tratarmos juridicamente* uma proposição como suficientemente provada.

Seja Γ o conjunto das *provas juridicamente admissíveis*, e $p: \wp(\Gamma) \rightarrow [0,1]$, uma função bijetora que associa probabilidades de erro a subconjuntos de Γ (medidas por referência ao que se considera uma decisão correta)²⁴. Um *standard de prova* p^* , relativo à decisão d do julgador j , é a

²⁴ A expressão $\wp(\Gamma)$ denota o *conjunto das partes* de Γ , i.e., o conjunto de todos os

menor probabilidade de acerto “tolerável juridicamente” para a decisão d de j . Por exemplo, se d é uma sentença de um juiz j que condena alguém a uma pena privativa de liberdade, e a aceitabilidade da decisão depende de o réu ser culpado com probabilidade de erro igual ou inferior a 10%, então o standard de prova relativo à mesma decisão é 90%. Dado um standard de prova p^* , diremos que um conjunto de provas E “satisfaz” p^* se e somente se $p(E) \leq 1-p^*$ (ou seja, se e somente se a probabilidade de erro associada a E é menor ou igual à máxima probabilidade de erro tolerável juridicamente), e definiremos o conjunto $E_{p^*} = \{E \in \wp(\Gamma): p(E) \leq 1 - p^*\}$, como o conjunto dos conjuntos de provas em $\wp(\Gamma)$ que satisfazem o standard de prova p^* . Seja $c: E_{p^*} \rightarrow [0, \infty)$, uma função que associa, a cada conjunto E em E_{p^*} , um número positivo que expressa o *custo de produção* de E (i.e., de todas e cada uma das provas $e_1, e_2, \dots, e_n \in E$). O *problema de decisão* da autoridade *investigadora*, então, é escolher um conjunto de provas $E_{inv} \in E_{p^*}$ tal que não exista, em E_{p^*} , um conjunto de provas E , diferente de E_{inv} , que tenha custo de produção menor que o de formula. Um “conjunto ótimo de provas para a autoridade investigadora” é um $E \in E_{p^*}$ que exhibe essa propriedade (assumindo presentes as condições necessárias para a existência de um ótimo).

Do problema de decisão da autoridade investigadora tem que ser distinguido o problema de decisão do *agente econômico* que toma parte no procedimento na qualidade de requerente, representante ou representado. Seja P o valor da *perda total* do agente i no contexto de um procedimento (por exemplo, as despesas com honorários de advogados e economistas mais a sanção, no caso de condenação em processo administrativo, ou mais aquilo que ele deixa de ganhar, no caso de não aprovação de ato de concentração), e seja $p_e: \wp(\Gamma) \rightarrow [0, 1]$, uma função bijetora que associa, a cada subconjunto de Γ , uma *probabilidade de êxito*, ou seja, a chance de i evitar a perda P quando apresenta, à autoridade julgadora, um certo conjunto de provas E em $\wp(\Gamma)$. Em teoria, i escolherá um conjunto de provas E_i que lhe gera a máxima probabilidade de êxito,

subconjuntos de Γ . A função p é *bijetora* se e somente se é *injetora e sobrejetora*, ou seja, se e só se (i) para todo $E_1, E_2 \in \wp(\Gamma)$, se $p(E_1) = p(E_2)$, então $E_1 = E_2$; e, (ii) para todo $p' \in [0, 1]$, existe $E' \in \wp(\Gamma)$ tal que $p(E') = p'$. Por último, se p é uma distribuição de probabilidade definida em $\wp(\Gamma)$, então $p(E') \geq 0$ para todo $E' \in \wp(\Gamma)$, e tem-se que

$$\sum_{E \in \wp(\Gamma)} p(E) = 1.$$

dados E_{inv} , a perda P , o custo $c(E_i)$ e o standard p^* . Para começar, i jamais optaria por investir em um conjunto de provas E_i para o qual exista um conjunto de provas alternativo E'_i tal que $p_e(E_{inv} \cup E'_i) > p_e(E_{inv} \cup E_i)$, pois, nessa hipótese, i estaria melhor com E'_i . O problema de decisão de i é escolher um entre os “mais baratos” conjuntos de provas $E_i \in \wp(\Gamma)$, em relação aos quais não exista $e \in \Gamma - E_i$ tal que $(P) [p_f(E_i) - p_f(E_i \cup \{e\})] \geq c(\{e\})$, sujeito à referida restrição e também a $c(E_i) \leq B$, onde $p_f = 1 - p_e$ e B é o que i poderá gastar até o desfecho do caso. Seja E_{max} o conjunto de todos os conjuntos em $\wp(\Gamma)$ para os quais o custo de produção de uma prova adicional é maior que a redução no valor esperado da perda P , viabilizada pela mesma prova adicional, i.e., no caso do agente i , o conjunto dos $E_i \in \wp(\Gamma)$ tais que, para toda prova $e \in \Gamma - E_i$, tenha-se $(P) [p_f(E_i) - p_f(E_i \cup \{e\})] < c(\{e\})$. Um “conjunto ótimo de provas para i ” é um conjunto $E'_i \in E_{max}$ que satisfaz as restrições mencionadas acima e é tal que não exista um conjunto de provas $E'_i \in E_{max}$, diferente de E_i , que tenha custo de produção menor que o de E_i (de novo, assumindo presentes as condições necessárias para a existência de um ótimo).

E a autoridade *juizadora*? O objetivo do juiz, idealmente, é promover o ótimo social, i.e., escolher uma alocação x e um nível de dispêndio y que maximizam (6). Vimos acima que, para qualquer x dado, isso equivale a escolher um y que minimiza a soma S dos custos de decisão e do custo esperado de uma decisão equivocada – refletida na “distância” entre a alocação escolhida e aquela que “realmente” maximiza (4). Na seção I.(c), y foi introduzida como variável que representa a *totalidade* dos custos de decisão, incluídos aí os custos com a investigação e aqueles incorridos por agentes privados que tomam parte no procedimento em questão. A premissa era que esses custos, mesmo que não controlados diretamente pelo juiz, seriam por este indireta e decisivamente influenciados. Essa premissa é justificada apenas se não é verdade que o juiz é refém das estratégias das partes, ou seja, que ele é omissivo na sinalização e no mapeamento *ex ante*, e/ou no controle *ex post*, do espaço em que caberá àquelas o exercício legítimo de seus poderes e direitos. Com efeito, toca ao juiz, nos limites de sua competência, a palavra acerca do standard de prova e , o que é ainda mais importante, do formato de p_e , i.e., a função que associa probabilidades de êxito a conjuntos de provas juridicamente admissíveis. Se o juiz silencia, não é suficientemente claro a respeito ou escolhe defensivamente, o resultado é um nível de gasto muito superior ao que seria socialmente desejável.

Efetivamente, mesmo deixando-se de lado as assimetrias de informação e o desalinhamento parcial de interesses que marcam a relação entre advogados e clientes (como caso particular de um problema principal-agente), as preocupações de natureza reputacional e, em especial, o *viés de otimismo*²⁵ da parte na estimação da sua probabilidade de êxito, são fatores-chave na conformação do seu incentivo a gastar. É raro achar-se um cliente, por mais comedido que seja, que acredite que perderá o caso se escolher bem seu advogado. Mais ainda, o tipo predominante é aquele que, observada a própria restrição orçamentária, escolhe como se tal probabilidade fosse igual a 1. Na mesma linha, as incertezas no que se refere à capacidade probatória da autoridade investigadora e à propensão ao erro da autoridade julgadora fazem do gasto privado algo que, em boa medida, independe *diretamente* do valor de p^* . O efeito da combinação entre incerteza e viés de otimismo é fazer com que a parte perceba o próprio problema de decisão como opção pelo advogado que escolherá um E_i de maneira a garantir que $p_e(E_i) = 1$. Na prática, i toma como certo o ganho $-P$ e dispõe-se a gastar, para tal fim, aquilo que pode gastar. Diante desse quadro, e por sua vez, o advogado não tem alternativa a não ser jogar esse jogo e fazer o que está ao seu alcance para vencer ou, no pior dos casos, passar ao cliente a imagem que fez o impossível e que a responsabilidade por uma eventual derrota não é sua. De outro lado, sem sinalizações explícitas e um controle rigoroso por parte do julgador, a autoridade investigadora é também, inevitavelmente, arrastada para dentro desse jogo ineficiente. É aqui que se faz sentir, de uma forma dramática, a assimetria de recursos e informação entre agentes públicos e agentes privados, o que contribui perversamente para aumentar ainda mais o gasto privado com atividades voltadas para a produção de provas.

Dado esse cenário, o que se exige do julgador são posturas e sinais claros no que se refere à contribuição relativa de cada prova para o seu convencimento. É preciso dar às partes todos os elementos para que calculem por si mesmas, com margens desprezíveis de erro, os custos e benefícios esperados associados a diferentes estratégias para utilização ao longo da instrução: “Se você foi pego fazendo um acordo de fixação de preços com seu concorrente, o melhor que você tem a fazer é passar a cooperar imediatamente para tentar

²⁵ Sobre esse e outros vieses, ver Kahneman, Slovic e Tversky (eds.), *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, Cambridge University Press, 1982. Ver ainda Jolls, Sunstein e Thaler, “A behavioral approach to law and economics”, *Stanford Law Review*, Vol. 50, 1471-1550, 1998; também, Bar-Gill, “The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation”, *Discussion Paper No. 373*, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Harvard Law School.

obter uma redução da sanção”; ou então: “Se você for adquirir um rival e gerar uma participação de mercado superior a X% em um mercado relevante caracterizado por elevadas barreiras à entrada e pouca rivalidade, já venha até mim com uma proposta para negociarmos qual a melhor restrição”. A mesma recomendação vale para a autoridade investigadora: “Se você flagrou um acordo de fixação de preços entre concorrentes, pode encerrar a instrução que eu cuido do resto”.

No Brasil, onde o legislador optou por delegar à Administração Pública o *public antitrust enforcement* e os recursos alocados para tal finalidade são escandalosamente escassos, essa função de sinalização para análises de custo e benefício deve ser explorada até as fronteiras do juridicamente permitido. Tão importante quanto a escolha do sinal apropriado para cada classe de situação (a examinar na subseção seguinte), é a ferramenta jurídica empregada, a saber: resolução, precedente ou uma mistura de ambos. De novo, tem-se aí a necessidade de uma decisão de segunda ordem. Parece-me que, quanto a esta questão, a melhor escolha é uma combinação entre o comprometimento da resolução e o ajuste passo-a-passo que só o precedente é capaz de propiciar. A resolução é oportuna em virtude das descontinuidades institucionais que desorientam advogados e seus clientes. Por outro lado, a complexidade da tarefa recomenda que a norma geral se ocupe de fixar a moldura e desenhar o contorno das figuras, e reserve, ao acúmulo de experiências e à evolução do conhecimento técnico, o trabalho de retoque e preenchimento gradual do seu conteúdo.

Seja qual for o instrumento usado, o interesse do julgador é realizado quando (i) a instrução completou-se, é robusta, e os processos lhe são entregues quase maduros para decisão; (ii) o custo de produção das provas foi o mínimo possível; e (iii) a decisão é a mais adequada às provas. Se isso ocorre regularmente, o sistema funciona de modo a minimizar a soma dos custos de decisão e do custo esperado das decisões eventualmente incorretas. Aos olhos do julgador, a instrução é um processo indissolúvel de acúmulo de provas que deve ser encerrado ao atingir o seu “ponto ótimo de parada”. A idéia é que a instrução inicia com um conjunto formula de provas, que vai sendo ampliado apenas se o custo *social* de produção da prova adicional é compensado pelo benefício *social* que essa prova produz²⁶, e que consiste na redução do custo de uma decisão banca-

²⁶ Observe-se que a caracterização é geral, e não se limita à probabilidade de erro correspondente ao standard de prova vigente para a questão *sub judice*. Isso é coerente com o fato de, em determinadas condições, não ser *juridicamente vedado* ao julgador interromper o processo em momento *anterior* ao ótimo relativo ao standard. Por exemplo, em uma ação de perdas e danos em que o standard de prova para a condenação do réu é superior a, digamos, 70% (i.e., a condenação só pode ocorrer se a responsabilidade do

da exclusivamente pelas provas até então acumuladas, ponderado pela probabilidade de erro de uma tal decisão. O problema do julgador é induzir os agentes privados (e, por extensão, as autoridades investigadoras) a se comportarem, predominantemente, de uma maneira socialmente desejável – a não gastarem mais tempo e recursos na instrução que o necessário para atingir tal ponto –, e a conjectura é que, dando os sinais corretos a esses agentes e ao investigador, o julgador contribui para que o resultado que se quer implementar possa emergir, como um equilíbrio, na situação de decisão que os envolve.

Esses sinais devem prover informações de três tipos, a saber, a respeito (i) dos standards de prova mais relevantes (*e.g.*, para caracterização de uma infração antitruste e verificação de que um ato de concentração não pode ser aprovado incondicionalmente), (ii) do momento apropriado para a exibição das provas, e (iii) da maneira como cada prova ou classe de prova juridicamente admissível afeta a probabilidade de êxito de quem a exhibe. Quanto ao primeiro ponto, é preciso *separar* o controle dos atos de concentração da investigação de condutas anticompetitivas – admitindo-se, nesses dois casos, que está em jogo uma possível restrição ao exercício de direitos (ou no mínimo, um ato do poder público que compromete a realização de um interesse privado) e, portanto, que é cabível a invocação do princípio do devido processo legal em toda a sua amplitude²⁷. A diferença está em que, em um caso, há contra alguém acusação de cometimento de ato ilícito e eventual imposição de sanção, ao passo que, no outro, tem-se, na pior das hipóteses, a não ocorrência da aprovação de ato ou contrato submetido ao controle estatal, aprovação que é *condição juridicamente necessária à eficácia do direito* à sua realização (art. 54, §7º, da Lei 8884/94). Salvo engano, não se lê no mandamento constitucional do devido processo legal qualquer restrição à decisão de não aprovar um ato de concentração que as provas revelem, *preponderantemente*, ser prejudicial ao bem-estar soci-

rú tiver sido provada com uma probabilidade de erro inferior a 30%), e cada parte pode escolher livremente as provas que pretende produzir, nada impede o juiz de decidir pela *improcedência* da ação ao verificar que nenhuma das provas especificadas pelo autor é capaz de reduzir a probabilidade de erro de uma decisão condenatória para um valor menor que 50%. Essa possibilidade não está restrita ao contencioso privado. Inclusive ali, onde toca ao Estado o dever de iniciativa em relação à produção de provas, um mínimo de sensibilidade aos apelos da análise custo-benefício é imperativo. Se a condenação penal de alguém que é inocente com probabilidade não inferior a 50% afronta o Estado de Direito, o mesmo não poderá ser afirmado da decisão de *absolvê-lo* ao perceber-se que prosseguir investigando não vale a pena.

²⁷ Cf. a esse respeito o Voto do Ministro Gilmar Mendes no MS 24268/MG, de 15/03/2004, com referências a outros julgados do STF.

al. Isso não vale, por outro lado, para a condenação de alguém por infração da ordem econômica. Aqui, todas as “dúvidas razoáveis” deverão ter sido *eliminadas* antes da condenação, ou seja, há que se procurar – não o *neverland* da certeza absoluta, mas sim – um estado de convencimento no qual a *probabilidade de erro é suficientemente próxima de 0*. A principal vantagem dessa diferenciação está no que ela implica para nosso entendimento a respeito do que seria uma prova ou diligência “inútil”, “desnecessária” ou “protelatória” (ver os arts. 14, IV e 130 do CPC, bem como o art. 38, §2º, da Lei 9784/99). Aquilo que, à luz do mesmo conjunto de provas acumuladas, é “desnecessário” para a análise dos efeitos de um ato de concentração, pode não o ser para a análise dos efeitos de uma conduta que alegadamente infringe o art. 20 da Lei 8884/94. Isso é um alerta para a autoridade. Mas há a contrapartida: o que aqui vale como “necessário”, lá pode não valer; e se não vale, se é desnecessário, deve ser indeferido pelo julgador ou então desentranhado dos autos.

Uma discussão produtiva do segundo ponto deveria começar pelo reconhecimento de que qualquer advogado que está acostumado a operar no limite das normas do processo civil ou – com mais razão – do processo penal, não tem como deixar de notar a indisciplina que reina nos processos administrativos que tramitam pelo Sistema Brasileira de Defesa da Concorrência, especialmente nos procedimentos de análise de atos de concentração. Tal indisciplina faz-se sentir, predominantemente, nas indefinições em relação ao quê e ao quando da apresentação de provas e no desrespeito sistemático aos prazos legalmente estabelecidos. Não é este o espaço para a imputação de culpas e responsabilidades por este grave estado de coisas. O ponto é que qualquer tentativa inteligente de solução desse problema exige do julgador uma atitude menos passiva. É verdade que esse é um assunto espinhoso, especialmente diante do art. 3, III, da Lei 9784/99, o qual confere ao administrado o direito de “formular alegações e apresentar documentos *antes da decisão*”, determinando que sejam “objeto de consideração pelo órgão competente”. Nenhum direito, porém, é incondicional. Um dos limites está dado pelos citados artigos do CPC e o art. 38 da própria Lei 9784/99. Mas há outros. O princípio da eficiência administrativa (que, complementarmente à proibição do abuso do direito a um devido processo legal, serve para fundamentar o art. 38), por exemplo, autorizaria o recurso a um mecanismo do tipo regra/exceção a fim de impor um mínimo de ordem na situação. A regra: “É proibido formular alegações e apresentar documentos após a ocorrência do evento *E* no processo”, seria acompanhada de uma exceção: “Salvo nas hipóteses (...)”. Candidatos naturais a prazos fatais e condições excepcionantes existem e são simples de listar, e talvez não seja demais imaginar que a edição de uma resolução clara, precedida de ampla consulta pública, contasse com a apoio

e a simpatia dos principais advogados formadores de opinião nessa área.²⁸

Transmitir informação sobre os standards de prova e as normas que governam o processo é uma tarefa da autoridade julgadora extremamente importante para induzir a convergência da instrução para o ponto ótimo de parada. A sua eficácia, porém, é duvidosa se ela estiver desacompanhada de sinalizações adequadas a respeito da relação funcional entre conjuntos de provas e probabilidades de êxito. Se à autoridade julgadora, assim como ao juiz, está assegurada a “livre apreciação da prova”, essa liberdade é juridicamente condicionada pelo dever de indicar na sua decisão – para empregarmos a linguagem do art. 131 do CPC – “os motivos que lhe formaram o convencimento”. É então o cumprimento desse dever na forma da elaboração *regrada* (e da estabilização) de correspondências entre motivos e decisões, a principal fonte de sinais para esboçar uma relação funcional entre conjuntos de provas e probabilidades de êxito. No direito antitruste, tal “elaboração regrada” ocorre sobre um solo prévia e minuciosamente mapeado pela teoria econômica (e em um terreno objetivamente limitado, no caso concreto, por conhecimentos de engenharia de produção, administração de negócios, etc.). Isso confere estrutura ao espaço no qual o julgador seria supostamente “livre” para apreciar as provas apresentadas pelas partes e pelo investigador, deixando-o, porém, intocado justamente ali onde a presença de restrições é mais sentida, a saber, na ponderação de argumentos econômicos mais sofisticados. A subseção a seguir explora esse problema em mais detalhe.

(b) Métodos Quantitativos e a “Disciplina Daubert”

O recurso à econometria e à teoria dos jogos está em alta no direito antitruste. Os principais exemplos vêm dos exercícios de simulação dos efeitos de atos de concentração econômica, mas não faltam casos no campo das condutas anticompetitivas, em especial na investigação de cartéis e práticas de exclusão de rivais. Nos Estados Unidos, o fenômeno começa a ser percebido mais amplamente a partir do início dos anos 90 do século passado, e a literatura parece já ter completado o primeiro ciclo de um processo de amadurecimento cognitivo que se fecha com a reflexão crítica de uma experiência como sempre marcada pela combinação entre teoria e prática. No Brasil, esse instrumental foi intensamente usado por requerentes e impugnantes no ato de concentração envolvendo a aquisição da *Garoto* pela *Nestlé*, mas a autoridade julgadora foi, apa-

²⁸ Uma resolução sobre o assunto certamente teria que cuidar também dos prazos dos atos do Poder Público, a fim de ajustar os incentivos no sentido da máxima realização da eficiência processual, da segurança jurídica e do direito ao devido processo legal.

rentemente, poupada da ingrata tarefa de manifestar-se sobre o mérito dos argumentos mais técnicos em virtude de um providencial e inesperado consenso em relação ao valor das eficiências necessárias para aprovar a operação. Futuros julgadores provavelmente não terão a mesma sorte, e é portanto recomendável que enfrentemos logo a questão sobre os cuidados exigidos para o manuseio apropriado desse aparato no âmbito da aplicação do direito antitruste.

A parte geral da discussão passa por um estudo mais amplo da relação entre direito (sistema jurídico) e ciência (sistema científico)²⁹. Para os presentes fins, será suficiente tomar como ponto de partida a encruzilhada a que chegou o debate norte-americano acerca do uso de modelos de simulação na análise de fusões e aquisições³⁰. Em um recente *paper* intitulado “A *Daubert* Discipline for Merger Simulation”³¹, três autores insuspeitos: Gregory Werden, Luke Froeb e David Scheffman, defendem que o uso desses modelos esteja, nesse âmbito, sujeito a restrições por eles batizadas de “disciplina *Daubert*”. O nome presta homenagem à decisão da Suprema Corte em *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc.*, uma decisão admirável em que a Corte fixou uma nova posição no tocante à questão da *admissibilidade de provas científicas* pelas cortes federais. Os autores especificam a lição geral deixada por *Daubert* no sentido de uma exigência aplicável a todo exercício de simulação levado a cabo no âmbito da análise de um ato de concentração, mais precisamente: “every

²⁹ Ver, por exemplo, Breyer, “The Interdependence of Science and Law”, *Science and Technology Policy Yearbook*, Cap. 9, American Association for the Advancement of Science, 1999. Em um idioma alternativo, seria esse o lugar para reflexão sobre as características do “acoplamento estrutural” entre o sistema científico e o sistema jurídico.

³⁰ Ver, entre outros, Werden, “Simulating the Effects of Mergers in Differentiated Products Industries: A Practical Alternative to Structural Merger Policy”, *George Mason Law Review*, Vol. 5, 1997, pgs. 363-386; Baker e Rubinfeld, “Empirical Methods in Antitrust Litigation”, *American Law and Economics Review*, Vol. VI, 1999, pgs. 386-435; Crooke, Froeb, Tschantz e Werden, “Effects of Assumed Demand Form on Simulated Postmerger Equilibria”, *Journal of Industrial Organization*, Vol. 15, 1999, pgs. 205-217; Werden e Froeb, “Calibrated Economic Models Add Focus, Accuracy and Persuasiveness to Merger Analysis”, *Working Paper* FTC, 2002; Carlton, “The Relevance for Antitrust Policy of Theoretical and Empirical Advances in Industrial Organization”, *George Mason Law Review*, Vol. 11, 2003, pgs. 47-63; e, Werden, Froeb e Scheffman, “A *Daubert* Discipline for Merger Simulation”, *Working Paper* FTC, 2004. Para uma reflexão mais geral acerca da incorporação de técnicas econométricas de análise no âmbito de processos de decisão jurídicos, ver Rubinfeld, “Econometrics in the Courtroom”, *Columbia Law Review*, Vol. 85, 5, 1985, 1048-1097.

³¹ Ver Nota de Rodapé 30, o penúltimo texto mencionado, ao qual far-se-á referência, daqui em diante, como “WFS”.

modeling choice in a merger simulation apt to matter significantly [must, LFS] be accompanied either by some sort of justification or by a sensitivity analysis indicating its impact.” A parte final do presente artigo se ocupa de explicar o que isso quer dizer e reproduzir as recomendações dos autores para a regulação jurídica da questão da prova, no tocante aos referidos modelos, por parte da autoridade julgadora – as quais deveriam valer também, e sobretudo, para a autoridade brasileira.

Uma simulação, basicamente, usa um modelo de teoria dos jogos, “calibrado” com dados observados, para inferir um estado do mundo não observado. A “calibração”, vale dizer, o “preenchimento” do modelo com os valores dos correspondentes parâmetros, normalmente envolve estudos econométricos, e o estado do mundo que se deseja inferir é o efeito líquido da operação sobre o bem-estar social (identificado, tradicionalmente, seja com o excedente agregado, seja com o excedente do consumidor). Mais precisamente, simulações empregam um determinado modelo formal do comportamento de agentes oligopolistas, calibrado com preços e quantidades observados, para prever os efeitos líquidos de um ato de concentração sobre preços e quantidades das requerentes e de seus concorrentes³². Dado que os efeitos de redução nos custos marginais gerados pelo ato também podem ser facilmente incorporados ao estudo, simulações são ferramentas extremamente úteis para responder a questões acerca do efeito líquido de operações que produzem, simultaneamente, perdas e ganhos na forma de aumentos de preços e eficiências produtivas. Isso vale com ainda mais razão nas fusões e aquisições que afetam mercados de produtos diferenciados, em que a tarefa de definição da dimensão produto do mercado relevante é decisiva e pode descambar para uma especulação objetivamente incontrollável.³³

Contudo, os benefícios associados ao emprego de simulações não vêm sem um custo – que pode ser significativo. A realização de um estudo de simulação pressupõe a tomada de uma seqüência de decisões de estratégia teórica e metodológica pelo analista³⁴. Até aí, nenhum problema; ao contrário, esse tipo de pressuposto está presente também na análise estrutural tradicional, onde, porém, permanece escondido sob o automatismo do algoritmo recitado no *Guia* e

³² Ver Froeb e Werden, “An Introduction to the Symposium on the Use of Simulation in Applied Industrial Organization”, *International Journal of the Economics of Business*, Vol. 7, No. 2, 2000, pgs. 133-137. Custos marginais não precisam ser estimados, pois são deduzidos das condições de primeira ordem dos problemas de maximização.

³³ Cf. Werden, texto citado na Nota de Rodapé 30.

³⁴ Cf. WFS, pgs. 13 e seguintes.

não induz demandas por explicitação – diferentemente do que se passa nos casos de simulação. O problema surge, paradoxalmente, quando se nota que, *uma vez explicitadas* as premissas e hipóteses sobre as quais se baseia o exercício, abre-se o flanco para uma espiral de argumentos que podem ser tão especulativos e incontroláveis quanto os que motivaram o recurso à ferramenta da simulação. Pense-se, para começar, na decisão relativa *ao modelo a utilizar* para captar formalmente a interação entre as empresas no mercado. A regra é apelar aos dois mais simples jogos estáticos de informação completa tradicionalmente empregados para ilustrar o conceito de equilíbrio estratégico nos capítulos sobre oligopólio dos manuais de microeconomia, quais sejam, o modelo de *Cournot*, no caso de bens homogêneos, e o de *Bertrand*, no caso de bens diferenciados. Essa é uma óbvia limitação quando se considera o amplo menu de alternativas de modelagem obtido ao se rejeitar uma ou outra hipótese dos referidos modelos, por exemplo: a hipótese de informação completa a respeito dos *payoffs* de cada jogador, cuja negação levaria a um jogo bayesiano; a hipótese a respeito do caráter *one-shot* da interação, cuja negação levaria a um jogo repetido; ou ainda, para radicalizar o argumento, a premissa de que os agentes são racionais e que sua racionalidade é “*common knowledge*”, cuja negação levaria a modelos com racionalidade limitada. Essa limitação, no entanto, não deveria ser vista como uma deficiência. Pelo contrário, ela é *necessária* para *garantir a força probante* dos exercícios de simulação. De fato, a sua ausência significaria a *transposição* da lógica de um processo *virtualmente interminável* de propositura, teste e correção de hipóteses, para dentro de um processo formatado para *progredir linearmente e terminar* com uma decisão vinculante; e, com essa transposição, o encaminhamento desse último processo para um estado de *indecidibilidade* com respeito à *verdade* das proposições utilizadas nesse contexto.

É então para impedir tal desfecho e salvar o valor da simulação como meio de prova, que se demanda do julgador que cumpra um “*gatekeeping role*” referente à *forma* do modelo a ser admitido na instrução³⁵: para que a simulação “conte”, o modelo utilizado deve ser um dos modelos tradicionais, em relação aos quais o conhecimento já acumulado e a unicidade dos resultados permitem um controle intersubjetivo. Mas o papel de *gatekeeper* implica, ainda, que a recíproca não valerá automaticamente: para que a simulação “conte”, não é *suficiente* que o modelo utilizado seja um dos modelos tradicionais, pois isto requer a adequação entre suas hipóteses e os “*fatos da indústria*”³⁶. Se não

³⁵ WFS, pg. 5.

³⁶ WFS, pgs. 3 e seguintes, onde se lê a qualificação de que tal exigência não significa obviamente a “*perfeita adequação*” do modelo aos fatos.

existe essa adequação, a simulação perde a sua força probante, e o caso concreto terá que ser decidido exclusivamente a partir de meios de prova alternativos. Isso não é o mesmo que afirmar, evidentemente, que o uso de outros modelos seja proibido, mas simplesmente, que tal uso não deveria afetar (positivamente ou negativamente) as probabilidades de êxito dos agentes envolvidos. A razão principal está na necessidade de que a troca de argumentos mantenha-se intersubjetivamente sob controle ao longo da instrução, sem desandar para uma situação de fato em que quaisquer das partes, ou mesmo a autoridade investigadora, veja-se induzida a manipular a teoria no sentido de se tornar imune a objeções.

O problema se repete diante de uma segunda escolha estratégica fundamental que cabe ao analista tomar quando elabora uma análise de simulação, a saber, a escolha dos *valores das elasticidades próprias e cruzadas*, ainda que o remédio seja outro: em vez de “some sort of justification” em um postulado da teoria econômica ou nos fatos da indústria, a *análise de sensibilidade*. O cálculo dos valores para as elasticidades é realizado, normalmente, após a análise econométrica de uma série de dados referentes a preços e quantidades dos produtos envolvidos, e pode afetar, significativamente, a conclusão a respeito do aumento de preços associado à operação³⁷. A estimação das elasticidades, entretanto, sujeita-se a uma série de imprecisões, causadas sobretudo por problemas com a quantidade e a qualidade dos dados. Sendo esse o caso, WFS sugere a investigação da *sensibilidade* da prognose que resulta da simulação a diferentes escolhas de valores (por exemplo, dentro de um certo intervalo) para as elasticidades. Quanto menos robusta a diferentes valores for então essa prognose, menor sua confiabilidade e, portanto, menor também a diferença que a simulação faz em termos de uma alteração nas probabilidades de êxito.

Por último, ainda que valores confiáveis para as elasticidades possam ser inferidos a partir das informações relativas a preços e quantidades disponíveis para análise, o modo pelo qual as elasticidades *variam* em função de variações nos preços não se deixa determinar de igual maneira, pois essa determinação depende da forma funcional (ou “curvatura”) da demanda, e a *escolha da forma funcional* da demanda pode ser determinante para o resultado de uma simulação. Diferentes formas funcionais podem estar associadas a resultados diferentes em relação ao aumento esperado nos preços do produto relevante, de tal modo que, a depender da escolha, conclusões opostas no que se refere à aprovação da operação podem emergir³⁸. Segundo WFS, há dois modos de so-

³⁷ Para uma ilustração, ver WFS, pgs. 14-15.

³⁸ Ver WFS, pgs. 15 e seguintes; ainda, Crooke *et al.*, texto citado na Nota de Rodapé 30.

lucionar o problema da incerteza em relação ao formato da função demanda. O primeiro é uma *alternativa* à simulação, e consiste na substituição da questão acerca do aumento esperado nos preços associado à operação (supondo inexistência de reduções nos custos marginais) pela questão acerca da redução nos custos marginais que seria necessária para impedir qualquer aumento nos preços³⁹. Essa alternativa é interessante quando a análise de atos de concentração segue o *price standard*, mas ela é insuficiente nos demais casos. Para esses últimos, WFS recomenda a *decisão mais conservadora*, vale dizer, para quem defende, a escolha da forma funcional da demanda que produz o *maior* aumento possível nos preços, e para o impugnante, a opção pela forma funcional associada ao *menor* aumento possível nos preços.

Esses cuidados com respeito à escolha do modelo formal, dos valores das elasticidades e da forma funcional da demanda devem ser redobrados em jurisdições em que, como ocorre no Brasil, as autoridades vêem-se forçadas a lidar com dados escassos e de pouca qualidade, e são enormes as assimetrias existentes entre as mesmas e os agentes privados envolvidos no procedimento. Essa é uma razão a mais para que a utilização de métodos quantitativos seja reservada para situações em que uma decisão baseada somente em argumentos qualitativos possa ser incorreta com uma probabilidade elevada. Nos casos extremos, simulações devem ser desincentivadas por meio de uma radicalização das regras de parada de que se compõe o algoritmo tradicional. E, mesmo quando apropriadas (*e.g.*, a definição do produto relevante é difícil, as participações de mercado são muito sensíveis a definições alternativas, mas não atingem um patamar suficientemente elevado para presumir-se aplicável a regra do art. 54, § 1º, III), as simulações deveriam apenas complementar as análises de natureza estrutural e, preferencialmente, cumprir uma função crítica em vez de positiva. Esse é o preço a se pagar por toda teoria científica que pretenda servir à racionalização dos processos de aplicação do direito: o sacrifício da pureza, decorrente da contaminação pelas vicissitudes e imperfeições inerentes à realidade das instituições.

³⁹ Ver Werden, “A Robust Test for Consumer Welfare Enhancing Mergers Among Sellers of Differentiated Products”, *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 44, 4, 1996, pgs. 409-413; cf. ainda WFS, pg. 17.

DO COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE PRÁTICA NO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA:

Considerações sobre a sua Natureza Jurídica, Compulsoriedade de Celebração pela Administração Pública e Questões de Direito Intertemporal

Leonardo Canabrava Turra¹

1. Marco teórico da discussão

O instituto do Compromisso de Cessação de Prática, de reconhecida utilidade e eficácia na lei antitruste, passou por uma significativa modificação legislativa que restringiu o seu âmbito de aplicação.

A redação original da lei 8884/94, mais precisamente no seu artigo 53, dispunha que “em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE *ad referendum* do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada”.

No entanto, o advento da lei 10.149/2000 acrescentou ao mencionado artigo 53 um parágrafo 5º, que determinou a sua não aplicação às condutas concertadas descritas nos incisos I, II, III e VIII do artigo 21 da lei antitruste, *verbis*:

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica às infrações à ordem econômica relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21 desta Lei.

Essa inovação legislativa, como era de se esperar, alcançou vários processos em andamento na SDE e no próprio CADE, suscitando o pronunciamento daqueles órgãos acerca da aplicabilidade do novo diploma legal às situações pretéritas.

Examinando alguns pedidos concretos, a Procuradoria do CADE entendeu pela aplicação das novas restrições aos processos em curso, justificando a decisão pelos seguintes argumentos:

¹ Bacharel em direito pela UFMG e em economia pela PUC-MG, Mestre e doutorando em direito econômico pela UFMG, Professor da Faculdade de Direito Milton Campos, Procurador do Estado de Minas Gerais.

- a) que a restrição estabelecida pela lei 10.149/2000 seria imediatamente aplicável aos processos em curso, eis que não haveria direito adquirido ao julgamento pela lei existente à data do fato;
- b) que a inovação legal seria de natureza jurídica processual, e portanto teria aplicabilidade imediata aos processos em curso;

Também afirmou a procuradoria do CADE:

- 1) que o compromisso de cessação é uma faculdade do CADE, já que a lei usa a expressão '*poderá ser celebrado*', cabendo ao administrador a avaliação da "conveniência e oportunidade" de se celebrar o compromisso;
- 2) que não faz sentido celebrar o compromisso de cessação quando a administração já dispõe de elementos de convicção para uma decisão condenatória.

Tanto a SDE quanto o CADE consideraram acertado o entendimento da Procuradoria era acertado, e não deferiram a celebração do Compromisso de Cessação em inúmeros casos, o que sugere um exame dos motivos invocados e a sua conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

2. Compromisso de cessação natureza jurídica de transação

Ao contrário do que quis fazer parecer a procuradoria do CADE, o compromisso de cessação não tem caráter processual, mas, sim, material. Conforme ensina Moacyr Amaral Santos²:

"Leis processuais ou leis do processo (...) são aquelas que regulam o exercício da função jurisdicional. Enquanto as leis materiais criam direitos e obrigações ou definem situações, ou seja, tutelam determinadas categorias de interesses e, quando em conflito, declaram qual dos interesses em conflito se acha protegido pelo direito, as leis processuais se destinam a realizar aquelas leis em face de um concreto conflito de interesses."

Fica, pois, evidente, que a natureza material e não processual do compromisso de cessação, eis que implica na criação de obrigação para o administrado (não fazer a ação acoimada de ilegal) e fazer e não fazer para a administração (fiscalizar e não punir), definindo a situação *sub examine*.

² Primeiras Linhas de Direito Processual, vol. I, Saraiva, 1987, p. 25.

Essa natureza jurídica substantiva é, igualmente, reconhecida pela melhor doutrina, que atribui ao Compromisso a natureza jurídica de **transação**, instituto reconhecidamente de direito material, e não processual. O professor João Bosco Leopoldino da Fonseca³, ex-magistrado da Justiça Federal, ex-conselheiro do CADE e professor Titular de Direito Econômico da Universidade Federal de Minas Gerais, assim preleciona:

“A criação legal do “compromisso de cessação” deixa no âmbito da incerteza a infringência contra a ordem econômica. **esse compromisso se insere no instituto jurídico da transação**, previsto nos artigos 1.025 a 1.036 do Código Civil.

.....(..)

Com esse acordo se extingue ou paralisa a investigação, havendo reciprocidade de concessões: a autoridade não investiga mais e o representado paralisa a prática de atos que geraram suspeitas de infração.”

(...)

O objetivo primordial da existência e concretização do compromisso de cessação, do ponto de vista da Administração, é o de fazer cessar a prática de atos que ela entende estarem em conflito com a ordem econômica. (grifou-se)

Quando muito, poder-se-ia admitir ao instituto uma natureza mista, incapaz no entanto de torná-la mero instituto de direito processual, de aplicação imediata.

O fato de uma lei interferir na tramitação processual não a torna – apenas por isso – uma lei processual. Várias são as hipóteses de normas que interrompem o curso normal de um processo, às vezes suspendendo-o, às vezes extinguindo-o, mas sempre tendo como consequência mediata a extinção da punibilidade, que é uma óbvia hipótese de direito material.

Um exemplo clássico, do qual voltaremos a falar mais adiante, é o instituto análogo denominado de ‘suspensão condicional do processo’, contido na lei 9099/95, instituto este que tem as mesmas características e consequências atribuídas ao Compromisso de Cessação. Na Suspensão Condicional do Processo (do Direito Penal), como aqui, no Compromisso de Cessação (do Direito Econômico), existe uma paralisação do processo, enquanto o processado cumpre determinações estipuladas pela autoridade. Aqui, como alhures, a consequência do fiel cumprimento do pactuado é a extinção da punibilidade. Mister destacar que, salvo melhor juízo, não há um só autor que afirme que uma causa

³ Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Lei Antitruste, Forense, 1998, p. 135-137.

extintiva da punibilidade seja instituto de direito processual, seja ela qual for. Essa coincidência de características e a natureza de suspensão condicional do processo já foram identificadas por Sidio Rosa de Mesquita Junior⁴, *verbis*:

É inegável a natureza de transação da **suspensão condicional do processo**, onde a autarquia e a empresa fazem um acordo que visa a imediata cessação da infração sob investigação.” (grifou-se)

3. Compromisso de cessação como direito público subjetivo do administrado e dever da administração

Uma vez mais com a devida *venia*, verificamos que os nossos órgãos de defesa da concorrência não souberam dar ao dispositivo legal a sua apropriada interpretação.

Com efeito, conforme já mencionamos, a procuradoria do CADE afirmou tratar-se o compromisso de cessação de mera faculdade, justificando o entendimento pelo fato de a lei mencionar que o compromisso ‘*podará*’ ser celebrado. Ao assim proceder, jungiu-se o CADE ao mais rasteiro dos critérios de hermenêutica, que é o critério literal. O professor Glauco Barreira Magalhães Filho⁵ ensina que:

“A ambigüidade e a vagueza dos textos normativos, a relativização do princípio da separação de poderes e as relações ocorridas nas relações sociais são exemplos de fatores que contribuíram para revelar a **insuficiência da interpretação literal**. (...)”

Podemos concluir que a realização do direito de modo justo e equitativo – pela sua interpretação, aplicação e integração – está a depender da formação moral e da sensibilidade do julgador. A ciência propõe métodos, ou seja, a forma, mas o conteúdo do Direito concreto concebido pelos juízes, deve emanar da espiritualidade e da ética.” (grifou-se)

Dando ao dispositivo o seu real alcance Sídio Rosa de Mesquita Junior⁶ lembra que a lei 9099/95 também usa a expressão “podará propor” ao tratar do instituto análogo da suspensão condicional do processo (art. 89). E, no que pertine à aplicação daquela lei, nenhum intérprete ou tribunal cogita tratar-se de faculdade, mas sim de compulsoriedade, desde que preenchidos os requisitos legais.

⁴ Revista de Direito Econômico, jul/dez 1996, p. 65-71.

⁵ Hermenêutica Jurídica Clássica, Mandamentos, 2002, p. 62 e 89.

⁶ Revista de Direito Econômico, jul/dez 1996.

Afirma o ilustre professor:

“É mister a lembrança de que o artigo 89 da lei 9099/95 encontra-se assim escrito: ‘... o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, **poderá** propor a suspensão do processo...’. Da mesma forma, a lei 8884/94 menciona a palavra **poderá**, mas, **assim como no processo penal, não se trata de faculdade do Estado, mas de direito subjetivo do acusado.**” (*grifou-se*)

Corroborando o entendimento desposado pelo ilustre professor citado, temos que o próprio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de ser imperativo (e não facultativo) o oferecimento da suspensão condicional do processo, nos termos da lei 9099/95, não obstante a utilização da mesma palavra ‘poderá’:

“Responsabilidade Penal – Lei 9099/95 – Suspensão Condicional – Proposta – O Ministério Público **deve ofertar** a proposta de suspensão condicional do processo dado ser **direito público subjetivo** do réu recebê-la. Em não querendo formular, como o processo não pode ficar parado, caberá ao juiz fazê-lo.” (STJ, REsp. 136511, 6ª T, DJ de 03.08.1998, p. 336)” (*grifou-se*)

Com o perdão da redundância, é de se insistir na assertiva de que o fato de a lei dizer **PODERÁ** não impediu o STJ de entender que se trata de um **DEVER**.

Não fosse assim, estaria aberta a porta para a iniquidade e para a improbidade, já que ficaria ao exclusivo alvedrio da administração decidir quem seria favorecido ou preterido na celebração do compromisso.

Não se trata de negar a natureza discricionária do ato administrativo, mas de fixar o âmbito de aplicação dessa discricionariedade. Conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello⁷, **“discricionariedade é liberdade dentro da lei”**. E acrescenta o mestre:

“Não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente estará agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente.”(..)

“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público -, **não se en-**

⁷Curso de Direito Administrativo, 12a. ed., Malheiros, 2000, p. 32 e 370.

quadram a livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. **O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles**, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a intentio legis. (...)

‘Na administração o dever e a finalidade são predominantes, no domínio, à vontade’. **Administração é a ‘atividade do que não é senhor absoluto’**. (...)

Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração **os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador**. (...) (grifou-se)

Evidentemente, há uma margem de discricionariedade administrativa na celebração do compromisso de cessação. Mas essa discricionariedade diz respeito ao **conteúdo do pacto**, e não à possibilidade de sua celebração ou não. Quanto à obrigatoriedade de sua celebração, ato administrativo é vinculado.

Assim, discricionariedade haverá, na fixação do conteúdo do compromisso – que deve assegurar a restauração da ordem econômica – e na fixação da penalidade pelo inadimplemento. Mas, mesmo nesse caso, não se há que falar em vontade absoluta do administrador, que deverá fixar razoavelmente as condições da transação:

“Descende também do princípio da legalidade o princípio da razoabilidade. Com efeito, nos casos em que a Administração dispõe de certa liberdade para eleger o comportamento cavível diante do caso concreto, isto é, quando lhe cabe exercitar certa discricção administrativa, evidentemente tal liberdade não lhe foi concedida pela lei para agir desarrazoadamente de maneira ilógica, incongruente.

Não se poderia supor que a lei encampa, avaliza previamente, condutas insensatas, nem caberia admitir que a finalidade legal se cumpre quando a Administração adota medida discrepante do razoável. (...)

Procede ainda do princípio do princípio da legalidade o princípio da proporcionalidade do ato à situação que demandou sua expedição. Deveras, a lei outorga competências em vista de certo fim. Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configura uma superação do escopo normativo. Assim, a providência administrativa mais extensa ou mais intensa do que o requerido para atingir o fim público inculcado na regra aplicanda é inválida, por consistir em um transbordamento da finalidade legal.”⁸

⁸ Id., *ibid.*, p. 39.

Em síntese, negar-se a celebração do próprio pacto, é desbordar a esfera da discricionariedade administrativa para ingressar na perigosa seara do arbítrio do administrador.

4. A Jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região Compromisso de Cessação como Norma de Direito Material e como Direito Subjetivo do Processado

O egrégio TRF da 1ª. Região, julgando o Agravo de Instrumento 2002.01.00.005899-1, em aresto da lavra do eminente Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, pronunciou-se sobre a natureza material (de transação) do compromisso, bem como acerca da imperatividade da sua celebração:

“Nesse contexto, inegável, penso eu, **o direito subjetivo da agravante à celebração do compromisso de que se trata**, sendo irrelevante encontrar-se o processo na SDE ou no CADE, eis que a **transação**, nos termos da redação original do dispositivo legal pertinente, poderia ser firmado em qualquer fase do processo”.

Posteriormente, julgando os Embargos de Declaração opostos, pelo CADE, ao Agravo de Instrumento 2002.01.00.005899-1/DF, o mesmo ilustre relator assim se manifestou: (doc. anexo)

“Na decisão ora embargada, **considerarei que o agravante tinha o direito subjetivo à celebração do compromisso de cessação de conduta** pela qual vinha suplicando desde o nascedouro do procedimento administrativo, em consonância com o disposto no artigo 53 da lei 8884/94, a estatuir que, “em qualquer fase do procedimento administrativo poderá ser celebrado, pelo CADE ou pela SDE ad referendum do CADE, compromisso de cessação de prática sob investigação que não importará confissão quanto à matéria de fato e nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.” (doc. anexo, grifou-se)

Finalmente, julgando pedido de efeito suspensivo de decisão do CADE, nos autos do Agravo de Instrumento 2002.01.00.026790-6/DF, o ilustre Desembargador Fagundes de Deus assim se pronunciou:

“a dita lei superveniente (Lei nº 10.149/2000), ao excluir a possibilidade de se celebrar termo de compromisso nos casos de infração contra a ordem econômica relacionadas nos incisos I, II, III e VIII do artigo 21, **não erigiu, simplesmente, normas de direito processual, mas, sim, de direito material**, na medida

que subtraiu, como consequência, direito já constituído em favor da pessoa jurídica que houvesse cometido as atividades infracionais inscritas nos apontados incisos do artigo 21.”

5. Jurisprudência do próprio CADE - Compromisso de cessação como direito do processado

Por outro lado, a recente manifestação da SDE e do CADE, com fulcro no parecer examinado, ofende – salvo melhor juízo – a jurisprudência pretérita do próprio CADE⁹, que em outros momentos já se havia pronunciado pela impossibilidade de recusa por parte da autoridade, ante a solicitação de Celebração do Compromisso por parte do processado. Manifestando-se sobre o pedido da representada, que não lograra obter assinatura do compromisso de cessação da prática investigada, assim dispôs o ilustre Conselheiro Mércio Felsky:

“(…) a Lei e a doutrina não deixam margem à dúvida de que o compromisso, pode sim, e **deve ser** celebrado até a decisão sobre o mérito da conduta que ocorre com o julgamento. Não cabe ao agente público restringir o momento de celebração do compromisso de cessação a esta ou àquela fase do processo administrativo. A lei dá o direito ao administrado de pleitear a celebração desse compromisso em qualquer momento do processo.” (grifou-se)

6. Direito intertemporal

6.1. Aplicação ao direito administrativo sancionador dos princípios informadores do direito penal

O ilustre professor Luiz Alberto Barroso¹⁰, em primoroso artigo no qual discorre sobre a aplicação ao Direito Administrativo sancionador dos princípios norteadores do Direito Penal, tece considerações da mais alta relevância sobre o tema, para concluir que o princípio da irretroatividade das normas penais que agravam a situação do processado é aplicável ao Direito Administrativo:

“A regra secular segundo a qual a norma mais benéfica retroage para beneficiar

⁹ Processo Administrativo 08000.003303/98-25, Relator: Conselheiro Mércio Felsky,. (DOU de 24/04/2000).

¹⁰ Revista Diálogo Jurídico, vol. I, nº 4, julho/2001.

o réu sempre foi o princípio diretor da aplicação das normas penais no tempo. Nos dois últimos séculos, com o desenvolvimento do direito público e a expansão da ação punitiva do Estado com base em seu poder de polícia administrativa, doutrina e jurisprudência passaram a perceber que, embora em instâncias distintas, essa nova expressão do poder sancionatório do Estado – que vai até mesmo substituindo, em muitos campos, a repressão penal clássica – não é ontologicamente diferente do direito penal.

Ao contrário, o direito administrativo punitivo é apenas mais uma forma de manifestação do chamado poder punitivo do Estado. Sua diferenciação relativamente ao direito penal é apenas de grau ou, muitas vezes, mera opção legislativa.”

E, citando a lição do saudoso e inigualável Ministro Nelson Hungria¹¹ sobre o tema, prossegue o renomado professor:

“Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal. A separação entre um e outro atende apenas a critérios de conveniência e oportunidade, afeiçoados à medida do interesse da sociedade e do Estado, variável no tempo e no espaço. A única diferença que pode ser reconhecida entre as duas espécies de ilicitude é de quantidade ou de grau; está na maior ou menor gravidade ou imoralidade de uma em cotejo com outra. Pretender justificar um discrimine pela diversidade qualitativa ou essencial entre ambos, será persistir no que KUKULA justamente chama de ‘estéril especulação’. A identidade essencial entre o delito administrativo e o delito penal é atestada pelo próprio fato histórico, aliás reconhecido por GOLDSCHMIDT, de que ‘existem poucos delitos penais que não tenham passado pelo estágio do delito administrativo’. **Entre nós, não há razão alguma para rejeitar-se o sistema de subordinação da ação disciplinar à ação penal.**”

No mesmo sentido, de extensão dos preceitos penais ao Direito Administrativo Punitivo, o magistério de Celso Aranha Bandeira de Mello, escrevendo sob a égide da Constituição anterior, e de Lucia Valle Figueiredo, ambos citados por Barroso¹², *verbis*:

“Multa administrativa (...) os textos legais que reduzem a multa coercitiva, mes-

¹¹ Ilícito Administrativo e ilícito penal, RDA – Seleção Histórica 1945-1995.

¹² Apud Barroso, Revista Diálogo Jurídico, vol. I, nº 4, julho/2001.

mo depois da infração, e até da condenação, se ainda não satisfeita, devem ser aplicados por analogia, tendo em vista o princípio jurídico, consignado no art. 150, § 16, da Constituição de 1967, de que **a lei penal mais benigna tem efeito retroativo.**” (Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Princípios gerais de direito administrativo, vol. 1, 1969, p. 502, grifou-se)

“Nos primeiros, nos disciplinares, a Administração visaria a apurar fatos reputados como faltas administrativas funcionais, que poderiam levar até à demissão. Nos segundos, os sancionatórios, a Administração visaria a apurar infrações administrativas para aplicar punições. Nessas hipóteses, a verdade material sofre temperamentos. Não poderá a Administração agravar as penas, mercê dos recursos. Se assim não fosse, a parte ficaria absolutamente tolhida, quase que impossibilitada de levar sua defesa até o final. **Claro está que nesses processos – disciplinares e sancionatórios – vão vigor os mesmos princípios do direito penal.**” (Lúcia Valle Figueiredo, Curso de direito administrativo, p. 288, 1994, grifou-se)

Esse entendimento, segundo o qual o Direito Administrativo sancionador se subordina aos mesmos princípios que informam o Direito Penal – dentre eles a irretroatividade da novação legal *in pejus* –, encontra ainda respaldo na jurisprudência das nossas mais altas cortes. Inicialmente, destacamos o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“A punição administrativa guarda evidente afinidade, estrutural e teleológica, com a sanção penal” (STJ, REsp. 19.560-0, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

“ADMINISTRATIVO – SUNAB – LEI DELEGADA Nº 4 – INCIDÊNCIA NA VENDA DE CONFECÇÕES FINAS – INFRAÇÕES CONTINUADAS.

A punição administrativa guarda evidente afinidade estrutural e teleológica com a sanção penal. É correto, pois, observar-se em sua aplicação, o princípio consagrado no art. 71 do Código Penal” (STJ, REsp. n.º 19.560-0- RJ, Rel. Min. Gomes de Barros, DJ 18.10.93).

De igual teor o REsp n.º 39.555-0- PE, Rel. Min. Gomes de Barros e Resp n.º 39.582-8-PE, Rel. Min. Gomes de Barros, ambos publicados no DJ 28.03.94.

Mesmo o Pretório Excelso já se pronunciou acerca do acerto da tese acima desposada, fixando que se deve subordinar a aplicação de quaisquer sanções administrativas às regras que inspiram o Direito Penal. Confira-se trecho do acórdão, relatado pelo Ministro Luiz Gallotti, no qual o ilustre ministro deixa clara a irretroatividade da norma punitiva desfavorável, *in verbis*:

“Prescrição de falta disciplinar. Contagem a partir da prática do fato, antes da atual lei paulista, que faz a prescrição correr do dia em que a autoridade toma conhecimento do fato. Deixando o julgado, na omissão da lei local quanto ao início da prescrição administrativa de socorrer-se da analogia em matéria penal, desatendeu ao disposto no art.4º da LICC. **Prevalecem na esfera criminal os princípios da aplicação da lei mais benigna e do início da prescrição, à falta de disposição em contrário, a partir do dia em que o crime se consumou. O Direito disciplinar não é infenso à analogia penal.** Antes, ao que ensina Themistocles Cavalcanti – “**no caso das penas puramente administrativas, os mesmos princípios** (relativos à prescrição criminal) **podem ser também aplicados por analogia**”(Direito e Processo Disciplinar, p. 179)”(RTJ71/284) (grifou-se)

Resta evidenciado, portanto, que o Direito Administrativo compartilha os mesmos pressupostos e princípios atinentes ao Direito Penal, dentre os quais o da irretroatividade da norma prejudicial aos interesses do autor do fato. Nas palavras de Barroso¹³:

“A fórmula constitucional – “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” – abrange, na expressão “lei penal”, pelas mesmas razões, as normas administrativas punitivas.”

6.2. Determinação da norma mais favorável - Lei que exclui causa extintiva da punibilidade

Estabelecida a aplicabilidade dos princípios penais ao direito administrativo sancionador, e sedimentando que, dentre esses princípios, está o da irretroatividade da norma punitiva prejudicial, resta definir se a norma que impede a celebração do compromisso de cessação está entre as que agravam a situação dos processados.

Damazio Evangelista de Jesus¹⁴ explica que se um “sujeito pratica um fato criminoso na vigência da lei X, mais benigna, e no transcorrer da ação penal surge a Y, mais severa, o caso deve ser apreciado sob a eficácia da antiga, em face da exigência de não fazer recair sobre ele uma valoração mais grave que a existente no momento da conduta delituosa.” Em seguida, o ilustre professor paulista elenca as hipóteses em que há *novatio legis in pejus*, entre as quais:

¹³ Revista Diálogo Jurídico, vol. I, nº 4, julho/2001.

¹⁴ Direito Penal, 1º. vol, Parte Geral, Saraiva, 1988, p. 71.

“ (...)

7º.) A lei nova suprime benefícios determinados pela antiga com referência à suspensão ou interrupção da execução da pena;

8º.) A lei nova, mantendo o benefício, dificulta a sua obtenção;

9º.) A lei nova exclui causas de extinção da punibilidade;

10º.) A lei nova mantém causas de extinção da punibilidade, mas dificulta a sua ocorrência;”

Exatamente o caso em tela, em que a lei nova restringe a celebração do compromisso de cessação, que é causa de suspensão condicional do processo e extintiva da punibilidade.

Julio Fabbrini Mirabete¹⁵, conceitua e enumera causas extintivas da punibilidade, dentre as quais a composição e a suspensão do processo, *verbis*:

“As causas extintivas da punibilidade são mencionadas no art. 107, que não é taxativo, prevendo-se outras além dessas, como o ressarcimento do dano no peculato culposo, a conciliação nos crimes contra a honra, a morte do ofendido no adultério, a anulação do primeiro casamento no caso de bigamia, o decurso do prazo do sursis e do livramento condicional do processo sem revogação, a **composição e a suspensão condicional do processo** sem revogação nos crimes de competência do Juizado Especial Criminal, o pagamento do tributo ou contribuição social em determinados crimes de sonegação fiscal, etc.”

Essa exatamente a natureza do Compromisso de Cessação, que é causa de suspensão condicional do processo e composição dos interesses – público e privado – em litígio.

Essa natureza jurídica – de causa extintiva da punibilidade – foi apreendida e declarada por Sidio Rosa de Mesquita Junior (in Revista de Direito Econômico, jul/dez 1996, p. 65-71), que enunciou com propriedade:

“Os efeitos gerados pelo instituto têm natureza mista, pois, por um lado, **provocam a suspensão do processo** e, por outro, **é causa extintiva da punibilidade.**” (grifou-se)

Assim, apoiados na lição dos três insígnis mestres, verificamos, claro

¹⁵ Código Penal Interpretado, Atlas, 1999, p. 549

como o sol de estio, que o parágrafo V, introduzido no artigo 53 pela lei 10.149 de 21 dezembro de 2000 representa clara modificação legal *in pejus*, que não pode ser acolhida como excusa legítima à celebração do compromisso de cessação, na medida em que a *novatio legis* excluiu hipótese de extinção da punibilidade.

6.3. *Tempus regit actum - LICC e Constituição Federal*

Finalmente, mas não menos relevante, temos que a Constituição Federal determina que a lei não retroagirá para prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Nesse sentido, valioso o entendimento do egrégio STJ:

“em tema de direito intertemporal, o princípio fundamental que norteia o sistema situa-se no plano constitucional, que preconiza o dogma de que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’ (Ministro Vicente Leal, EDRMS 9833/CE).

No mesmo sentido do texto constitucional, o artigo 6º. da LICC, entende que também deve ser aplicado a **lei da época do fato** (a lei vigente quando da lavratura do auto de infração). Nesse sentido preleciona nos ensinamentos da Professora Maria Helena Diniz:

“(...) a nova norma., salvo situações anormais de prepotência e ditadura, não pode e não deve retroagir atingindo fatos e efeitos já consumados sob o império da antiga lei. (...)

A lei nova só deverá incidir sobre os fatos que ocorrerem durante sua vigência, pois não haverá como compreender que possa atingir efeitos já produzidos por relações jurídicas resultantes de fatos anteriores à sua entrada em vigor.” (lei de introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretado, São Paulo, Ed. Saraiva, 2ª Edição, 1996, p. 176)

6.4. *Precedentes do TRF da 1ª. região quanto à irretroatividade da norma que impede a celebração do compromisso de cessação*

No primeiro caso julgado pelo TRF da 1ª. Região, Agravo de Instrumento 2002.01.00.00589-1 DF, o eminente Desembargador Federal Dr. Daniel Paes Ribeiro deferiu a medida liminar para determinar o sobrestamento da execução das penalidades do CADE até o julgamento final do processo. Assim se pronunciou S. Exa.:

“Ora, conforme observa precedente do Superior Tribunal de Justiça, trazido à colação pela agravante, “em tema de direito intertemporal, o princípio fundamental que norteia o sistema situa-se no plano constitucional, que preconiza o dogma de que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’ (Ministro Vicente Leal, EDRMS 9833/CE). (...)”

Assim, em consonância com o entendimento esposado no precedente do Superior Tribunal de Justiça, não poderia ser convocada à hipótese a lei 10.149 que, dando nova redação ao aludido artigo 53 da lei 8884/94, restringiu a celebração do compromisso de que se cuida para casos de denúncia de formação de cartel, coarctando direito subjetivo da agravante. Isto porque entrou ela em vigor em 21 de dezembro de 2000.

Neste contexto, inegável, penso eu, o direito subjetivo da agravante à celebração do compromisso de que se trata, sendo irrelevante encontrar-se o processo na SDE ou no CADE, eis que a transação, nos termos da redação original do dispositivo legal pertinente poderia ser firmada ‘em qualquer fase do processo’.” (grifou-se)

Julgando Mandado de Segurança impetrado pela Companhia Paulista de Força e Luz contra ato do Presidente do CADE, em que se postulava a suspensão de julgamento até a apreciação do seu pedido de celebração de compromisso de cessação o ilustre juiz Guilherme Jorge de Resende Brito, assim decidiu:

“Em juízo de cognição sumária, tenho que embora o dispositivo se refira a ‘poderá’, a hipótese é ato vinculado. Isso devido a natureza do procedimento administrativo perante o CADE, que é apuratório de atos tidos como ilícitos.

Também é de se reconhecer que, quanto aos atos prejudiciais à concorrência, diante da nova realidade instituída pela CF/88 (art. 170 e seguintes) e pela lei 8889/94, deve ser buscada a composição, antes da repressão.

Por fim, o pedido pode ser feito a qualquer tempo, como se conclui da decisão do próprio CADE.

Finalmente, na já mencionada decisão liminar do ilustre Desembargador Fagundes de Deus, ficou assim consignado:

“Parece seguro entender-se que é passível de aplicabilidade, in casu, o brocardo tempus regit actum, para se extrair as seguintes conseqüências jurídicas: as empresas-agravantes possuíam, à vista do regramento contido no artigo 53 da lei nº 8884/94, a prerrogativa de celebrar com o CADE compromisso de cessação

de suas práticas infracionais à ordem econômica, quando em curso o processo administrativo. Tal prerrogativa, a meu ver, resulta da existência, à época, de situação jurídica definitivamente constituída em seu prol, uma vez que o cometimento da conduta sob investigação ocorreu em data anterior ao advento da Lei nº 10.149/2000, que introduziu o § 5º. ao citado dispositivo legal (...)

Nesta análise, em *summaria coginitio*, parece-me, portanto, insucetível de ser atingida a situação jurídica já constituída em face do princípio da irretroatividade da lei, sob pena de violação ao art. 5º., inc. XXXVI, da Constituição Federal e ao art. 6º. da Lei de Introdução ao Código Civil, que garantem proteção ao direito adquirido.

7. Provas da existência da infração

Resta, por derradeiro, combater a assertiva de que não se poderia celebrar o compromisso de cessação por já ter o CADE elementos suficientes para comprovar a autoria e a materialidade das infrações, sendo – portanto – caso de condenação e não de compromisso de cessação.

A lei pátria não impede que seja celebrado compromisso de cessação mesmo na hipótese de haver provas da prática de infração. Essa circunstância só é levada em conta pelo diploma antitruste para vedar a celebração de Acordo de Leniência (art. 35-B do diploma antitruste, com redação dada pela lei 10149/2000), que é um caso de delação premiada pela lei. Nesse caso, sim, a SDE fica impedida de celebrar o acordo se houver provas suficientes para lastrear a condenação, *verbis*:

“§ 2º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos: (...)

III - a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo;

Certamente, no caso da leniência, não faz sentido premiar ou perdoar uma confissão senão quando ela é condição para a apuração da infração que, de outro modo, permaneceria não comprovável.

No compromisso de cessação, porém, o legislador não procedeu à mesma interdição, sendo certo que não é dado ao intérprete tornar idênticas circunstâncias que o legislador expressamente distinguiu.

De outro lado, é regra sedes de hermenêutica a interpretação restritiva das normas limitadoras de direito: *odiosa restringenda, favorabilia amplianda*.

Em breve síntese: se determinada circunstância é considerada, pelo legislador, como impeditiva da celebração do acordo de leniência, e se a lei silencia quanto à impossibilidade de a mesma circunstância de fato vedar a celebração do compromisso de cessação, não pode o intérprete tornar sinônimas as duas hipóteses, sob pena de estar fazendo analogia *in pejus*, também inaplicável em se tratando de direito sancionador.

Nas infrações penais, conveniente lembrar, o fato de haver provas mais ou menos robustas não impede a transação penal e nem tampouco a suspensão condicional do processo.

8. Conclusão

Ante toda a exposição, podemos sintetizar da seguinte forma as conclusões desse breve ensaio:

- ao contrário do que vem decidindo o CADE, a norma *sub examine* tem caráter material e não processual, dada a sua natureza jurídica de transação;
- também ao contrário da recente jurisprudência do CADE, a celebração do compromisso de cessação não é faculdade da autoridade, mas direito público subjetivo do processado, sob pena de permitir o favorecimento indesejável e espúrio;
- discricionariedade e arbitrariedade não se confundem, devendo o CADE adotar as medidas necessárias para restaurar a ordem econômica, finalidade maior da norma legal, sendo o transbordamento dessa finalidade ofensivo aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse contexto, a celebração do compromisso de cessação é ato vinculado, discricionário quanto ao seu conteúdo, desde que razoável;
- o direito administrativo punitivo apresenta uma afinidade ontológica com o direito penal, sendo a ambos aplicável o princípio da irretroatividade da norma prejudicial;
- é prejudicial ao processado a norma mais recente que impede o reconhecimento de causa extintiva da punibilidade, no caso o compromisso de cessação.
- a existência de provas mais ou menos robustas não deve limitar a celebração do compromisso de cessação, eis que essa circunstância só é sopesada pela lei para permitir ou vedar a celebração do acordo de leniência, não sendo possível estabelecer analogia *in pejus* para igualar os dois institutos em desfavor dos processados.

9. Referências Bibliográficas

1. BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. *Curso de Direito Administrativo* São Paulo, 12ª. ed., Malheiros, 2000, p. 32 e 370.
2. BARROSO, Luiz Alberto. Prescrição Administrativa. *Revista Diálogo Jurídico*, vol. I, nº 4, julho/2001.
3. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência: comentários à lei antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 135-137.
4. FRANCESCHINI, José Ignácio G. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 11.
5. JESUS, Damazio Evangelista de. *Direito Penal*, 1º. vol, Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 71.
6. MAGALHÃES FILHO, Glauco B. *Hermenêutica Jurídica Clássica*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002, p. 62 e 89.
7. MESQUITA JUNIOR, Sídio Rosa de. “Compromisso de cessação e suspensão do processo. Brasília: CADE, *Revista de Direito Econômico*, n.º 24, p. 65-74.
8. MIRABETE, Julio Fabrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo, Atlas, 1999, p. 549.
9. SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual*. Vol. I, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 25.

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC DOCTRINA

Autor	Título	Vol/Nº
Alexandre, Letícia Frazão	Dumping e preços predatórios	9-1
Alexandre, Letícia Frazão	A doutrina das essential facilities no direito concorrencial brasileiro	12-2
Almeida, José Gabriel Assis de	Aplicação 'extra-territorial" do direito da concorrência brasileiro	8- 3
Alves, Cintia Gonzaga	Extraterritorialidade e defesa da concorrência	8-2
Alves, Rodney Almeida	The free trade ares of the Americas (FTAA) and a the Brazilian perspective	11-2
Amaral, Caroline dos Reis	A regulação da ANP em defesa da concorrência: uma análise da relação de exclusividade na revenda de combustíveis	12-2
Andrade Jr, Antonio Carlos Machado de	Política de concorrência e os direitos de propriedade intelectual	9-1
Andrade Santos, Maria Cecília de	Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul	8-3
Andrade, Antonio Carlos Machado de	A responsabilidade civil das pessoas jurídicas e de seus dirigentes e administradores por infração da ordem econômica	8-2
Andrade, Maria Cecília	A política da concorrência e a Organização Mundial Do Comércio	8-5
Araújo Jr, José Tavares de	Trade transparency and competition: FTAA and CER	8- 3
Araujo Jr, José Tavares de; Tineo, Luis	Integração regional e política de concorrência	4-6
Arruda Sampaio, Onofre	Considerações a respeito de processo administrativo	3-6
Arruda, Gustavo Fávoro	Entendendo o dumping e o direito antidumping	12-6
Bagnoli, Vicente	Breve abordagem comparada teórico-prática acerca dos aspectos concorrenciais das concentrações verticais e a contribuição de Steven Salop	13-1
Bagnoli, Vicente	A defesa da concorrência e o significado dos canais de esporte nas TV's por assinatura	10-1
Bagnoli, Vicente	O direito da concorrência	11-2
Bandeira de Mello, Celso Antonio	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bangy, Azeem R.	Legislação da defesa da concorrência em Portugal	4-6
Barrionuevo, Arthur	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bastos, Alexandre A. Reis	Informação e defesa da concorrência	4-3
Bello, Carlos Alberto	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	4-3
Bello, Carlos Alberto	A questionável decisão da FTC no caso Boing/Macdonnel Douglas	5-8
Beltrame, Priscila Akemi; Lacerda, Eduardo Modena	Antidumping no comércio internacional e o caso norte-americano	8-4
Benjó, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
Bertran , Maria Paula	Os requisitos para consideração das eficiências econômicas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a discricionariedade da comprovação razoável	12-2
Bogo, Jorge	Privatizaciones y competencia algunos comentarios sobre la experiencia argentina.	4-6
Bourgeois, H. J	European community competition policy: the impact of globalization	3-5
Camargo, Tomás Junqueira de	O Comércio eletrônico entre empresas e sua relação com o direito concorrencial	8-2

Campos, Aluisio de Lima	Nineteen proposals to curb abuse in antidumping and countervailing duty proceedings	11-4
Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III Seminário Internacional de Direito da Concorrência	4-6
Carlos Botassi	Servicio de telecomunicaciones en la Argentina	11-4
Carpena, Helóisa	Um olhar estrangeiro sobre a experiência norte-americana no direito da concorrência	12-6
Carvalho, Arilson Coelho de	O impacto negativo da pirataria no cenário mercadológico e as dificuldades no combate a falsificação	12-3
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Carvalho, Evandro Menezes de	O controle das ajudas estatais no direito concorrencial da integração econômica	10-1
Casagrande, Paulo Leonardo	Controle estrutural no setor de telecomunicações	11-1
Casagrande, Paulo Leonardo	Defesa da concorrência no setor elétrico - Definição de mercado relevante no segmento de geração de energia	10-1
Castañeda, Gabriel	The Mexican experience on antitrust	3-6
Castro, Renault de Freitas	Comentários sobre a defesa da concorrência no setor de telecomunicações	9-2
Cavalcante, Léia Baeta	Poder de compra do varejo supermercadista	11-1
Cazetta, Luís Carlos	A aplicação da multa prevista no art. 26 da Lei n.º 8884/94 pela SEAE	8-4
Cerviño, José Luis López	Contradiciones entre laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del MERCOSUR y la inconsistencia del sistema de solución de controversias: la necesidad de revisar la estructura institucional. Comentario al VIIIº laudo	11-3
Chiesa, Melisse	Determinantes das fusões e aquisições de empresas do segmento de hiper e supermercados brasileiro na década de 1990	9-1
Coelho, Cristiane de Oliveira	Os possíveis efeitos anticompetitivos da cláusula MFN	13-1
Conrath, Craig W.	Dominant position in a relevant market power: how to identify it	4-6
Considera, Claudio Monteiro	Uma breve história da economia da Política da defesa da concorrência	9-5
Costa, Hirdan Katarina de Medeiros	Aspectos concorrenciais e regulatórios da distribuição de gás natural canalizado	13-1
Costa, Maurício de Moura	Medidas anti-evasão de direitos anti-dumping na comunidade europeia	12-4
Costa, Maurício de Moura	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	4-2
Costa, Maurício de Moura	O princípio constitucional de livre concorrência	5-1
Costa, Maurício de Moura	A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94	5-6
Coutinho, Paulo C.	Prolegômenos da economia da defesa da concorrência	8-4
Cruz, Tatiana Lins	Defesa da concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais	8-2
Cunha, Ricardo Thomazinho	A aplicação do acordo antidumping no Brasil	7-5
Cysne, Rubens Penha	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	4-6
Dan, Wei	O direito da concorrência da China: Status quo e o desenvolvimento da produção legislativa	13-2
Dias, José Carlos Vaz	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	5-9

Dobler, Sônia Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Domingues, Juliana Oliveira	Considerações sobre os meios de combate aos cartéis internacionais de fixação de preço	12-2
Donald J. Johnston	Competition policy and economic reform conference	4-6
Dutra, Pedro	Concorrência em mercado regulado: a ação da ANP	9-5
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	4-1
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	3-8
Dutra, Pedro	Defesa da concorrência e globalização	3-6
Dutra, Pedro	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	4-3
Dutra, Pedro	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	3-5
Dutra, Pedro	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	4-1
Dutra, Pedro	Poder econômico: concentração e reestruturação	4-2
Dutra, Pedro	Preços e polícia	4-4
Dutra, Pedro	Regulação: o desafio de uma nova era	5-2
Dutra, Pedro	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	5-3
Dutra, Pedro	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	5-4
Dutra, Pedro	Reforma do estado: avanço e memória	5-5
Dutra, Pedro	A saúde da regulação	5-6
Dutra, Pedro	Agência de vigilância sanitária	5-7
Dutra, Pedro	Regulação na forma da lei	5-10
Dutra, Pedro	Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SEAE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94	6-2
Dutra, Pedro	O poder regulamentar dos órgãos reguladores	7-5
Dutra, Pedro	A CVM e o dever de guardar sigilo	8-8
Dutra, Pedro	Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações	9-2
Dutra, Pedro	Agências reguladoras - reforma ou extinção?	11-3
Dutra, Pedro; Anders, Eduardo Caminati	A revogação da lei nº 8.884/94: projeto de lei nº 5.977/05	12-6
Escosteguy Carneiro, Maria Neuesswander	O setor postal brasileiro: regulação para competição?	11-1
Fagundes, Jorge	Restrições verticais: efeitos anticompetitivos e eficiências	12-6
Fagundes, Jorge	Critérios alternativos de eficiência econômica e suas implicações para as políticas de defesa da concorrência: diferenciação de produtos, eficiência X e custos de transação	12-4
Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Fagundes, Jorge	Políticas industrial e de defesa da concorrência no Japão	8-3
Fagundes, Jorge	Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a escola de Harvard e a escola de Chicago	10-3
Fagundes, Jorge	Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste: o modelo do price standard	10-5
Fagundes, Jorge	Concorrência, eficiência dinâmica e análise antitruste	11-4
Fagundes, Jorge, e Kanczuk, Fabio	O uso de modelos de simulação em análises de fusões	11-4
Fagundes, Jorge, Kanczuk Fabio	Uma visão mais técnica do algoritmo de simulações de fusão	12-4

Fagundes, Jorge; Kanczuk Fabio	Preços predatórios: testes e avanços recentes	13-2
Faria, Werter R	O controle das concentrações de empresas	7-7
Faria, Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Faria, Werter	Parecer DIRETV X GLOBO	8-7
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6
Feres, Marcos Vinício Chein	O monopólio, a perspectiva da análise econômica do Direito	8-4
Feres, Marcos Vinício Chein	Joint Ventures: o consórcio de empresas no direito brasileiro	8-5
Feres, Marcos Vinício Chein	Do princípio da eficiência econômica	8-8
Feres, Marcos Vinício Chein	Regulação, empresa e política de concorrência	9-1
Feres, Marcos Vinício Chein	Agências reguladoras - Uma visão crítica	12-4
Feres, Marcos Vinício Chein Feres	Restrição vertical por fixação de preços	9-5
Ferraz, Tercio Sampaio	Discrecionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração	4-6
Ferraz, Tercio Sampaio	"Underselling" na lei 8137/90 considerações sobre o tipo penal	8- 3
Ferraz, Tercio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tercio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Fonseca, João Bosco Leopoldino da	Revisitando as tabelas	12-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10
Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria, Eleni	Denúnciação de práticas anticompetitivas: ganhos privados e custos públicos	4-6
Franco, Leandro Alexi	A evolução da regulação do mercado de aviação civil no Brasil e seus impactos sobre a concorrência	12-2
Franco, Leandro Alexi	Os limites operativos do direito e a regulação jurídica por incentivos para a redução da concorrência desleal	12-3
Freitas Pereira, Viviane de	Alguns aspectos acerca da importância da defesa da concorrência para os processos de integração – a questão do controle de concentrações	11-1

Fujiwara, Thomas	O uso estratégico de vendas casadas de bens não complementares para monopolizar mercados	11-1
Gaban, Eduardo Molan	Regulação econômica e assimetria de informação	9-5
Gaban, Eduardo Molan	Assimetria de informação e barreiras à livre concorrência	11-2
Gama, Marina Moreira da	A prática da defesa da concorrência no Brasil: uma análise econômica do CADE	13-1
Gama, Marina Moreira da	A teoria antitruste no Brasil: Fundamentos e estado da arte	12-4
Garcia, Fernando	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	3-5
Gatto, Ana Carolina dos Santos	A defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor	9-1
Gheventer, Alexandre	A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante	5-6
Goldberg, Daniel K.	Spread, concentração e concorrência no setor bancário	11-3
Gomes, Carlos Jacques Vieira	Os escopos sociais do direito antitruste	11-2
Granado, Shalom Eintoss	Doutrina do Elo Verde: a importância do direito ambiental para o direito da concorrência	5-8
Grau, Eros Roberto; Forgioni, Paula	Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8884/94 e lei 6729/79 (Lei Ferrari)	6-1
Grau-Kuntz, Karin	Da defesa da concorrência	9-2
Grinberg, Mauro	A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência.	5-1
Grinberg, Mauro	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	3-8
Grinberg, Mauro	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	3-5
Grinberg, Mauro	O Estado, suas empresas e o direito da concorrência	4-2
Guimarães, Denis Alves	As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização em prol das eficiências	8-2
Guimarães, Eduardo Augusto	Concorrência e regulação no setor de transporte rodoviário	11-2
Holtz, Ludmila Passos	Bem-estar do consumidor – uma análise concorrencial sob a perspectiva brasileira	13-1
Howe, Martin	The British experience regarding the defence of competition	3-8
Jobim Filho, Paulo	Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo	4-6
Junior, Edson Beas Rodrigues	Propriedade intelectual e proteção da capacidade de inovar: a próxima fronteira da defesa da concorrência no Brasil	13-1
Junior, Marco Aurélio Serau	Os princípios constitucionais da ordem econômica no contexto da globalização	12-4
Kemmelmeier, Carolina Spack	Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e Alca	9-1
Klajmic, Magali	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência -averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4
Klein, Aline Lícia	O fomento industrial e a concorrência no mercado interno	10-1
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
Lagreca, Rodrigo Holtermann	O papel da atuação governamental nas relações de consumo e concorrenciais: quem protege a ética? Uma visão a partir da presença do mercado ilegal na indústria de cigarros	12-3

Laplane, Gabriela	O setor de transporte aéreo de passageiros no Brasil: uma análise da estrutura de mercado	13-1
Leal, João Paulo G.	Paralelismo de preços e o "cartel da ponte aérea"	12-4
Leal, João Pulo G.	Cartéis	8-8
Leidenz, Claudia Curiel	Privatization processes from the viewpoint of competition policy: the Venezuelan experience 1993 -1997	4-6
Leite, Fábio Carvalho	a defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores: - os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro -	9-1
Lilla, Paulo Eduardo	A OMC e a interação entre comércio e política antitruste no âmbito da cooperação internacional: perspectivas para a nova rodada de negociações multilaterais	10-1
Lilla, Paulo Eduardo	Acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e proteção das patentes farmacêuticas no contexto do acordo trips-omc: implicações concorrenciais	11-1
Lima, Edilson Vitorelli Diniz	A doutrina das estruturas essenciais e a defesa da concorrência no Brasil	12-2
Lima-Campos, Aluisio	O abuso e o arbítrio - o impacto das ações anti-dumping e anti-subsídios nas exportações brasileiras para os estados unidos	11-3
Lira, Lucas Machado	O acordo de leniência: avanço ou precipitação?	8-2
Lobão, Carla	Compromisso de Cessação de prática: uma abordagem crítica sobre o instituto	8-8
Londoño, Alfonso Miranda	El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones	4-6
Loss, Giovani Ribeiro	A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE	8-2
Loureiro, Luiz Guilherme de Andrade Vieira	Autorização de atos limitativos da concorrência: análise do art. 54 da lei 8884/94	9-1
Loureiro, Luiz Guilherme de Andrade Vieira	Licença obrigatória como instrumento de combate ao abuso de posição dominante	10-1
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Marco Antônio Ribeiro Tura	A autonomia das agências reguladoras	11-4
Marques Neto, Floriano de Azevedo	Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural	8-4
Marques, Daniela Ramos	A diferenciação de tarifas nos serviços públicos e a possibilidade de caracterização de infração da ordem econômica	10-1
Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4
Martinez, Ana Paula	Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais	10-1
Martinez, Ana Paula	A defesa dos interesses dos consumidores	11-1
Martinez, Maria Beatriz	Programas de compliance e a defesa da concorrência: perspectivas para o Brasil	12-2
Martinez, Maria Beatriz	A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva	11-2
Mattos, César	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, César	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5

Mattos, César Michel G. Cowie	Antitrust review of mergers, acquisitions and joint ventures in Brazil	8- 3
Mattos, César	The Recent evolution of competition policy in Brazil: an incomplete transition	4-6
Mattos, César	Fixação de preços de revenda - FRP: elementos para um roteiro de investigação	8-4
Mattos, Ubiratan Andrade, Maria Cecília Vieira, Caroline Sanselme	Regulation 2004 - Brazil	11-2
Mazzucato, Paolo Zupo	Do conflito de competência na análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional	8-2
Mello, Maria Tereza Leopardi	Defesa da concorrência no setor elétrico	6-5
Melo, Murilo Otávio Lubambo de	Defesa da concorrência nos setores regulados: limites e potencialidades do direito concorrencial	13-1
Mesquita, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas	Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e Banco Central do Brasil (BACEN): concorrência e regulação no Sistema Financeiro Nacional	13-2
Mesquita, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas	Concorrência e propriedade intelectual: harmonização	12-2
Mesquita, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas	A ordem econômica e a propriedade intelectual	12-3
Mestmäcker, Ernst Joachim, Bielefeld	Poder, direito, constituição econômica	12-4
Meziat, Armando	A defesa comercial no Brasil	3-8
Meziat, Armando	A defesa comercial no Brasil	4-6
Milagres, Marcelo de Oliveira	A defesa da concorrência sob a perspectiva dos entes de regulação: uma análise crítica	9-1
Nellis, John	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter - But it Does	4-6
Nogueira, José Carlos da Silva	Sobre as condutas anticompetitivas das associações comerciais	11-4
OECD	Suggested Issues for Discussion III Sem. Int. de Direito da Concorrência	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III Sem. Int. de Direito da Concorrência	4-6
Oliveira, Gesner de	Programa de trabalho para o CADE	3-6
Oliveira, Gesner de	Regimento interno do CADE e segurança jurídica	5-4
Oliveira, Gesner de	Discurso de posse 1998	5-6
Pagotto, Leopoldo Ubiratan Carreiro	da intempestividade da apresentação dos atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	9-1
Paim, Maria Augusta Fonseca	Os caminhos do direito econômico para além das fronteiras nacionais	12-4
Peixoto, Bruno Vilhena Lana	preços predatórios: elementos para caracterização como infração da ordem econômica	9-1
Pereira da Silva, Pedro Aurélio de Queiroz	Nova era da defesa da concorrência - o direito antitruste e os mercados regulados	9-1
Pereira da Silva, Pedro Aurélio de Queiroz	As agências reguladoras e a defesa da concorrência	8-2
Pereira, Ana Cristina Paulo	Os limites da liberdade contratual no direito da concorrência	6-3
Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria	Leilões ou regulação? Onde está o monopolista?	8- 3
Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria	O Marco Regulatório Brasileiro para o Setor de Telecomunicações e a competição no mercado de telefonia fixa de longa distância	11-3

Pereira, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste	3-5
Pereira, Edgard Antonio; Leal, João Paulo G.	Crescimento (e verticalização) da indústria de cimento no Brasil	12-4
Pereira, José Matias	A defesa da concorrência no Mercosul	1-4
Pereira, Maria João C.	A "justa" competição na nova organização dos serviços de telecomunicações sob a ótica do direito econômico	6-5
Pereira, Viviane de Freitas	Alguns aspectos acerca da importância da defesa da concorrência para processos de integração - A questão do controle de concentrações	10-1
Pinheiro, Luís Felipe Valerim	A defesa da concorrência nas utilidades públicas e o devido processo legal	9-1
Pinto, Gustavo Mathias Alves	Concorrência no setor bancário contribuição ao estudo do caso brasileiro	13-1
Pittman, Russell	Entrevista durante a VI Semana Internacional do CADE	5-8
Polido, Fabrício Pasquot	Tratamento antitruste dos "interlocking directorates" na empresa: rumo aos critérios de valoração na defesa da concorrência	12-2
Possas, Mário Luiz	Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência	3-5
Possas, Mário Luiz e Schuartz, Luís Fernando	Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência	5-3
Possas, Mário; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Defesa da concorrência e regulação de setores de infra estrutura em transição	8-8
Possas, Mário; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Restrições verticais e política de defesa da concorrência: uma abordagem econômica	8-8
Rainer Geiger	Opening Statement ao III Sem. Int. de Direito da Concorrência	4-6
Reale, Miguel e Reale Jr.	Parecer Directv X Globo	8-7
Ribeiro, Amadeu Carvalhaes	Crítérios para apresentação de transações internacionais ao CADE	11-2
Ribeiro, Ivan César	Concorrência bancária e determinantes institucionais da taxa de juros: uma análise empírica de séries de tempo	13-1
Ribeiro, Maurício Portugal	Aspectos jurídicos e regulatórios do compartilhamento de infra-estrutura no setor ferroviário	12-6
Riviére Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades europeias XXV relatório sobre política de concorrência	3-5
Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Pernomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-country comparison of competition rules/ institutions and the interface with utility regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Sampaio, Luiza Saito	Sinergia entre defesa da concorrência e comércio internacional	13-1
Sampaio, Luiza Saito	O controle da colusão horizontal no mercado de combustíveis	12-3
Santacruz, Ruy	Antitruste, eficiência econômica, curvas, triângulos e retângulos	9-5
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer Directv X Globo	8-7
Santos, Rodrigo Surcan dos	A correlação negativa entre número de empresas e tamanho de mercado na indústria brasileira: uma revisão histórica da teoria de John Sutton	13-2

Santos, Rodrigo Surcandos	Resale Price Maintenance, Suggested Retail Price e o caso Kibon: uma análise crítica do ponto de vista da doutrina e jurisprudência nacional, norte-americana e europeia	13-2
Sayeg, Fernanda Manzano	Combate a práticas anticompetitivas transnacionais: o grande desafio das políticas de defesa da concorrência no século XXI	10-1
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	Haverá lugar digno para o “jurídico” na teoria e prática do direito antitruste?	13-2
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilherme	As deliberações sobre atos de concentração: o caso brasileiro	4-6
Silva, Alexnaldo Cerqueira da	Essential Facility Theory: uma aplicação da defesa da concorrência em setores regulados	13-1
Silva, Anderson Souza da	Acesso aos dutos de transporte e o caso do gás natural: uma abordagem no âmbito do direito da concorrência	10-1
Silva, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da	Transgênicos e direito da concorrência	12-2
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Sousa, Ricardo Noronha Ingles de	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
Souza, Michelle Lúcia Silva, Tavares Jr., Homero	A cláusula da nação mais favorecida	11-2
Spadotto, Rafael de Castro	The Brazilian economy under the FTAA Agreement: is it possible stop the negotiations, with basis on the constitution?	12-4
Spíndola Silva, Vladimir	O instituto da leniência no direito antitruste norte americano	9-1
Stepoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Stepoe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Teixeira, José Elaeres Marques	Controle judicial das decisões do CADE	12-6
Tura, Marco Antonio Ribeiro	A autonomia das agências reguladoras	11-2
Turra, Leonardo Canabrava	Do compromisso de cessação de prática no sistema brasileiro de defesa da concorrência: Considerações sobre a sua natureza jurídica, compulsoriedade de celebração pela administração pública e questões de direito intertemporal	13-2
Vaz e Dias, José Carlos	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	8- 3
Vaz e Dias, José Carlos	Licença compulsória de patentes e o direito antitruste	8-4
Vaz, Isabel	Legislação de defesa da concorrência e extraterritorialidade	4-6
Veiga, Luiz Humberto Cavalcanti	E-banking: um forte aliado da concorrência.	9-1
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Viana, Diego Goulart de Oliveira	Globalização e abertura econômica X regulamentação de mercado	8-2
Wald, Arnaldo	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

ATOS DE CONCENTRAÇÃO

A. C.	Requerentes	V. N.
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE -Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4
07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct – Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4
16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração N°16/94 -Grupo Gerdau - Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinos Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Caraíba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafertil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfertil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umuarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-4
54/95 II	Copesul, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-5
58/95	Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc (Reapreciação)	5-7
84/06	Mahle GmbH e Cofap	5-8
08012.002740/98-02	Sherwin Williamas do Brasil	5-8
133/97	Madeco S/A e Ficaps/A	5-8
135/97	Polibrasil Resinas e Polibrasil Polímeros	5-8
179/97	Cbp e Basf	5-8
16/94	Diretrizes para Implementação da Decisão do Cade Relativa do Ato de Concentração 16/94 (20/11/96) Gerdau / Pains	5-9
111/96	Arco Química do Brasil Ltda. e Olin Brasil Ltda	5-9
08012.007539/97-22	Canale do Brasil S.A e Zabet S.A Indústria e Comércio	5-9

188/97	Ind. e Com Dako do Brasil e General Eletric do Brasil S.A.	5-10
22/95	Bayer S. A. e Companhia Nitro Química do Brasil	5-10
32/04	Smithkline Beecham Plc & Sterling	5-10
34/95	Alergan-Lok prod. Farmacêutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmacêutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasitol S.A.	6-1
39/95	Teka –Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
08012.007251/97-94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçimeros da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentícios	6-2
08012.007.871/97-79	Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado automotiva Ltda	6-2
08012.001776/98-14	Trw Automotive e Lucas industries PCL	6-2
08000.013756/97-08	National Starch Chimica Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini (papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Companc e Innova	7-1
29/95	Caraíba	7-1
134/97	American Home Products & Solvay S.A.	7-1
08012.004735/98-35	Galderma & Darrow	7-1
08012.006375/98-42	Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold	7-2
08012.002611/98-51	Herbitécnica & Defesa	7-2
08012.000587/99-89	Basf & Clariant	7-2
08012.0006501/98-03	Senior & Tecne	7-2
102/96	Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto	7-2
08012.0019247/98-79	ABC Supermercados & Maxbox	7-2
08012.000578/99-98	Exxo & Shell	7-2
08012.007256/98-99	Alcon& Grieshaber	7-2
08012.000097/99-18	BWT & Vonroll	7-2
08012.007085/98-06	Air Products	7-2
08012.004611/98-22	Abbott & Murex	7-2
08012.000908/99-91	Pillsbury	7-2
08012.009110/98-14	Chevron & Texaco	7-2
78/96	S.A. White Martins & Unigases	7-2
Parecer	SEAE – AMBEV	7-3
Parecer	SDE – AMBEV	7-3
Parecer	Procuradoria do CADE -sobre interrupção do andamento do caso AMBEV	7-3
Parecer	Procuradoria do CADE no caso AMBEV	7-5
08012.005846/99-12	Relatório e votos no caso AMBEV	7-6
0800.020.471/97-70	Kellog do Brasil e Superbom	8-8
08012.006762/2000-09	Banco Finasa de investimento S/A; Brasmeta Indústria S/A; Zurich participações e representações	8-9

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	V. N.
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Ofício X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket - Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda.	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda.	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química Ltda.	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbochloro S/A - Indústrias Químicas	2-2
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieeesp	3-11
40/92	Refrío Ltda. X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda., Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12

62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda.; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda.; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	5-1
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	5-1
156/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Ofício X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravo de Instrumento Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda.; Agravada; União	5-8
140/93	Panfior Ind. Alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2
08000.001504/95-48	M P de SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3
08000.015337/97-48	Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS	8-5
08012.003303/98-25	Philip Morris Brasil S/A X Souza Cruz S/A	8-5
53500.000359/99	DIRECT X GLOBO	8-6
08000.013002/95-97	Labnew X Merck S.A Ind. Químicas	8-8
08012.006207/98-48	CSN, Alcalis, Valesul, Proscint	8-8
08012.002299/2000-18	M P Santa Catarina X Postos de Gasolina Florianópolis	9-2
022.579/97-05	Messer X White Martins	9-3

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	V. N.
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Copias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda.	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Íris Ltda.	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferencz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Europeias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda -Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da Comisión Federal de Competencia	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	4-4
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3

Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO N.º 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica-CADE - sobre matéria de sua competência.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94	6-4
RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998 Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho	6-4
RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998 Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 11, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 * Altera o artigo 14 do Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 10, DE 29 DE OUTUBRO DE 1997 Aprovar o anexo Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 9, DE 16 DE JULHO DE 1997 Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE	6-4

RESOLUÇÃO N.º 8, DE 23 DE ABRIL DE 1997 Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei n.º 8.884/94, disciplinado pela Resolução n.º 5, do CADE, de 28.08.96	6-4
RESOLUÇÃO N.º 7, DE 9 DE ABRIL DE 1997 Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avençados sob condição suspensiva	6-4
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.	6-4
PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência	6-4
PORTARIA MJ N.º 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria	6-4
PORTARIA N.º 39, DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA N.º 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA N.º 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7
Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency Policy - USDOJ	7-7
Leniency Policy for Individuals - USDOJ	7-7
PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (Bancos)	8-9
CADERNO LEGISLAÇÃO ATUALIZADO EM DEZ 2001	8-10
CADERNO LEGISLAÇÃO AGOSTO 2005	12-6

TRANSCRIÇÃO DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

"Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste"	1-3
"Dumping e Concorrência Externa"	1-3
"Concorrência no Mercosul"	1-3
"Concentração Econômica e a Resolução -1 do Cade"	3-1
II Seminário Internacional de Direito da Concorrência	3-6
V Seminário Internacional de Direito da Concorrência	7-4
Workshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000	7-7
VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	8-1
VII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	9-4
II Seminário Internacional de Defesa Comercial	9-6
VIII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	10-2
III Seminário sobre Comércio Internacional	10-6
IX Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	12-1

