

REVISTA DO

IBRAC

Desde 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Doutrina
Jurisprudência
Legislação

volume 12 número 6
2005

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO



Viver sem fronteiras

São Paulo
Volume 12 número 6 - 2005
ISSN 1517-1957

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO



Viver sem fronteiras

São Paulo
Volume 12 número 6 - 2005
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; **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

ENTENDENDO O DUMPING E O DIREITO ANTIDUMPING	9
Gustavo Fávaro Arruda	
UM OLHAR ESTRANGEIRO SOBRE A EXPERIÊNCIA NORTE AMERICANA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA	43
Heloísa Carpena	
A REVOGAÇÃO DA LEI N.º 8.884/94: PROJETO DE LEI N.º 5.877/05	87
Pedro Dutra, Eduardo Caminati Anders	
RESTRICÇÕES VERTICAIS: EFEITOS ANTICOMPETITIVOS E EFICIÊNCIAS	107
Jorge Fagundes	
REVISITANDO AS TABELAS	129
João Bosco Leopoldino da Fonseca	
ASPECTOS JURÍDICOS E REGULATÓRIOS DO COMPARTILHAMENTO DE INFRA-ESTRUTURA NO SETOR FERROVIÁRIO	163
Maurício Portugal Ribeiro	
CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE	173
José Elaeres Marques Teixeira	
RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC	189

ÍNDICE

ENTENDENDO O DUMPING E O DIREITO ANTIDUMPING	9
Gustavo Fávoro Arruda	
Resumo	9
1. Introdução	9
2. Conceito de dumping	11
3. Outras práticas de comércio distintas do dumping	16
4. Os fundamentos da legislação antidumping	25
5. Conclusão	34
6. Índice das fontes	37
UM OLHAR ESTRANGEIRO SOBRE A EXPERIÊNCIA NORTE AMERICANA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA	43
Helóisa Carpena	
1. Introdução: visão panorâmica	43
2. Sistema jurídico de defesa da concorrência. <i>Sherman Act</i> e sua interpretação no sistema de <i>common law</i> . Critérios de julgamento: <i>Rule of reason</i> . <i>Per se rule</i> . Outros estatutos federais que disciplinam a matéria - <i>Clayton Act</i> , <i>Federal Trade Commission Act</i> - breve histórico de sua aprovação	47
3. Estrutura administrativa da defesa da concorrência: os órgãos de atuação – DOJ e FTC. A atuação dos <i>Attorney General</i> nos estados. <i>The public choice theory</i>	54
4. A Escola de Chicago: análise econômica do direito da concorrência. Princípios, seus seguidores e críticos	60
5. Jurisprudência: <i>leading cases</i>	67
6. A proteção da concorrência e o desenvolvimento da indústria do petróleo no Texas	79
7. Direito Antitruste atual: o caso Microsoft	82
A REVOGAÇÃO DA LEI N.º 8.884/94: PROJETO DE LEI N.º 5.877/05	87
Pedro Dutra, Eduardo Caminati Anders	
I. Introdução	87
II. A Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 5.877/2005 e os Fatos	87
III. A Eficiência do Projeto de Lei em Números Comparativos	90
IV. Aspectos Gerais do Projeto de Lei	92
V. Alguns Aspectos Específicos do Projeto de Lei	96
RESTRICÇÕES VERTICAIS: EFEITOS ANTICOMPETITIVOS E EFICIÊNCIAS	107
Jorge Fagundes	
I. Introdução	107
II. Considerações Preliminares	107
III. Efeitos Anticompetitivos e Eficiências	111
IV. Conclusões	125
V. Referências	125

REVISITANDO AS TABELAS	129
João Bosco Leopoldino da Fonseca	
1. Posicionamento do CADE	129
2. Jurisprudência internacional	133
3. Novo caso - Necessidade de reflexão	139
4. Relacionamentos jurídicos distintos	140
5. Contexto de relações de trabalho	142
6. Embasamento constitucional	143
7. Embasamento legal	144
8. Normas da CLT	144
9. Natureza jurídica da CBHPM	146
10. Preços?	147
11. A jurisprudência européia atual	148
12. Conflitos e convergências	153
13. Os planos de cargos e salários	156
14. Acordo entre sindicatos	158
15. Acordo ou forma de concertação	159
16. Posição dominante	160
17. Conclusão	160
ASPECTOS JURÍDICOS E REGULATÓRIOS DO COMPARTILHAMENTO DE INFRA-ESTRUTURA NO SETOR FERROVIÁRIO	163
Maurício Portugal Ribeiro	
1. Considerações iniciais	163
2. Condições de funcionamento do sistema da livre-negociação adotado pela Resolução nº 433/04 da ANTT	165
3. As condições mínimas para exercício do direito de compartilhamento de infra-estrutura ferroviária	168
CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE	173
José Elaeres Marques Teixeira	
1. Introdução	173
2. Unidade e dualidade da jurisdição	173
3. Controle judicial dos atos administrativos	175
4. Discricionariedade técnica	181
5. Conceitos jurídicos indeterminados	183
6. Conclusão	185
Referências Bibliográficas	186
RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC	189

ENTENDENDO O DUMPING E O DIREITO ANTIDUMPING

*Gustavo Fávaro Arruda**

Resumo

O Dumping é uma prática comercial privada, que possibilita a reação por parte dos países afetados através da aplicação de medidas que excepcionam o livre comércio. As normas que regulamentam o tema decorrem de acordos firmados na Organização Mundial do Comércio e refletem, sobretudo, a maneira moderna de defesa da indústria nacional perante o comércio internacional. Compreender o dumping e os fundamentos da reação a ele é essencial. Possibilita descobrir a função do instituto para que se atinja adequadamente a sua finalidade. Afinal, o dumping difere de outras práticas de comércio com ele freqüentemente confundidas, como os subsídios, as salvaguardas e a predação. Aplicar corretamente os direitos antidumping estimula a organização da indústria nacional em torno de uma maior apropriação das vantagens geradas pela liberalização do comércio internacional.

Palavras-chave: dumping; antidumping; defesa comercial; subsídio; salvaguarda; predação; discriminação de preços; organização mundial do comércio.

1. Introdução

O dumping é uma prática comercial regulamentada por normas de direito nacional e internacional. Trata-se de instituto que foi estudado inicialmente pela economia, mas que ganhou disciplina jurídica complexa, cujo desenvolvimento é possível creditar, inicialmente, aos Estados da *common law*.

Por isso, a adoção da regulamentação antidumping no Brasil, a partir do final da década de oitenta, gerou perplexidades. A acomodação de um instituto jurídico com essas origens suscita uma série de dúvidas e inquietudes em países de tradição jurídica romano-germânica.

Grande parte dessas incertezas refere-se à aplicabilidade de disposições específicas da regulamentação antidumping em face de normas constitucio-

* Graduado pela Universidade de São Paulo em 2004. Advogado em São Paulo, onde trabalha no núcleo de direito do comércio internacional do escritório L. O. Baptista Advogados Associados.

nais e de princípios de direito que balizam o sistema jurídico nacional. Relacionam-se, na maior parte das vezes, à essência do instituto e à forma de sua recepção pelo ordenamento jurídico nacional.

Por isso, os objetivos principais desse trabalho são: (i) examinar o fundamento da disciplina do dumping (direito antidumping); e (ii) colaborar para uma melhor compreensão do instituto, conforme sua disciplina nacional e internacional.

O estudo do sistema multilateral em que se insere a Organização Mundial de Comércio (OMC) e a demonstração da aplicabilidade da regulamentação antidumping são aspectos tratados apenas incidentalmente, não constituíram objeto de preocupação central desta dissertação.

A regulamentação antidumping gerava pouco ou nenhum interesse no período que se estendeu até o final dos anos oitenta, época marcada pela pequena abertura comercial brasileira. A partir de então, as intensas transformações econômicas por que passou o Brasil passaram a evidenciar a importância do tema.

Com as reformas de cunho liberal implantadas sobretudo a partir do governo Collor, a indústria nacional passou a sofrer intensa concorrência com produtos importados e a regulamentação antidumping, assim como as demais medidas de defesa comercial, ganhou relevância.

Contudo, as autoridades brasileiras tinham pequena familiaridade com o instituto. A falta de compreensão de sua finalidade, aliada a problemas macroeconômicos – principalmente o longo período de baixas taxas de crescimento –, é um dos fatores que tornaram a inserção do Brasil no comércio internacional um processo traumático para certos setores da economia.

Por isso, é necessário, primeiramente, compreender de que trata o instituto, tarefa que é iniciada no item segundo abaixo. Nele, o dumping será conceituado, serão tratadas as suas definições econômica e jurídica e apresentadas as suas formas próprias e impróprias.

O item três é dedicado à distinção entre o dumping e outras práticas de comércio comumente com ele confundidas, como as salvaguardas, os subsídios, o preço predatório e a concorrência desleal.

Traçado este caminho é possível chegar, por fim, ao item quatro, que é dedicado aos fundamentos da legislação antidumping. A sua compreensão é fundamental, pois é ela que fornece as bases que justificam a aplicação das medidas. Essa parte demonstrará que muito do que se fala sobre dumping é fruto de confusão ou retórica para justificar a aplicação das medidas.

2. Conceito de dumping

O termo *dumping* é utilizado de forma ampla hodiernamente. Seu conceito é compreendido diversamente pela economia, pelo direito e, principalmente, pelo senso vulgar leigo, que o emprega em situações que não constituem tecnicamente *dumping*. Estas diversas e irregulares utilizações do termo se devem, em grande parte, a divergências epistemológicas e axiológicas, que matizam a abordagem jurídica, política e econômica do mesmo.

Em qualquer delas, no entanto, há sempre três idéias, que estão presentes: (i) a de prática desleal de comércio internacional; (ii) a carga semântica pejorativa, inculcando a sensação de comportamento ilícito ou reprovável; e (iii) o emprego do vocábulo em inglês, sem a utilização de qualquer tradução¹. Este entendimento tem raízes na própria evolução da aplicação do instituto, que se deu primordialmente como se disse nos Estados da *common law*².

A origem do termo, no entanto, não fornece base que corrobore essa compreensão. Estudos etimológicos especulam que ele tenha surgido do irlandês arcaico, “*thump*”, que significa “atingir alguém” ou, posteriormente, “depósito de munições”³.

No inglês moderno, pode-se encontrar um verbo correlato: *to dump*, que significa “*to put or throw down with more or less of violence; to unload; to drop down; to deposit something in a heap or unshaped mass*”⁴, ou seja, “despejar, descarregar; desembaraçar-se de, jogar fora”⁵. Em âmbito comerci-

¹ Nem mesmo a legislação brasileira utiliza o termo traduzido. Por isso, ele é grafado em letras “redondas” (sem itálico) nesta obra. Por outro lado, com relação ao termo “antidumping”, considera-se mais correta a grafia sem o hífen, segundo orientação de A. B. H. FERREIRA, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986, p. XII-XIII, uma vez que o vocábulo principal não se inicia com “h”, “r” ou “s”. No mesmo sentido, D. P. CEGALLA, *Novíssima Gramática da Língua Portuguesa*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 2002, p. 80.

² Conforme proposição de W. BARRAL, *Dumping e Comércio Internacional: A regulamentação Antidumping após a Rodada do Uruguai*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.8.

³ G. MARCEAU, *Anti-dumping and antitrust issues in Free-Trade Areas*, New York, Oxford University, 1994, p. 7, *apud*, W. BARRAL, *Dumping e Comércio Internacional: A regulamentação Antidumping após a Rodada do Uruguai*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.8.

⁴ H. C. BLACK, *Black's Law Dictionary*, St. Paul, West Publishing Co., 1991, p. 247.

⁵ A. HOUAISS – I. CARDIM (editores), *Novo Dicionário Folha Webster's – Inglês/Português Português/Inglês*, São Paulo, Grupo Folha, 1996, p. 94.

al, portanto, o termo significaria o ato de “inundar o mercado”⁶, ou, mais precisamente, o ato de “colocar mercadorias no mercado em grande quantidade e a preços muito baixos”⁷.

Já na doutrina, atribui-se a autores norte-americanos a construção teórica do instituto, embora ele tenha sido primeiramente tratado pelos economistas. Assim, a primeira utilização do termo teria sido feita por Adam Smith, mas em um contexto diverso, para designar situações que atualmente mais se aproximariam da figura dos subsídios⁸. Em sua acepção contemporânea, teria sido o economista J. VINER quem o empregou pela primeira vez.

2.1. Definição econômica

Os economistas identificam a prática do dumping como sendo a discriminação de preços entre dois mercados nacionais, ou nas palavras de J. VINER “*The one essential characteristic of dumping, I contend, is price-discrimination between purchases in different national markets*”⁹.

Essa discriminação compreende aquela realizada entre diferentes mercados de exportação e não se refere, como se verá na definição jurídica, a uma comparação feita entre o mercado importador e o mercado exportador.

Contudo, não há consenso entre os economistas acerca das causas e das conseqüências do dumping, como se verá mais a fundo no item 4. Trata-se de problema grave, uma vez que a discórdia atinge os fundamentos e a efetividade que justificam a aplicação das medidas antidumping, o que pode causar efeitos adversos ou imprevistos sobre o mercado. Há casos, como se verá, em que a

⁶ A. HOUAISS – I. CARDIM (editores), *Novo Dicionário Folha Webster's – Inglês/Português Português/Inglês*, São Paulo, Grupo Folha, 1996, p. 94.

⁷ L. O. BAPTISTA, *Dumping e Anti-Dumping no Brasil*, in A. AMARAL JÚNIOR (coord.), *OMC e o Comércio Internacional*, São Paulo, Aduaneiras, 2002, p 29.

⁸ J. H. JACKSON, *Dumping in International Trade: Its Meaning and Context*, in J. JACKSON – E. VERMULST, *Antidumping Law and Practice*, Harvester Wheatsheaf, Hesteadt, 1990, p. 4, *apud*, W. BARRAL, *Dumping e Comércio Internacional: A regulamentação Antidumping após a Rodada do Uruguai*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 10, nota 11.

⁹ *Dumping: a Problem in International Trade*, Chicago, University of Chicago, 1923, reimpressão (Fairfield NJ: Kelley Publishers, 1991), pp. 4-5, *apud*, W. BARRAL, *Dumping e Comércio Internacional: A regulamentação Antidumping após a Rodada do Uruguai*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.10.

prática de dumping pode ter efeitos benéficos para a indústria nacional, como o dumping de insumos, sendo até desejada a sua ocorrência¹⁰.

O argumento econômico utilizado com maior frequência para justificar a aplicação das medidas antidumping é a desqualificação da concorrência realizada pelos produtos importados. Estes, além de serem vendidos com discriminação de preços entre mercados nacionais, implicariam a prática de preços predatórios, o que afastaria investimentos e agravaria problemas sociais.

2.2. Definição jurídica

A definição jurídica de dumping, ainda que seja o fruto da influência de diversas legislações nacionais, é dada pelo direito internacional e pode ser encontrada no artigo VI do GATT 1947 nos seguintes termos:

“The contracting parties recognize that dumping, by which products of one country are introduced into the commerce of another country at less than the normal value of the products, is to be condemned if it causes or threatens material injury to an established industry in the territory of a contracting party or materially retards the establishment of a domestic industry (...).”

Além do mencionado artigo, também disciplina a matéria um acordo específico da OMC, celebrado com o intuito precípua de interpretar os termos vagos citados acima. Trata-se do Acordo sobre a Implementação do Artigo VI do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 (ou *Agreement on the Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*), conhecido e daqui em diante mencionado apenas como “Acordo Antidumping”. O artigo 2.1 deste Acordo também traz uma definição desta prática:

“For the purpose of this Agreement, a product is to be considered as being dumped, i.e. introduced into the commerce of another country at less than its normal value, if the export price of the product exported from one country to another is less than the comparable price, in the ordinary course of trade, for the like product when destined for consumption in the exporting country.”

¹⁰O dumping de insumos é também conhecido como *downstream dumping*, e beneficiará a indústria nacional que utilize os produtos objeto de dumping como matéria prima em sua cadeia produtiva. Um exemplo brasileiro a respeito foi a reprovação, pelos produtores de auto-falantes, da imposição de medidas antidumping contra a importação de ímãs da China (caso MICT/SAA/CGSG 52100-000383/96-34)

No Brasil, a prática do dumping é definida pelo artigo 4º do Decreto 1602, de 23 de agosto de 1995, que regulamenta as normas e os procedimentos relativos à implementação do artigo VI do GATT, da seguinte forma: “Para os efeitos deste Decreto, considera-se prática de dumping a introdução de um bem no mercado doméstico, inclusive sob as modalidades de drawback, a preço de exportação inferior ao valor normal”. Em seguida, o artigo 5º define o valor normal como sendo “o preço efetivamente praticado para o produto similar nas operações mercantis normais, que o destinem a consumo interno no país exportador.”

Para o direito, portanto, a definição de dumping também é baseada na diferenciação de preços entre dois mercados. Porém, a sua ocorrência restringe-se aos casos em que os produtos de um país são introduzidos no comércio de outro por valor abaixo daquele praticado no mercado do país exportador. Note-se que a definição jurídica não coincide com a definição econômica de dumping. Por ora, é necessário registrar apenas que esta – a definição econômica – é mais ampla que aquela – a definição jurídica – e, à medida que este trabalho for se desenvolvendo, novos aspectos que as distinguem serão mencionados.

2.3. Tipos de dumping

É de J. VINER, também, a primeira tentativa de classificar as diversas formas de dumping. Baseou-se o economista em três situações em que identificou a manifestação dessa prática, classificando-o como: (i) esporádico; (ii) de curto prazo; ou (iii) permanente. Contudo, somente para o de curto prazo é que atribuiu caráter negativo¹¹.

Outro tipo de dumping mencionado com frequência é o “dumping predatório”. Trata-se, no caso, da associação da prática do dumping a uma figura delituosa de direito concorrencial, a prática de preços predatórios. Caracteriza-se pela prática da discriminação de preços entre mercados nacionais, qualificada pela venda, no mercado importador, a um preço infracompetitivo ou abaixo do preço de custo (essas práticas, contudo, nem sempre estão associadas, conforme se verá no item 3.2.1).

“O ‘dumping’ eivado de predatoriedade no mercado interno, limita-se à venda sem margem de lucro, abaixo do preço de mercado, e não no sentido lato, utilizado no comércio exterior, de redução de preços inferiores aos vigentes no

¹¹ W. BARRAL, *Dumping e Comércio Internacional: A regulamentação Antidumping após a Rodada do Uruguai*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p.11.

mercado; pois a redução de preços é objetivo da concorrência empresarial, e por si só não configura abuso de poder econômico e forma de concorrência desleal”¹².

Assim, conforme esclarece J. R. P. RODRIGUES, “[o] *dumping* predatório (...) exterioriza-se pela prática de comércio em situação na qual inexistente lucro por parte do praticante do *dumping*. Duas razões justificariam essa postura: (I) afastamento dos competidores do mercado; (II) impedir que novos competidores atuem no mesmo mercado. Essa prática, contudo, só pode ser justificada no curto prazo, pois a longo prazo ela pode conduzir o seu próprio praticante à ruína” (grifos no original)¹³.

Apesar da utilidade econômica das distinções mencionadas, a regulamentação antidumping não acolhe estas classificações, que, portanto, têm interesse meramente didático. No sistema GATT/OMC, é possível identificar apenas dois tipos de dumping, o condenável e o não condenável, sendo o último aquele que causa dano à indústria doméstica¹⁴.

Por isso, é necessário salientar que, ao contrário do que sustenta o senso comum e a esmagadora parcela da doutrina, o dumping não é por si só uma prática ilícita ou violadora das boas regras de mercado¹⁵. Para ser considerado reprovável tem que causar dano à indústria doméstica. Ou seja, o dumping, *per se*, não é uma prática desleal de comércio internacional.

2.3.1. Formas impróprias de dumping

Freqüentemente, ao se falar em negociações comerciais internacionais, outros tipos de dumping são mencionados, como o “dumping social”, o “dumping ambiental” ou até o “dumping cambial”. Trata-se, na verdade, de uma

¹² E. M. O. MARTINS, *Da Concorrência Desleal: o “Dumping” Predatório no Contexto Internacional e no Mercado Interno Brasileiro*, in *Revista de Direito do Mercosul*, Buenos Aires, v. 2, nº 3, junho/1998, p. 126.

¹³ *Os Efeitos do Dumping sobre a Competição*, in *Revista de Direito Econômico*, Brasília, nº 22, jan./mar. 1996, p. 35.

¹⁴ O termo “dano” aqui é empregado em seu sentido jurídico e designa as situações em que há “dano material ou ameaça de dano material à indústria doméstica já estabelecida ou retardamento sensível na implantação de tal indústria”. Ver Acordo Antidumping art. 3 e Dec. 1602/95, art. 14

¹⁵ Já foi mencionado anteriormente, inclusive, que os seus efeitos econômicos podem ser positivos e até desejados pela indústria nacional, como no caso dos ímãs da China.

tentativa de caracterização pejorativa de situações que envolvem diferenças estruturais – ou vantagens comparativas – entre Estados, geralmente entre Países Desenvolvidos (PDs) e Países em Desenvolvimento (PEDs). Partem, na maior parte das vezes, de movimentos sociais daqueles para estereotipar de maneira negativa os produtos competitivos destes.

O dumping social, por exemplo, estaria relacionado a menores garantias – principalmente de direitos trabalhistas e salários – conquistadas ao longo do processo democrático e do desenvolvimento econômico e social dos PDs¹⁶. O dumping ambiental estaria relacionado à procura pelas indústrias poluentes de locais em que as normas de proteção ambiental fossem menos rígidas, inexistentes ou ineficazes. Já o dumping cambial seria a expressão utilizada para designar a manutenção de baixas taxas de câmbio, ou seja, de uma desvalorização de uma moeda nacional frente a uma cesta de moedas para estimular as exportações e inibir as importações.

Na atual conjuntura, esta tentativa dos PDs de ampliação do conceito de dumping é vista pelos PEDs como mais uma forma de se criarem barreiras protecionistas à exportação dos seus produtos e, portanto, barrar a sua crescente participação no comércio internacional.

3. Outras práticas de comércio distintas do dumping

Freqüentemente, o dumping é confundido com outras práticas de comércio nacional ou internacional. Em muitas destas vezes, a impropriedade é tamanha que outros institutos são utilizados para fundamentar a aplicação dos direitos antidumping, como é o caso dos subsídios ou do preço predatório. Por isso, não há como se falar de dumping, sem que sejam dispensadas algumas palavras para o esclarecimento de termos que lhe são conexos.

O corpo de normas do comércio internacional tem como princípio fundamental a não-discriminação e a liberalização comercial. Há, no entanto, situações em que esses princípios não se aplicam, das quais se destaca neste estudo a imposição de medidas antidumping. O primeiro ponto de confusão de parte da doutrina, sobre o qual se falará abaixo, é representado, pois, por práticas que estão na contra-mão da liberalização comercial e representam exceções ao princípio da não-discriminação. O segundo ponto de confusão da doutrina está no direito concorrencial e será tratado no item seguinte.

¹⁶ A utilização da expressão “dumping social”, embora já tenha sido relatada em meados da década de sessenta, entrou em voga apenas após o final da Rodada Uruguai. Conforme

3.1. Exceções ao livre comércio

As medidas de proteção contra importações constituem exceções ao princípio do livre comércio e, por isso, são regulamentadas pelo GATT/OMC. Entre elas pode-se citar: (i) as exceções permanentes; (ii) as exceções contingenciais; e (iii) as medidas de defesa comercial¹⁷;

As exceções permanentes, grosso modo, são aquelas que podem ser invocadas pelos Estados partes a qualquer tempo para restringir as importações. São exemplos de exceções permanentes o “*waiver*”¹⁸, a segurança nacional e a renegociação de concessões.

relata C. LAFER, isso foi consequência da ampliação de objeto que sofreram os acordos de comércio internacional, que passaram a admitir, a partir da assinatura dos tratados de Maastricht e do NAFTA, discussões sobre cláusulas sociais.

No final da década de noventa, então, passou-se a cogitar, com maior intensidade, sobre as relações entre comércio e investimento internacionais, de um lado, e as profundas diferenças entre os custos de mão-de-obra, de outro. Assim, os PDs passaram a acusar os PEDs da prática de dumping social, segundo o qual estes estariam auferindo lucros excessivos através da super-exploração da mão de obra em seus territórios. Alegava-se, em suma, que seria necessário uma forma de harmonizar os custos sociais, para que os locais em que eles fossem mais caros não restassem prejudicados por uma espécie de concorrência desleal de produtos oriundos dos países em que eles fossem mais baratos. Contudo, não obstante todo o esforço no sentido da livre circulação de mercadorias e serviços, o trânsito de pessoas – em função da preocupação com os fluxos migratórios – continua absolutamente restrito no mundo globalizado. Isso gera reservas de mercado e inflação no custo da mão-de-obra nos PDs, uma vez que o valor do fator trabalho está diretamente relacionado ao grau de desenvolvimento econômico de determinado país, região ou estado. Mas não é apenas nas disparidades do mercado mundial que reside a incongruência do raciocínio sobre a prática de dumping social. Muitos, senão a maioria dos PEDs, conjugam de forma harmônica a relação entre mercado, democracia e direitos humanos. Reconhecem, ademais, os *standards* sociais estipulados nas convenções da OIT e em outros tratados de direito internacional como aqueles celebrados no âmbito da ONU.

Por isso, na verdade, a alegação da prática de dumping social nada mais é que a expressão de uma forma de protecionismo. Agentes governamentais e não governamentais dos PDs pretendem, desta forma, apenas a imposição de um ônus aos PMDs e PEDs, com o qual eles não têm condição de arcar. Ver, sobre o assunto, C. LAFER, *Dumping Social*, in L. O. BAPTISTA – H. M. HUCK – P. B. CASELLA (coords.), *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas – Estudos em Homenagem ao Prof. Irineu Strenger*, São Paulo, LTr, 1994, pp. 161-164.

¹⁷ Cf. classificação adotada por W. BARRAL in *Dumping e Comércio Internacional: A regulamentação Antidumping após a Rodada do Uruguai*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 130.

¹⁸ “*Waiver*” é a dispensa, pela maioria qualificada de dois terços dos Estados Partes da

As exceções contingenciais referem-se à possibilidade de excepcionar o princípio do livre comércio em função de situações econômicas peculiares. Permite-se, assim, a restrição de importações para o fim de equilibrar-se a balança de pagamentos ou, no caso de PEDs, medidas temporárias para proteção da indústria nascente.

3.1.1. Medidas de defesa comercial

As medidas de defesa comercial são uma proteção permitida e excepcional à concorrência realizada por produtos importados, que pode ser utilizada nos termos dos acordos específicos da OMC que as regulamentam. São medidas de defesa comercial as salvaguardas, as medidas compensatórias contra importações subsidiadas e as medidas antidumping.

3.1.1.1. Medidas de salvaguarda

As medidas de salvaguarda são um mecanismo existente para defender a indústria nacional contra surtos de importação que possam ocorrer em função de um aumento súbito ou iminente nas importações de um produto similar, em função das progressivas reduções tarifárias negociadas.

Através deste mecanismo concede-se à indústria nacional um período extra de proteção tarifária, para que essa possa se adaptar à concorrência do produto importado. Trata-se, portanto, de uma forma de contornar uma situação emergencial e que, por isso, não terá caráter definitivo.

É justamente na defesa contra surtos importadores oriundos da retirada de barreiras tarifárias que está a diferença entre as medidas de salvaguarda e as medidas antidumping. Enquanto estas se destinam a combater uma importação que causa dano e que é havida com diferenciação de preços entre mercados nacionais, aquelas são aplicadas contra importações legítimas, realizadas no curso normal do comércio, mas que apresentam um surto de aumento em função da progressiva liberalização comercial.

É natural, desta forma, que as medidas antidumping sejam aplicadas de maneira discriminada em relação aos países e aos produtores, uma vez que se referem a uma atitude privada. As medidas de salvaguarda, por outro lado, são

OMC, da necessidade de cumprimento de uma das obrigações que foram impostas pelo Acordo. A previsão legal encontra-se no artigo XXV do GATT e insere-se no contexto da possibilidade de ação conjunta dos Membros para consecução de seus objetivos.

aplicadas de maneira não-seletiva, ou seja, impõem-se contra importações de um produto determinado, qualquer que seja a sua origem ou o seu fabricante.

Na prática, as medidas de salvaguarda refletem-se na majoração da alíquota *ad valorem* do produto importado ou na imposição de quotas de importação. Contudo, ao contrário das medidas antidumping, a imposição de medidas de salvaguarda exige a negociação de novas concessões aos Estados prejudicados, de modo a compensar o gravame gerado. Daí, como se pode supor, a utilização bem mais restrita do instituto.

3.1.1.2. Medidas compensatórias contra importações subsidiadas

As medidas compensatórias são um tipo de exceção ao princípio do livre comércio aplicável quando a indústria nacional de um Estado é prejudicada pelas importações de produtos subsidiados, direta ou indiretamente, pelo Estado exportador.

Como bem esclarece L. M. COSTA, “[a] definição de subsídio no Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias pode ser entendida como a de um benefício acordado através de uma contribuição financeira governamental, envolvendo a transferência de fundos, de mercadorias ou de serviços, feita pelo próprio governo ou em seu nome. Nessa categoria estão, também, os benefícios fiscais e os apoios ao preço do produto”¹⁹.

Na terminologia empregada pelo Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias, os subsídios podem ser de três tipos: (i) proibidos; (ii) recorríveis; ou (iii) irrecorríveis. Essa distinção é feita em função do nível de distorção que causam ao comércio internacional. No jargão diplomático da OMC, estas três categorias são identificadas por caixas, às quais foram dados nomes de cores, como nos semáforos: vermelho para os proibidos, amarelo (ou âmbar) para os recorríveis e verde para os irrecorríveis²⁰.

¹⁹ *Subsídios e Salvaguardas*, in A. AMARAL JÚNIOR (coord.), *OMC e o Comércio Internacional*, São Paulo, Aduaneiras, 2002, p. 64.

²⁰ Quando se trata de bens agrícolas, contudo, a questão é um pouco mais complexa. Isso quer dizer que, não obstante as disposições do Acordo sobre Subsídios e medidas compensatórias: (i) os subsídios agrícolas à exportação (e demais subsídios da caixa vermelha) não estão proibidos, embora continuem sujeitos a medidas compensatórias; (ii) as medidas de apoio interno que estivessem em total conformidade com o Acordo sobre Agricultura da OMC não eram acionáveis multilateralmente, embora pudessem estar sujeitas a medidas compensatórias, em função da cláusula de paz (expirada em 01 de janeiro de 2004). Assim, de acordo com o *Agriculture Agreement* não há caixa vermelha

Os primeiros – os subsídios proibidos ou da caixa vermelha – são aqueles conferidos em função da exportação ou da substituição da importação e são, como o nome faz presumir, aqueles que, pela própria natureza e finalidade, mais distorcem o comércio internacional. Segundo o Acordo esses subsídios deverão ser totalmente banidos pelos Estados-Membros²¹.

Os segundos – os subsídios recorríveis ou da caixa âmbar – são aqueles que podem distorcer o comércio internacional e que, portanto, podem causar danos a outros Estados. “Esse tipo de subsídio não é, em princípio, prejudicial ao comércio, mas em algumas circunstâncias ele pode vir a ser. Um subsídio será considerado dentro dessa categoria quando sua utilização por um País-Membro venha a comprometer os interesses de um outro Membro, isto é, prejudicar a indústria doméstica desse país ou causar-lhe um sério prejuízo”²².

Por fim, os subsídios irrecorríveis ou da caixa verde, que são também chamados de permitidos, fazem parte de uma categoria de subsídios que não restringem, criam obstáculos ou distorcem o comércio internacional²³. Trata-se dos subsídios não específicos ou os destinados a atividades de pesquisa, ao combate a disparidades regionais e à adaptação a novas regulamentações ambientais.

Note-se que a ilegalidade do subsídio, em âmbito internacional, pressupõe a existência de dano que cause à indústria do país importador²⁴. Neste caso, poder-se-ão aplicar medidas no exato valor do benefício conferido, daí a especial atenção que merece a forma se calcular a existência e valor do subsídio.

para subsídios agrícolas. Além disso, existe uma caixa azul, para os subsídios e apoios domésticos que, embora sejam altamente distorcivos do comércio internacional, estejam ligados a programas de redução da produção. Sobre subsídios agrícolas ver M. G. DESTA, *The Law of International Trade in Agricultural Products*, s.l., Kluwer Law International, 2002.

²¹ Porém, como essa prática pode ter efeitos importantes em programas de desenvolvimento econômico, o Acordo excetua, através de um tratamento especial e diferenciado conferido aos países de menor desenvolvimento relativo e aos países em vias de desenvolvimento com renda *per capita* anual inferior a US\$ 1000, essa proibição, sendo lícito a eles conferir esse tipo de subsídio. Ver a este respeito os artigos 27.2 e 27.3 do Acordo sobre subsídios e Medidas Compensatórias.

²² L. M. COSTA, *Subsídios e Salvaguardas*, in A. AMARAL JÚNIOR (coord.), *OMC e o Comércio Internacional*, São Paulo, Aduaneiras, 2002, p. 66.

²³ Os efeitos adversos, se existirem, ocorrem apenas de forma esporádica e reduzida.

²⁴ O Acordo sobre subsídios e Medidas Compensatórias estipula, em seu artigo 5º que: “No Member should cause, through the use of any subsidy referred to in paragraphs 1 and 2 of Article 1, adverse effects to the interests of other Members, i.e.: (a) injury to the

Não é de se espantar, portanto, que os subsídios sejam condenados já há muito tempo em matéria de comércio internacional, principalmente aqueles que foram aqui classificados como proibidos e recorríveis, pelos efeitos distorcivos que provocam. A sua prática emite sinais falsos ao mercado, prejudicando uma alocação de recursos mais eficiente. Em última análise, esses tipos de subsídios promovem a competição injusta, favorecendo o mais débil em detrimento do mais eficiente.

A distinção entre dumping e subsídios, portanto, deve ter restado bem clara. Enquanto estes são uma prática estatal, que envolve a transferência de recursos públicos, direta ou indiretamente, o que pode implicar preços privados mais competitivos, aquele – o dumping – é uma prática essencialmente privada, que ocorre através da fixação de preços pelo empresário.

3.2. *Dumping e Direito Concorrencial*

O segundo ponto que gera confusão quando se pretende conceituar o dumping é a sua interoponibilidade com o direito concorrencial. Com certa frequência, parte da doutrina e, sobretudo, os leigos confundem ou ao menos ligam a existência do dumping a outros três fenômenos concorrenciais de conhecimento mais difundido.

O primeiro é a prática de preço predatório, ou seja, o preço que é artificialmente baixo, chegando a ser inferior ao custo, e é praticado com o objetivo de eliminar a concorrência. Sobre este tema maior atenção será dispensada no próximo subitem.

O segundo fenômeno é o abuso de poder econômico, que pode ser conceituado como “o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente a sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) de parcela da renda social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial”²⁵.

domestic industry of another Member; (b) nullification or impairment of benefits accruing directly or indirectly to other Members under GATT 1994 in particular the benefits of concessions bound under Article II of GATT 199.” No caso dos subsídios, assim como no dumping, o dano também é entendido como dano material, ameaça de dano ou retardamento no estabelecimento da indústria doméstica.

²⁵ S. V. BRUNA, *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício*, São Paulo, RT, 1997, p. 117.

O terceiro fenômeno concorrencial mais confundido com o dumping é a prática de ato tendente à dominação dos mercados. O ato tendente à dominação dos mercados é aquele que tem por objetivo precípua da atividade econômica a eliminação do concorrente e a possibilidade de determinar o preço no mercado. É evidenciado quando “uma empresa ou um grupo de empresas controla em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, que passa a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços”²⁶.

Esta idéia que se faz do dumping, ligando-o a conceitos de direito concorrencial, advém, provavelmente, da sua utilização indiscriminada e, com certeza, da carga pejorativa que se lhe imputa, com o fim de justificar a sua utilização.

Por isso, se justifica a explicação, *ad nauseam*, de que o dumping diferencia-se dessas outras práticas privadas tanto conceitual como juridicamente. O que caracteriza o instituto em tela, pois, é única e exclusivamente a discriminação de preços entre dois mercados nacionais, sendo que no mercado importador, o preço praticado é inferior àquele do mercado exportador. Por vezes, como se verá, a prática de dumping poderá implicar uma atitude anticoncorrencial, mas os elementos dos institutos mencionados acima não são nem suficientes nem necessários para a caracterização do dumping.

Note-se que, nos Estados Unidos, a legislação antidumping surgiu como uma extensão da legislação antitruste. Contudo, já “[o] primeiro estatuto *antidumping* norte-americano (*Antidumping Act*, de 1916) eliminou a necessidade de se configurar a conspiração ou combinação entre vendedores organizados para atingir um fim em comum – descaracterizando assim a analogia utilizada em casos de *antidumping* com disposições Antitruste”. A separação entre os institutos se completa em 1921, com a eliminação da necessidade de provar a intenção de causar dano²⁷.

Mesmo assim, a confusão entre o dumping e outros institutos de direito concorrencial persiste e é tamanha, que o próprio CADE, apoiado por parte da doutrina²⁸,

²⁶ Art. 5º da Lei 4137/62.

²⁷ G. C. G. JOHANNPETER, *Antidumping – Prática Desleal no Comércio Internacional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996, p. 61.

²⁸ Ver, nesse sentido, L. G. P. B. LEÃES, para quem “[à] semelhança do que ocorre no Direito Comparado, o *dumping* se caracteriza como a redução do preço vigente no mercado ou abaixo do custo *qualificada* pela intenção de eliminar os concorrentes e dominar o mercado” (grifos no original). Mais adiante o mesmo autor conclui que “para se falar em ‘dumping’ força é que o fato indiciariamente delituoso venha integrado, *no campo*

chega a utilizar o conceito de dumping para definir práticas tipicamente tuteladas pelo direito antitruste²⁹.

Perante a legislação brasileira, que reconhece esses imperativos de ordem técnica, estes institutos são tratados de maneira absolutamente distinta. O dumping é tutelado pela legislação antidumping, reflexo da internalização dos acordos sobre a matéria no GATT e na OMC. A investigação sobre defesa comercial dispõe de processo administrativo autônomo, que é conduzido pelo DECOM, órgão do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC). Já as práticas anticoncorrenciais são tuteladas pela lei 8.884, de 11 de junho de 1994, e são investigadas pelo CADE, que pertence à estrutura administrativa do Ministério da Justiça.

3.2.1. Predação

Ante o exposto nas linhas anteriores, já deve ter restado clara a diferença entre a predação e o dumping. Ainda assim, contudo, o tema merece ser aprofundado, para que não reste dúvida onde dúvida não pode haver.

normativo, pela redução do preço, seguida de elevação, com vista ao exercício de uma especulação abusiva, e, no campo subjetivo, pelo intuito de eliminar a concorrência e provocar condições monopolísticas” (grifos no original). In O “Dumping” como forma de Abuso do Poder Econômico, São Paulo, RDM, v. 32, nº 91, 1993, p. 12 e 14. No mesmo sentido, J. I. G. FRANCESCHINI – J. L. V. A. FRANCESCHINI, Poder econômico: Exercício e Abuso, São Paulo, RT, 1985, p. 149-153.

²⁹ Segundo nos informa W. BARRAL, “[o] CADE já asseverou em suas decisões que: (i) ‘O dumping se caracteriza pela venda abaixo do preço do mercado, isto é, abaixo do preço dos concorrentes. Configura-se o dumping na exportação de mercadoria por preço inferior ao vigente no país exportador ou por preço abaixo do custo de produção’; (ii) ‘Dumping é a temporária e artificial redução de preços para oferta de bens ou serviços por preços abaixo daqueles vigentes no mercado, provocando oscilação em detrimento de concorrente, e subsequente elevação, exercício de especulação abusiva’; (iii) ‘Dumping – Venda de produto final importado a preço abaixo do custo de fabricação com vistas à dominação do mercado nacional’; (iv) ‘Configura dumping a prática de preços irrealmente baixos, com prejuízos ou utilização de meios ilícitos, com o objetivo de eliminar a concorrência’; (v) A atividade denominada dumping se caracteriza pela venda de produtos a preços abaixo do custo real, inclusive com prejuízo, com a finalidade de eliminar a concorrência e em seguida possibilitar a fixação de preços com lucratividade exagerada’.” in *Dumping e Comércio Internacional: A regulamentação Antidumping após a Rodada do Uruguai*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, pp. 158-159.

Segundo C. SALOMÃO FILHO, “[o] termo predação é denominação generalizada para vários tipos de condutas de uma prática muito simples. Segundo a definição corrente, trata-se do ato pelo qual o agente econômico incorre em prejuízos na expectativa de eliminar o concorrente do mercado, esperando recuperar posteriormente, através de diversas formas, o montante perdido”³⁰.

O predador, assim, pratica um preço infracompetitivo, com o objetivo específico de eliminar a concorrência, ainda que a recuperação dos prejuízos não se revista de caráter exclusivamente econômico³¹.

Note-se que as práticas de preço predatório e de dumping podem se sobrepor, embora uma não implique a outra necessariamente. Ou seja, é possível que o preço de dumping, inferior no mercado importador se comparado ao mercado exportador, seja também predatório, mas é possível que o preço de dumping não o seja. E mais, é possível que o preço predatório não seja objeto de dumping.

Isso ocorre, pois pode haver prática de dumping sem que o agente econômico incorra em prejuízos, uma vez que a venda abaixo do preço de custo não é requisito necessário para caracterização do mesmo. Por outro lado, é possível praticar a predação dentro de um único mercado ou ainda que em dois mercados distintos, sem que haja discriminação de preços entre ambos.

Por isso, a única real conclusão a que se pode chegar em caso de discriminação de preços é que o local onde o preço é maior é aquele em que há elevado poder no mercado. Como bem explica C. SALOMÃO FILHO, “[e]xiste apenas um tipo de comportamento que permite inferir com um razoável grau de segurança a existência de poder sobre o mercado. Trata-se da discriminação de preços. Com efeito, se uma empresa é capaz de discriminar entre consumidores localizados em mercados geográficos diferentes e se não existem motivos (...) a justificar essa discriminação, isso significa que no mercado em que cobra preços superiores a empresa é dotada de certo grau de poder”³².

³⁰ *Direito Concorrencial – as Condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 159.

³¹ Cite-se, por exemplo, a reputação de agressividade ou de *crazy firm*, empresa que “está disposta a arriscar a própria sobrevivência para ganhar fatias de mercado ou induzir um comportamento cooperativo e não agressivo dos outros concorrentes”. Cf. M. BURNS, *Predatory Pricing and the Acquisition Cost of Competitors*, in *Journal of Political Economy*, 94/266, *apud* C. SALOMÃO, *Direito Concorrencial – as Condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 182.

³² Ver a respeito V. P. Areeda – J. Solow – H. Hovenkanp, *Antitrust law – an Analysis of Antitrust Principles and their Application*, v. II A, Boston, New York, Toronto, London, Little, Brown and Company, 1995, p. 93, *apud* C. SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial – as Estruturas*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 93.

Preço predatório e dumping, pois, são condutas que não podem ser identificadas, uma vez que nem sempre coincidem. Portanto, seja qual for a causa, se revestida de abuso ou de deslealdade, configurar-se-á o dumping predatório, que fere o princípio da livre concorrência. Por outro lado, ainda que o dumping seja praticado por outros motivos, alheios a intenções escusas, mesmo assim é facultado ao país importador aplicar direito antidumping como forma de resguardar sua indústria nacional. Sem adentrar o campo da concorrência desleal, coloca-se que o fenômeno do dumping no mercado internacional pode ocorrer em razão de várias causas, nem sempre eivadas de intenção desonesta³³.

4. Os fundamentos da legislação antidumping

A abordagem do tema realizada até o presente momento explicitou algumas dificuldades que se relacionam à justificação da aplicação das medidas antidumping. Já se pode antever, tanto sob a ótica econômica quanto sob a jurídica, que se pretende aprofundar a seguir, que há uma enorme carga de retórica utilizada no embasamento da legislação antidumping.

4.1. O fundamento econômico

Conforme exposto anteriormente, é usual que se recorram a argumentos econômicos para fundamentar a aplicação de medidas antidumping. Por isso, foi primeiramente necessário delimitar alguns conceitos conexos a ele, para que parte dos equívocos fosse, de plano, afastada. Agora, serão tecidos alguns comentários sobre os fundamentos econômicos utilizados com maior frequência para justificar a aplicação de medidas antidumping, verificando-se a adequação ou não dos mesmos.

As acusações mais frequentes, desta forma, são as de que o produto objeto de dumping é: (i) vendido a preços predatórios, (ii) com discriminação de preços entre mercados nacionais, o que (iii) afastaria investimentos.

4.1.1. Dumping predatório

Já foi visto acima (itens 2.3 e 3.2.1) que a alusão à prática de preços predatórios na exportação constitui um lugar comum na argumentação e funda-

³³ E. M. O. MARTINS, *Da Concorrência Desleal: o “Dumping” Predatório no Contexto Internacional e no Mercado Interno Brasileiro*, Buenos Aires, Revista de Direito do Mercosul, v. 2, n° 3, junho/1998, p. 126.

mentação da aplicação das medidas antidumping. Por esta visão, o dumping constituiria uma estratégia mercadológica do exportador voltada à eliminação dos concorrentes no mercado importador. Derrotados os produtores nacionais, o exportador conseguiria elevar de forma monopolística os preços para reaver os prejuízos anteriormente suportados.

É comum argumentar, assim, que, embora o consumidor se beneficie inicialmente dos preços baixos, é ele o maior prejudicado quando os preços forem elevados arbitrariamente em um segundo momento.

A existência do intuito predatório, contudo, é de difícil caracterização, principalmente porque depende da conjunção de uma série de fatores para que se manifeste de maneira economicamente viável para o exportador.

Para que se apresente de maneira ideal, é necessário que o mercado importador: (i) seja um mercado fechado ou com altas barreiras à entrada³⁴, para não atrair outros competidores quando o preço for elevado para que o exportador possa reaver os prejuízos em que incorreu; (ii) tenha um alto custo de saída, o que impediria uma rápida alocação de recursos; (iii) tenha pequena vantagem comparativa, ou seja, tenha custos de produção da *res* elevados, que compensem os custos do produto importado com transporte e distribuição; e que (iv) não possua legislação antitruste capaz de coibir formas de abuso de poder econômico;

Concomitantemente, o mercado exportador deveria: (i) ser altamente concentrado, de forma a permitir a cobrança de preços monopolísticos, que compensassem os déficits na exportação; (ii) ser altamente fechado, para impedir a entrada de produtos importados que derrubassem a cotação da mercadoria no mercado interno; (iii) não contar com uma legislação antitruste eficaz; e (iv) ter custos de entrada elevados, que impedissem uma melhor alocação dos recursos.

Somente a conjugação de todos esses fatores, ou ao menos da maioria deles, poderia levar à presunção de que a estratégia de prática de predação por

³⁴ As barreiras à entrada estabelecem os limites internos à entrada de novos concorrentes no mercado, permitindo verificar os efeitos futuros que uma situação de concentração nos mercados trará para os consumidores. Isso porque estabelecem limitações à liberdade de iniciativa, mais que à liberdade de concorrência. Na definição de C. SALOMÃO FILHO, “[a]s barreiras à entrada são, assim, um dos principais elementos catalisadores do poder no mercado, que permite transformá-lo em verdadeira dominação dos mercados”. Ainda segundo o autor, há dois tipos de barreiras à entrada: as naturais que “decorrem da conformação do mercado e do tamanho relativo de seus participantes” (p. ex. as economias de escala ou o montante de capital inicial necessário) e as artificiais, que são “aquelas criadas por comportamentos ou omissões dos agentes” (p. ex. integração vertical e a publicidade). In *Direito Concorrencial – as Estruturas*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 162-170.

um exportador é economicamente viável. Por isso, como se vê, os inúmeros fatores necessários tornam o dumping predatório algo de difícil materialização, uma vez que formas distintas de inserção no mercado seriam mais factíveis.

A experiência americana demonstra, inclusive, que a necessidade de demonstração do intuito predatório pode até inviabilizar a aplicação e medidas antidumping. Esse seria, entre outros motivos, o fator que levou à substituição da primeira lei americana de combate ao dumping, o *Revenue Act* de 1916, pelo *Antidumping Act* de 1921, apenas cinco anos após a sua promulgação³⁵.

4.1.2. Discriminação de preços

É comum encontrar na doutrina a posição de que a prática de dumping seria reprovável simplesmente porque representa a discriminação entre dois mercados geográficos³⁶.

A discriminação de preços ocorre quando um determinado produtor demanda preços distintos para o mesmo produto em locais diferentes. Esta prática seria recriminável, do ponto de vista econômico, por ser um distanciamento artificial do modelo de concorrência perfeita, segundo o qual os produtores seriam capazes de cobrar sempre um único e mesmo preço por uma determinada mercadoria, o melhor preço que alcancem.

Isto porque o preço é formado pela contraposição de duas pretensões: a do vendedor, de cobrar sempre mais; e a do comprador, de pagar sempre menos³⁷. Por isso é que ele é resultante das tensões entre a oferta e a procura,

³⁵ G. C. G. JOHANNPETER, *Antidumping – Prática Desleal no Comércio Internacional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996, p. 61. Ver item 4.1 e nota 38

³⁶ Cf. W. R. FARIA, para quem “[o]s direitos *antidumping* não pertencem à classe das medidas punitivas. Aplicam-se para compensar os efeitos danosos da discriminação de preços sobre a atividade econômica do país importador”. In *Constituição Econômica – Liberdade de Iniciativa e de Concorrência*, Porto Alegre, Fabris, 1990, p. 51, *apud* A. T. TAVOLARO, *A Natureza Jurídica dos Direitos Antidumping*, in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 5, nº 18, jan./mar. 1997, p. 246.

³⁷ J. T. DE CHIARA, apoiando-se no ensinamento de Jehring explica que: “O móvel egoísta determina que as partes busquem da melhor forma a satisfação de suas necessidades em condições vantajosas. Aquele que oferece o bem ou serviço pretende adquirir a mais expressiva soma de moeda, enquanto o adquirente, em sentido oposto, objetiva despendar a menor quantia possível. O encontro de ‘egoísmos’ completa a noção de equivalência, pois o nível de preços ajustado em cada relação de troca é limitado pela

estabelecendo-se em um nível determinado de equilíbrio. Desta forma, o preço é fixado em um patamar relativamente menor no local onde a competição – atual ou potencial – for maior. Foi por esse motivo que se disse anteriormente que da discriminação de preços só se pode tirar uma conclusão: a de que há maior poder no mercado onde o preço for mais elevado³⁸.

Nestas condições, o mercado que estiver sendo objeto da prática de dumping será aquele que, ao menos em tese, estará se demonstrando mais competitivo e que, conseqüentemente, tem o poder de mercado mais diluído. Não há como se ver qualquer problema, pois, na discriminação de preços, se o preço inferior não representar a venda abaixo do preço de custo ou demonstrar o intuito de dominação dos mercados. Saliente-se que, neste último caso, caberia única e exclusivamente ao direito antitruste sancionar a prática.

Como se pode ver, fundamentar a aplicação das medidas antidumping atribuindo uma carga pejorativa abstrata à discriminação de preços distorce o problema, que estaria, na realidade, no mercado exportador, mais concentrado, menos competitivo e, por vezes, até com deficiências de informação³⁹.

É necessário ressaltar, contudo, que a discriminação de preços pode decorrer do próprio embate entre produtores, inserindo-se em estratégias lícitas

concorrência nos mercados, na medida em que condicionam os limites máximo e mínimo que cada parte respectiva poderá atingir no seu móvel egoísta definindo-se, destarte, o ponto de equilíbrio considerado satisfatório na busca do máximo de vantagens pelas partes”. In *Moeda e Ordem Jurídica*, Tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 1986, p. 113.

³⁸ Os economistas também se referem a este fato de outra forma, postulando que entre o mercado exportador e o mercado importador haveria uma diferença na elasticidade da demanda. O termo elasticidade na demanda é usado para designar o grau em que a quantidade demandada varia em resposta às oscilações de preço no mercado ou, nas palavras de F. NUSDEO “[n]ão interessa ao cientista ter apenas uma vaga idéia do que acontece quando os preços baixam ou sobem. Ele precisa saber como e quanto variam as quantidades em função dos preços, para medir a sensibilidade da procura a uma variação dos preços. Essa medida da sensibilidade chama-se *elasticidade* (...)” (grifo no original). In *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2000, p. 230.

³⁹ J. M. FINGER, dissertando sobre a reação das “*Korean Consumer Electronics Industry*” às medidas antidumping aplicadas pelos EUA conclui que: “[t]he major finding of Bark’s study is that Korean companies reacted to antidumping actions by lowering the prices they charge in Korea rather than by raising their export prices. Korean companies took this route because they have significant market power in Korea, but in export markets they are at the mercy of market forces”. In *Antidumping – How it Works and Who Gets Hurt*, Ann Arbor, University of Michigan, 1993, p. 41

dos próprios agentes econômicos. A primeira, e mais importante delas, é a de baixar os preços para forçar um aumento na participação no mercado. A segunda seria a prática do dumping para manter o nível de vendas ante flutuações negativas do mercado, como em épocas de recessão. A terceira seria para superar os altos custos iniciais em um ciclo produtivo que tende a baratear com a maturação do investimento e o aumento da utilização da capacidade instalada.

Note-se que, nestes casos, a discriminação de preços seria temporária e voltada à superação de barreiras do mercado. Traria, pois, benefícios aos consumidores e não poderia ser reputada negativa.

4.1.3. Redirecionamento de investimentos

Esta fundamentação para a aplicação de direitos antidumping também se tornou muito freqüente na doutrina⁴⁰. Refere-se ao desestímulo que representa o dumping para investimentos, que seriam redirecionados do mercado importador para o mercado exportador.

A aplicação dos direitos antidumping, neste caso, seria a negação da lógica de livre mercado, conforme idealizada por Adam Smith. Ora, os direitos cobrados sobre os produtos importados, ao elevarem o preço do produto no mercado nacional, inibiriam a “mão invisível” responsável pela realocação dos recursos para os setores em que são necessários e que seriam responsáveis pela própria eliminação da diferenciação de preços.

A imposição de direitos antidumping, assim, representaria uma forma de manutenção da má alocação de recursos responsável pela existência dos requisitos que possibilitam de prática de dumping.

4.2. *Fundamento Jurídico*

De forma geral e preconceituosa, a doutrina jurídica reproduz os mitos econômicos de que o dumping seria sempre praticado em função de um intuito predatório ou de dominação do mercado importador⁴¹. Como consequência, o funda-

⁴⁰ Veja, por exemplo, as palavras de G. C. G. JOHANNPETER: “Esta prática desleal atua como fator inibitório de investimentos no mercado vítima de *dumping*” (grifo no original). *Antidumping - prática desleal no comércio Internacional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996, p. 65.

⁴¹ “Os países hoje signatários da OMC enfrentam *dumping* como um problema real que distorce os mecanismos da livre concorrência, entendendo que a única solução imediata

mento jurídico comumente invocado para sustentar a aplicação de medidas antidumping é confundido com o fundamento da legislação antitruste: a livre concorrência⁴².

Contudo, frise-se ainda uma vez, o ramo do direito dedicado a coibir práticas anticoncorrenciais é o direito antitruste, distinto e autônomo do direito antidumping. De fato, o direito concorrencial protege a livre concorrência de forma preventiva, através de um controle de estrutura – fiscalização e autorização de atos de concentração – e de forma repressiva, sancionando condutas anticoncorrenciais.

Já a legislação antidumping atinge práticas comerciais que em nada ameaçam a estrutura concorrencial do mercado. Na verdade, esta regulamentação chega a coibir práticas concorrenciais – estereotipadas e travestidas de desleais – desde que estejam presentes alguns requisitos, como o dano à indústria doméstica. Medidas antidumping, portanto, restringem a concorrência pela redução da capacidade competitiva do produto importado, que é onerado com a soma do adicional cobrado quando da importação, ou, como diria M. J. FINGER, “[a]ntidumping is anticompetition policy, no procompetition”⁴³.

Ainda nesta mesma linha de raciocínio, também é invocado com frequência para justificar a aplicação de medidas antidumping a proteção ao consumidor⁴⁴. De acordo com este argumento, embora o consumidor tenha que pagar

para este problema é a aplicação da legislação *antidumping*” (grifos no original). G. C. G. JOHANNPETER, *Antidumping - Prática Desleal no Comércio Internacional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996, p.

⁴² A livre concorrência, conforme explica T. S. FERRAZ JÚNIOR, é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, forma de desconcentração do poder econômico, de tutela do consumidor, enfim, garantia de uma sociedade mais equilibrada. “A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção”. *A Economia e o Controle do Estado*, in *O Estado de São Paulo*, edição de 04.06.1989, apud E. R. GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e Crítica*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p.190.

⁴³ *Antidumping – How it Works and Who Gets Hurt*, Ann Arbor, University of Michigan, 1993, p. 53.

⁴⁴ Além de existir legislação específica para tutelar os interesses do consumidor – vide o Código de Defesa do Consumidor –, pode-se citar, mais uma vez, o direito concorrencial

mais inicialmente, ele seria beneficiado ao fim, quando se torna inviável que os preços subam em função da dominação de mercado pelos produtos importados.

O fundamento econômico da posterior elevação monopolística dos preços já foi desmistificado anteriormente, quando se explicitou que, embora possível, é de difícil ocorrência pela multiplicidade de fatores que envolve. Juridicamente, pode-se argumentar ainda que os direitos antidumping não deixam de ser aplicados se os benefícios ao consumidor superarem os prejuízos da indústria doméstica, o que pode ocorrer com frequência em casos de *downstream dumping*. Este fato não é sequer sopesado durante as investigações. Tampouco a impossibilidade de dominação de mercado pelo produto importado.

Pode-se observar, como consequência, que os argumentos utilizados para justificar a aplicação dos direitos antidumping são desmentidos pela própria legislação pertinente ou pela contradição que gera a sua aplicação prática. Implicitamente, contudo, remanesce uma retórica axiológica baseada na defesa do preço justo⁴⁵.

4.2.1. Eficiência produtiva nacional e concorrência internacional

Ante todo o exposto, parece ter sobrado uma última justificativa para a aplicação de medidas antidumping: a proteção da indústria nacional contra a concorrência realizada por produtos importados.

como forma de protegê-lo. C. SALOMÃO FILHO, contestando o paradoxo de Bork, ensina que a legislação antitruste brasileira claramente reconhece uma pluralidade de interesses protegidos pela legislação antitruste, entre eles a proteção da existência da concorrência e a proteção do consumidor. In, *Direito Concorrencial – as Estruturas*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 28-39.

⁴⁵ A idéia de que as medidas antidumping se justificam para impedir a venda de um produto abaixo do preço justo não pode ser aceita. Em uma economia concorrencial, como foi explicado, o preço é determinado pela correlação de forças de mercado, regidas pelas leis da oferta e da procura. A única justiça que se poderia aferir, pois, é a que se relaciona à adequação do preço às regras de livre mercado e não com um *standard* pré-determinado. Ao basear-se no dogma de que existiria um preço justo para cada produto, o jurista desloca a racionalidade do mercado para o legislador, sobrepondo-o a qualquer necessidade de confirmação prática. A justiça na determinação do preço carece de critérios que assegurem a sua determinação econômico-científica. Logo, a sua verificação fica sujeita a aspectos histórico-valorativos da sociedade. Sobre a impossibilidade prática de aferição de poder no mercado baseada no cálculo do sobrepreço monopolista, ver C. SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial – as Estruturas*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 90-97.

Nos itens 4.1 e 4.2 supra, foi visto que os argumentos econômicos e jurídicos tradicionalmente evocados pela doutrina não fornecem bases sólidas para fundamentar a existência e a aplicação de medidas antidumping. Isso ocorre em função do tratamento que é dispensado à matéria, pois, uma vez que a prática do dumping é regulamentada em âmbito internacional, também em âmbito econômico e jurídico internacional tradicionalmente se busca a sua justificativa.

Assim, foram combatidas as alegações genéricas de predação, discriminação de preços e redirecionamento de investimentos, bem como foram refutados os argumentos relativos à defesa da livre concorrência e do consumidor. Como se viu, a aplicação acrítica desses institutos pode levar, como diria C. SALOMÃO FILHO, a resultados economicamente indesejáveis e juridicamente insatisfatórios.

É importante salientar, contudo, que, para os Estados aceitarem entrar nesse processo contínuo e progressivo de abertura comercial em prol da expansão do comércio internacional, é necessária a previsão e a regulamentação de mecanismos de proteção para suas economias, que podem se tornar extremamente vulneráveis à concorrência internacional.

V. DI CHIARA captou bem este aspecto e distinguiu duas situações: (i) a busca do desenvolvimento da comunidade internacional como um todo, através da ampliação e liberalização do comércio internacional; e (ii) a busca do desenvolvimento por cada Estado individualmente considerado, pela maior apropriação das vantagens geradas pela liberalização do comércio internacional com a proteção de sua indústria doméstica. *“Si possono dunque distinguere le giustificazioni al protezionismo tra quelle che si fondano sulle imperfezioni del free trade nazionale ed internazionale da quelle che si fondano su altri valori, nei limiti operativi di ogni singolo Stato, per la tutela di interessi nazionali. In ogni caso il protezionismo non prescinde dall’interdipendenza tra i vari paesi, ma mentre il free trade si riferisce al benessere del mondo come un tutt’uno, il protezionismo si riferisce al benessere dei singoli paesi definito agli stessi tenendo conto della loro diversità la quale, come è noto, influenza la distribuzione dei vantaggi del commercio internazionale”*⁴⁶. Estes mecanismos protetores – mas não protecionistas, porque não são arbitrários – são exatamente as exceções tratadas no item 3.1, das quais se destacam, no que se refere à proteção contra a concorrência, os institutos de defesa comercial: antidumping, antisubsídios e salvaguardas.

⁴⁶ V. DI CHIARA, *L’antidumping Nella Política Commerciale della CEE*, Padova, Cedam, 1989, p. 119.

Todos eles têm a função de evitar a competição realizada pelos produtos importados com a indústria nacional, desde que presentes os requisitos estipulados em cada um dos acordos que os regulamenta na OMC. Em última análise, esses institutos possibilitam a sobrevivência e o desenvolvimento de setores específicos da indústria nacional dos Membros, em detrimento do comércio internacional, ainda que assim seja mais oneroso para o consumidor e para outros setores da economia.

Frise-se que agora o ponto de vista é o nacional, de cada um dos Estados partes, que pode encontrar nos acordos de defesa comercial as situações em que lhes é lícito obstaculizar a importação de produtos com vistas a criar uma reserva de mercado para as empresas que formam de seu produto interno bruto.

No caso específico do dumping, um país poderá proteger a sua indústria da concorrência realizada pelo produto importado, vendido com diferenciação de preços, se houver dano, ameaça de dano ou retardamento na instalação da indústria nacional, independente de qualquer juízo de valor sobre a ilicitude ou a deslealdade da conduta.

Por isso, o bem jurídico que se pretende tutelar com a regulamentação antidumping é eficiência produtiva da indústria doméstica, através do afastamento da concorrência realizada pelas importações. Essa proteção, e tão somente ela, constitui o fundamento da legislação antidumping.

Mas não ficaria fácil contrapor, por exemplo, que se é a eficiência produtiva que se deseja proteger, então as medidas antidumping não deveriam proteger a indústria nacional arcaica, ultrapassada e de baixa competitividade? Haveria na legislação antidumping, desta forma, um contra-senso intrínseco de difícil resolução?

Acredita-se que não, pois o conceito jurídico de eficiência aqui mencionado está sendo utilizado de forma mais ampla que o conceito econômico fornecido pela Escola Neoclássica, ou seja, não diz respeito única e exclusivamente à produção da maior quantidade de bens ao menor custo⁴⁷.

⁴⁷ “Para os economistas neoclássicos, eficiência é a habilidade de produzir a custos menores e *consequentemente*, reduzir os preços para o consumidor” (grifo no original). “A teoria neoclássica distingue entre dois tipos de eficiência: a eficiência alocativa e a eficiência produtiva. A eficiência alocativa relaciona-se com a distribuição dos recursos na sociedade (...). Ao contrário da eficiência alocativa, que vê a questão do ponto de vista de mercado, a eficiência produtiva expressa o efetivo uso dos recursos pela empresas (...) representando o nível de dispêndio necessário para produzir um determinado bem”. C. SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial – as Estruturas*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 23 e 176-177.

A eficiência produtiva de uma indústria nacional envolve muito mais que os preços permitem exprimir. Relaciona-se com a realização de outros valores sociais, eleitos pela sociedade como merecedores de prestígio. Cite-se, por exemplo, a defesa dos empregos, a participação na formação da renda, a conservação de um setor estratégico para a economia – ainda que improdutivo e obsoleto – e até a auto-estima da população.

Não se pretende refutar aqui que as medidas de salvaguarda também sejam um instrumento apropriado para defender este conceito lato de eficiência da indústria nacional. Apenas que, conforme visto oportunamente (item 3.1.1.1), esta figura de defesa comercial possui características e aplicabilidade diversas, embora pertencente a um gênero comum.

A existência de um outro sem-número de valores sociais a serem tutelados, como a livre concorrência, em nada elide o fundamento aqui defendido. Apenas que consiste grande equívoco tentar atribuir às medidas antidumping a função de concertar os descompassos concorrenciais, quando praticados através do comércio exterior. Esses outros valores sociais, como medida de boa técnica jurídica, têm que ser objeto de instituições jurídicas próprias, como de fato são, mais aptas a atingir as finalidades a que se propõem.

Aliás, a grande vantagem que a legislação antidumping demonstra é a de atribuir um caráter mais objetivo às situações a que se aplica. Engloba, sem a necessidade diabólica de demonstração de qualquer elemento subjetivo, práticas de direito concorrencial, neutralizando-as. Porém, e acima de tudo, se aplica a situações que nada têm que ver com direito antitruste, exclusivamente em nome do fortalecimento da indústria nacional.

Portanto, ainda que desprovida de uma justificação econômica clara e cientificamente comprovada em nível internacional, a legislação antidumping se fundamenta econômica e juridicamente, sob a ótica interna dos Membros, na defesa da eficiência produtiva nacional, através do afastamento da concorrência realizada por produtos importados.

5. Conclusão

O Brasil é um país que se demonstrou historicamente fechado em suas relações comerciais com o exterior. A década de 1990, contudo, representou uma mudança drástica nesse padrão comportamental e o país passou a promover reformas no sentido da abertura e da liberalização comercial, buscando uma nova forma de inserção do Estado no mundo globalizado.

Esse processo, ainda não concluído, não se demonstrou simples e pacífico. Revelou uma série de descompassos estruturais da economia, nos quais a ciência jurídica pode e deve demonstrar cada vez mais a sua importância.

O direito econômico internacional e o direito do comércio internacional, nesse sentido, fornecem o arcabouço teórico que o Estado tem para se prevenir contra as flutuações econômicas e para fomentar seu próprio progresso de forma sustentada. A compreensão aprofundada do instituto do dumping, bem como dos demais mecanismos de defesa comercial, insere-se exatamente nessa perspectiva e é imprescindível para uma abertura mais harmônica e menos frágil do país ao comércio internacional.

Ao conceituar o dumping foi possível demonstrar que se trata de um instituto que é compreendido de forma diversa pelo direito e pela economia, mas que ambas as ciências se tocam e fornecem bases para sua compreensão. Atualmente, porém, o termo tem tido utilização ampla e irrestrita, designando situações que não constituem tecnicamente dumping. Muitas delas, como se viu no caso de dumping social e ambiental, revelam formas pejorativas de estereotipar vantagens estruturais e comparativas das economias em desenvolvimento.

Por isso, tornou-se necessário delimitar o tema, conceituando-se termos que lhe são conexos e que, muitas vezes, são utilizados para justificar a adoção das medidas antidumping. Assim foi possível separar o dumping, por exemplo, dos subsídios, figura gêmea do instituto em tela, mas que com ele não se confunde, principalmente, pela atuação governamental que o embasa. Outro passo importante que foi dado para a compreensão do dumping foi a sua separação e distinção de outros institutos de direito concorrencial. O dumping, como se pôde ver, não é necessariamente uma prática desleal de comércio internacional.

Acontece que o instituto já nasceu rotulado negativamente e o combate a essa prática tornou-se uma unanimidade entre o empresariado nacional dos países com maior inserção e abertura comerciais. Daí as preocupações com a utilização indiscriminada do instituto, que acabou tendo o seu âmbito de aplicação restringido sucessivamente desde a sua primeira previsão em um tratado internacional em 1947.

Apesar do sucesso e difusão alcançados pelo instituto em um século de utilização, o fundamento para sua existência e para sua aplicação continua um tema controverso tanto no mundo do direito quanto no mundo da economia. Parte dessa confusão esbarra, inicialmente, na elevada carga de retórica utilizada para fundamentar a sua aplicação, uma vez que a adoção das medidas pode ser politicamente onerosa para as relações diplomáticas internacionais. Assim, são freqüentemente colocadas em um mesmo plano as medidas antidumping e outras figuras repressivas de direito antitruste.

A segunda parte da confusão é decorrência da perspectiva de análise. A legislação antidumping não tem fundamento no desenvolvimento da economia global ou em aumentos nos níveis de comércio internacional, assim como outros temas que são objeto de acordo na OMC. As medidas antidumping existem exatamente na contra-mão deste progressivo processo de liberalização comercial e funcionam como uma espécie de contra-peso para que os Estados admitam entrar nessa espiral de abertura econômica.

Para fundamentar a existência e a aplicação de medidas antidumping, pois, a perspectiva tem que ser a economia interna dos Estados. Assim como as demais medidas de defesa comercial, o direito antidumping está fundamentado em um conceito amplo de eficiência produtiva da indústria nacional que fica protegida da competição realizada pelos produtos importados. Trata-se de uma forma de proteção e não de protecionismo, uma vez que, cumpridos os requisitos, a adoção de medidas deixa de ser arbitrária. Afinal, “[i]n the end, dumping has no meaning other than the cumulation of circumstances in which the politics of the immediate problem had exploited the flexibility of the underlying structure to rationalize action against imports”. Isso explica porque a medida antidumping “is a harnessing of state power to serve a private interest: a means by which one competitor can use the power of the state to gain an edge over another competitor”⁴⁸.

É exatamente por isso que os principais elementos do acordo têm que ter um tratamento harmônico entre o maior número possível de Estados. E foi isso o que se conseguiu na prática com a adoção do Acordo Antidumping da Rodada Uruguai. Vistos os elementos-chave conforme conceituados pelo direito internacional, as principais peculiaridades de cada regulamentação antidumping restarão nas estruturas administrativas de cada país.

O estudo aprofundado do direito econômico internacional e do direito do comércio internacional amplia as perspectivas do direito como ciência transformadora da sociedade globalizada. Permite a compreensão dos objetivos de institutos, com os quais a doutrina guarda pouca familiaridade, e demonstra os meios de atingi-los. Pois, como diria C. SALOMÃO FILHO, “[o] direito, como ciência de prescrição de comportamentos, é necessariamente finalístico. Fins confusos geram meios imperfeitos e meios perfeitos, não utilizados para consecução e fins, são perfeitamente inúteis”⁴⁹.

⁴⁸ J. M. FINGER, *Antidumping – How it Works and Who Gets Hurt*, Ann Arbor, University of Michigan, 1993, p. 27 e 34.

⁴⁹ *Direito Concorrencial – as Estruturas*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 278

6. Índice das fontes

6.1. Fontes primárias

- BRASIL, Legislação Antidumping, Circular SECEX 21, de 02 de abril de 1996
 ____, Legislação Antidumping, Decreto 1355, de 30 de dezembro de 1994.
 ____, Legislação Antidumping, Decreto 1602, de 23 de agosto de 1995.
 ____, Legislação Antidumping, Decreto 4732, de 10 de junho de 2003.
 ____, Legislação Antidumping, Lei 9019, de 30 de março de 1995.
 ____, Legislação Antidumping, Resolução do Ministério da Fazenda 1227, de 14 de maio de 1987 (revogada).
 ____, Legislação Antitruste, Lei 4137, de 10 de setembro de 1962 (revogada).
 ____, Legislação Antitruste, Lei 8884, de 11 de junho de 1994.
 ____, Constituição Federal de 1988.
- EUA, Sherman Act of 1890.
 ____, US Antidumping Act of 1921.
 ____, Revenue Act of 1916.
- GATT, General Abreemant on Tariffs and Trade, de 30 de outubro de 1947.
- UE, Legislação Antidumping, Regulamento do Conselho nº 384/96, de 22 de dezembro de 1995.
 ____, Tratado de Roma, de 25 de março de 1957
- WORLD TRADE ORGANIZATION. Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, de 15 de abril de 1994.

6.2. Bibliografia

- AMARAL JÚNIOR, Alberto do, *OMC e o Comércio Internacional*, São Paulo, Aduaneiras, 2002.
- ASSIS, Francisco Arnaldo de, *Direito Antidumping e Compensatório – Retroatividade*, in *Tributação em Revista*, v. 7, n. 30, Brasília, out./dez. 1999, pp. 16-22.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça, *Curso de Direito Civil – Teoria Geral das Obrigações*, 9ª ed., Revista dos Tribunais, 2001.
- BAPTISTA, Luiz Olavo, *Dumping e Anti-Dumping no Brasil*, in AMARAL

- JÚNIOR, Alberto do (coord.), *OMC e o Comércio Internacional*, São Paulo, Aduaneiras, 2002.
- BAPTISTA, Luiz Olavo – RODAS, João Grandino – SOARES, Guido Fernando Silva, *Normas de Direito Internacional*, Tomos I, II, III (vol. 1 e 2), São Paulo, LTr, 2000.
- BARRAL, Welber, *Dumping e Comércio Internacional: A regulamentação Antidumping após a Rodada do Uruguai*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- BLACK, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, St. Paul, West Publishing Co., 1991.
- BRUNA, Sérgio Varella, *O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu exercício*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.
- CABANELLAS, Guillermo, *El Dumping – Legislacion Argentina y Derecho Comparado*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1981.
- CARVALHO, Paulo de Barros, *Curso de Direito Tributário*, São Paulo, Saraiva, 2003.
- CEGALLA, Domingos Paschoal, *Novíssima Gramática da Língua Portuguesa*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 2002.
- COSTA, Lúgia Maura, *Subsídios e Salvaguardas*, in AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.), *OMC e o Comércio Internacional*, São Paulo, Aduaneiras, 2002.
- CUNHA, Ricardo Thomazinho da, *A Aplicação do Acordo Antidumping no Brasil*, in *Revista do IBRAC*, v. 7, n. 5, São Paulo, pp. 27-39.
- CZAKO, Judith – HUMAN, Johann – MIRANDA, Jorge, *A Handbook on Anti-Dumping Investigations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.
- DE CHIARA, José Tadeu, *Moeda e Ordem Jurídica*, Tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.
- DEL CHIARO, José, – SILVEIRA, João Marcos – LEMES, Selma Maria Ferreira, *Fundamentos e objetivos da legislação antidumping*, in, *Revista de Direito Econômico*, n. 25, jun. 1998, pp. 61-70.
- DESTA, Melaku Geboye, *The Law of International Trade in Agricultural Products*, s.l., Kluwer Law International, 2002.
- DI CHIARA, Valério, *L'antidumping Nella Política Commerciale della CEE*, Padova, Cedam, 1989.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2001.

DURLING, James P. – NICELY, Matthew R., *Understanding the WTO Anti-Dumping Agreement: Negotiating History and Subsequent Interpretation*, London, Camaron May, 2002.

FARIA, Werter R., *Constituição Econômica – Liberdade de Iniciativa e de Concorrência*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1990.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio – DA ROSA, José Del Chiaro – GRINBERG, Mauro, *Direitos Anti-“dumping” e Compensatórios: sua Natureza Jurídica e Conseqüências de Tal Caracterização*, in *Revista de Direito Mercanti, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 33, nº 96, out./dez. 1994, pp. 87-96.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 2ª ed., Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986.

FINGER, J. Michael, *Antidumping – How it Works and Who Gets Hurt*, Ann Arbor, University of Michigan, 1993.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga – FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo, *Poder econômico: Exercício e Abuso*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1985.

GALLAGHER, Peter, *Guide to Dispute Settlement*, s.l., Kluwer Law International, 2002.

GOYOS JÚNIOR, Durval de Noronha, *Noronha's Legal Dictionary = Noronha Dicionário Jurídico – English/Portuguese, Português/Inglês*, São Paulo, Observador Legal, 1998.

GRAU, Eros Roberto, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 – Interpretação e Crítica*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

GUEDES, Josefina Maria M. M. – PINHEIRO, Silvia M., *Antidumping, Subsídios e Medidas Compensatórias*, São Paulo, Aduaneiras, 2002.

HOUAISS, Antônio – CARDIM, Ismael (editores), *Novo Dicionário Folha Webster's – Inglês/Português Português/Inglês*, São Paulo, Grupo Folha, 1996.

JACKSON, John H., *The World Trade Organization – Constitution and Jurisprudence*, London, The Royal Institute of International Affairs, 1999.

JOHANNPETER, Guilherme Chagas Gerdau, *Antidumping – Prática Desleal no Comércio Internacional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996.

JOHN, Croome, *Guide to the Uruguay Agreements*, Geneva, Kluwer Law International, 1999.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, trad. por MACHADO, João Baptista, 6ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998.

LAFER, Celso, *Dumping Social*, in BAPTISTA, Luiz Olavo – HUCK, Hermes Marcelo – CASELLA, Paulo Borba (coords.), *Direito e Comércio Internacional: Tendências e Perspectivas – Estudos em Homenagem ao Prof. Irineu Strenger*, São Paulo, LTr, 1994, pp. 161-164

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros, *O “Dumping” como forma de Abuso do Poder Econômico*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 32, nº 91, São Paulo, 1993.

LIMA, José Alfredo Graça, *O Brasil e o Comércio Exterior*, in AMARAL JÚNIOR, Alberto do (coord.), *OMC e o Comércio Internacional*, São Paulo, Aduaneiras, 2002.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano, *Da Concorrência Desleal: o “Dumping” Predatório no Contexto Internacional e no Mercado Interno Brasileiro*, in *Revista de Direito do Mercosul*, v. 2, nº 3, Buenos Aires, junho/1998, pp. 125-128.

MARQUES, Frederico do Vale Magalhães, *O Dumping na organização Mundial do Comércio*, in CASELLA, Paulo Borba – MERCADANTE, Araminta de Azevedo (coords), *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio?*, São Paulo, LTr, 1998

NUSDEO, Fábio, *Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

PALMETER, David, *A Commentary on the WTO Anti-dumping Code*, in *Journal of World Trade: Law, Economics, Public Policy*, v. 30, n. 4, Geneva, pp. 43-69.

RODRIGUES, José Roberto Pernomian, *Os Efeitos do Dumping sobre a Competição*, in *Revista de Direito Econômico*, nº 22, Brasília, jan./mar. 1996.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial – as Condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003.

_____, *Direito Concorrencial – as Estruturas*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.

SOARES, Guido Fernando Silva, *Curso de Direito Internacional Público*, v. 1, São Paulo, Atlas, 2002.

TAVOLARO, Agostinho Toffoli, *A Natureza Jurídica dos Direitos Antidumping*, in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 5, nº 18, São Paulo, jan./mar. 1997, pp. 238-249.

TADDEI, Marcelo Gazzzi, *O dumping e a Defesa Comercial no Brasil*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 39, n. 120, São Paulo, pp. 95-99, out./dez. 2000.

VARANDA, Aquiles Augusto, *A Disciplina do “Dumping” no Acordo Geral de Tarifas Aduaneiras e Comércio: Tipificação de um Delito num Tratado Internacional?*, Tese de doutoramento defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1987, p. 136.

VENTURINI, Gabriella, *L’Acordo Generale Sulle Tariffe Doganali e il Commercio (GATT) – Testi e Casi*, Giufrè, Milano, 1988.

VERMULST, Edwin – WAER, Paul, *The Calculation of Injury Margins in EC Anti-dumping Proceedings*, in *Journal of World Trade: Law, Economics, Public Policy*, v. 25, n. 6, Geneva, dez. 1991, pp. 05-42.

UM OLHAR ESTRANGEIRO SOBRE A EXPERIÊNCIA NORTE AMERICANA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

*Heloísa Carpena**

1. Introdução: visão panorâmica; 2. Sistema jurídico de defesa da concorrência. Sherman Act e sua interpretação no sistema de common law. Critérios de julgamento: Rule of reason. Per se rule. Outros estatutos federais que disciplinam a matéria - Clayton Act, Federal Trade Commission Act - breve histórico de sua aprovação. 3. Estrutura administrativa da defesa da concorrência: os órgãos de atuação – DOJ e FTC. A atuação dos Attorney General nos estados. The public choice theory; 4. A Escola de Chicago: análise econômica do direito da concorrência. Princípios, seus seguidores e críticos; 5. Jurisprudência: leading cases; 6. A proteção da concorrência e o desenvolvimento da indústria do petróleo no Texas; 7. Direito Antitruste atual: o caso Microsoft.

1. Introdução: visão panorâmica

Enquanto no Brasil resumimos a história do Direito da Concorrência a pouco mais de quatro décadas, considerando como marco inicial a edição da Lei 4.137 de 1962, os EUA registram o surgimento das primeiras leis antitruste ainda no fim do século XIX¹. Este dado já seria suficiente para justificar uma análise mais cuidadosa da experiência desse país no tema, mas não é o único. A estrutura do sistema antitruste norte americano, a farta jurisprudência que se formou nas cortes federais e o intenso debate doutrinário que o assunto enseja desde então, tornam certa a contribuição do estudo em sede de Direito Comparado para o desenvolvimento de uma cultura da concorrência em nosso país.

Antes mesmo do advento do Sherman Act (1890), estatuto que até hoje regula a matéria, já se pensava na importância de disciplinar a concorrência

* Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ *Visiting Scholar* na *University of Texas at Austin* (2003) Procuradora de Justiça no Rio de Janeiro

¹ As primeiras leis estaduais de defesa da concorrência foram aprovadas nos seguintes estados: Maryland (1867), Tennessee (1870); Arkansas (1876), Texas (1876); Georgia (1877); Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Michigan, Missouri, Montana, Nebraska, North Carolina, North Dakota, South Dakota, Washington (1889), Kentucky, Louisiana, Mississippi (1890), Alabama, Illinois, Minnesota (1891) e California (1893). (MCCHESENEY, Fred S. & Shughart, William F. *The causes and consequences of antitrust. The public-choice perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1995, p.256).

entre as empresas, seja como forma de proteção dos pequenos negócios, como dos próprios consumidores, num mercado e indústria florescentes, cuja pujança o século seguinte veio por em evidência e para a qual o ideário das normas protecionistas contribuiu decisivamente. A opção pelas pequenas empresas ou pelos consumidores revela ambivalência que é característica do tema, divergindo os estudiosos sobre a determinação dos objetivos das leis antitruste. Esta questão, longe de ser retórica, reveste-se de enorme relevância na medida em que define o conteúdo de elementos da própria lei, definindo portanto os contornos do âmbito de sua aplicação, como veremos em detalhe adiante.

Interessante igualmente observar as mudanças ocorridas na titulação das ações judiciais propostas com fundamento em normas de defesa da concorrência. Enquanto num primeiro momento foram as agências oficiais – dentre elas também o Ministério Público – a tomar a iniciativa de proteger pequenas empresas e consumidores, pouco a pouco transformaram-se as leis antitruste num poderoso instrumento de confrontação das próprias empresas envolvidas², fato que causa a mudança do enfoque de sua análise do público para a esfera do privado, destacando, também nessa área, a indeterminação de fronteiras entre os dois campos do saber jurídico³.

Tal mudança traz para o debate a existência de problemas na estrutura do sistema governamental de defesa da concorrência, muitos deles comuns aos dois países, em especial quanto à escolha do interesse a ser protegido, ou à própria definição do interesse público. Embora não possua um órgão administrativo com funções jurisdicionais, à semelhança do CADE brasileiro, o sistema americano encontra-se organizado a partir de dois poderosos parceiros: o *Department of Justice (DOJ)* e o *Federal Trade Commission (FTC)*, que compartilham as mesmas funções, atuando a nível federal segundo uma divisão

² “*Members of the private antitrust bar also influence antitrust policy and goals. Private suits outnumber public enforcement initiatives at roughly a 10 to 1 ratio. Almost all the Supreme Court’s important decisions of the last two decades have come in privately initiated antitrust suits.*” (Lawrence A. Sullivan & Warren S. Grimes. *The law of antitrust: an integrated handbook*. St. Paul, MN: West Group, 2000, p.9)

³ A doutrina francesa destaca este aspecto, com referência à noção de Direito Econômico, no qual se insere o Direito da Concorrência, confira-se: “...como marca de uma especificidade, o fato de que ele escapa materialmente, substancialmente, à distinção direito público/direito privado. É, ao que parece, um direito misto, se se entender com isto um direito cujas fontes e concretização implicam geralmente uma ‘mistura’ de autoridades públicas e privadas.” (Gerard Farjat. *A noção de Direito Econômico*. Revista de Direito do Consumidor. v. 19. julho/setembro 1996, p. 36)

apenas temática. Não há, portanto, superposição de funções, possuindo esses órgãos divisões regionais, que atuam em colaboração com as autoridades dos estados, quais sejam, os Ministérios Públicos estaduais. Essa organização denota também a proximidade do tema com a proteção do consumidor, eis que esses mesmos órgãos são responsáveis pelos dois assuntos.

A atuação direta do Poder Público põe em destaque o caráter intervencionista da aplicação destas leis, indissociável de um projeto maior de sociedade. Embora atualmente seja consenso a ingenuidade da crença de que as leis antitruste são o “bastião do livre mercado”⁴, não há dúvida quanto ao seu papel de afirmação do sistema capitalista, cujas origens vamos encontrar no clássico de Adam Smith⁵, que já então apregoava a importância da garantia do seu bom funcionamento. Permanece a indagação, mais de dois séculos após, sobre o paradoxo que marca esse ramo do direito, a preservação da liberdade de iniciativa, ao contrário de deixar ao próprio mercado a sua regulação, justifica a vigilância e intervenção do Estado em sua dinâmica.

O objeto da proteção das leis antitruste seria, lá como cá, apenas a preservação da chamada “eficiência alocativa”⁶ ou também lhes incumbiria zelar por melhor distribuição da riqueza produzida?

A questão revela com clareza a natureza interdisciplinar do assunto, a reclamar a verificação do pensamento dos economistas, que nos EUA deram o primeiro passo⁷ para analisar o caráter interventivo do Direito Antitruste, investigando suas causas e conseqüências. Daí encaminhou-se o debate doutrinário entre os juristas, fazendo surgir nos anos 60, no direito norte-americano, a chamada Escola de Chicago, integrada à corrente de pensamento identificada com os ideais do liberalismo clássico, a qual propõe analisar os problemas jurídicos a partir de uma perspectiva puramente econômica: *Law and economics*. O direito da concorrência, como o principal ramo do direito econômico, recebeu deste

⁴ “...we seek to dispel the naive view that antitrust is the bulwark of free markets... antitrust enforcement is shaped largely by private interests and not by the public interest.” (Fred S. Mcchesney & William F. Shughart, *The causes ...* p. X)

⁵ *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Edinburgh: published by Adam, Black and William Tait, 1828

⁶ Assim definida por José Reinaldo Lima Lopes como “a capacidade de produzir mais e melhores bens de consumo” (*Direito da Concorrência e Direito do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor. v. 34. abril/junho 2000, p. 79)

⁷ Vale citar, por todos, Robert Bork, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: Basic Books, 1978

movimento especial atenção, tendo seus autores se dedicado a justificar o ato de intervenção apenas a partir da verificação da eficiência econômica, sem contemplação de valores sociais.

Embora as diferenças sociais no Brasil indiquem de antemão o caminho a ser trilhado, esta corrente doutrinária é extremamente consistente e influente nos EUA, o que indica ser oportuna a investigação de seus princípios e metodologia, quando mais não seja para compreender o alcance das críticas contundentes que vem recebendo da própria doutrina norte-americana.

A seguir, importa lançar o olhar sobre a jurisprudência que se formou nesses anos de aplicação do Sherman Act, não apenas dada a relevância desta fonte do Direito no sistema de *common law*, mas sobretudo a fim de traçar um panorama completo do sistema, tal como funciona atualmente. A história registra importante marcos na análise dos casos pelas Cortes Federais e pela Suprema Corte, desde o julgamento *Standard Oil* (1909) até o *Alcoa case* (1945) e *Grinell* (1966), observando-se uma evolução no entendimento pretoriano no tocante às provas necessárias à demonstração da conduta anticoncorrencial, evolução no sentido da aplicação do *per se rule* até a difusão do *rule of reason*, regra de razoabilidade, menos rígida, tal como ocorre no Direito Brasileiro, tanto em sede de concorrência, como no Direito do Consumidor.

Expressivo exemplo do impacto provocado pela proteção da concorrência na organização industrial americana encontra-se na indústria do petróleo, a qual, no início do século XX, teve seu principal *trust*, capitaneado por John Rockefeller, condenado a se dissolver por decisão judicial, o que possibilitou o crescimento da atividade nas ricas jazidas do Texas não por uma, mas por várias empresas, algumas das quais continuam a existir até hoje, como Texaco, Mobil, Gulf Oil e outras. A ação, proposta pelo Ministério Público, representou um marco na história do direito antitruste⁸, evidenciando tanto a influência que as leis estaduais tiveram na aprovação do *Sherman Act*, como também o poder que estas novas questões envolviam. A questão ensejou grande mobilização social, polarizando os *trustbusters* e os *defenders* em torno de um tema que já havia encontrado acolhida no estado, um dos primeiros a aprovar sua lei de proteção da concorrência, em 1876.

A saborosa história da *Standard Oil*, no entanto, não espelha nem de longe a realidade atual, quando prevalecem em tema de concorrência os litígios entre particulares, e as sanções impostas tem se mostrado menos contundentes.

⁸ “... *the dissolution marked a turning point in the evolution of the modern oil industry market structure*” (Joseph Pratt. *The petroleum industry in transition: antitrust and the decline of monopoly control in oil*. Journal of Economic History v.40, 1980, p. 815)

O relato serve porém de contraponto para a recente – e não menos famosa – história de um outro gigante nos tribunais americanos, a *Microsoft*. Ao contrário do ocorrido na indústria do petróleo, a megaempresa da indústria da informática permanece íntegra, a despeito da comprovação de inúmeras violações às leis antitruste. Vale portanto um relato, ainda que resumido, das duas ações, a demonstrar a importância da missão confiada aos órgãos oficiais de defesa da concorrência, tanto na América quanto no Brasil.

A grande corporação faz parte não apenas da estrutura do sistema econômico norte-americano, mas sobretudo da cultura desse país⁹, tendo forjado verdadeiros ícones do capitalismo: os Rockefeller, Henry Ford, Bill Gates e outros tantos, conhecidos personagens da revista *Fortune*. O Direito da Concorrência, no entanto, também é produto dessa cultura, a despeito de sua natureza claramente intervencionista. Preservar a concorrência significa garantir a própria sobrevivência do sistema capitalista, ao assegurar a observância das regras do mercado em igualdade de condições.

Os primeiros tempos da proteção da concorrência americana não indicaram qualquer preocupação com os consumidores, era a pequena empresa que se queria colocar a salvo dos *octopus*¹⁰ de então, compreendida em harmonia com o pensamento da época e como condição para o desenvolvimento da economia. A articulação das primeiras leis antitruste estaduais, que impulsionaram a aprovação do estatuto federal, não foi motivada por preocupação social referente a qualidade de produtos ou mesmo preços, mas sim por um desejo de conservação das posições da burguesia industrial. Veja-se então como este sistema se encontra hoje estruturado.

2. Sistema jurídico de defesa da concorrência. *Sherman Act* e sua interpretação no sistema de *common law*. Critérios de julgamento: *Rule of reason*. *Per se rule*. Outros estatutos federais que disciplinam a matéria - *Clayton Act*, *Federal Trade Commission Act* - breve histórico de sua aprovação.

A norma de regência da matéria no direito norte-americano é o *Sherman Act*, aprovado em 1890, o qual integra o *United States Code Service*,

⁹“*The large corporation is here to stay. Those who would break it up and confine its operations within national boundaries are at war with history and circumstance. People want large tasks performed – oil recovered from the North Sea, automobiles made by millions to use it. Large tasks require large organizations. That is how it is.*” (John Kenneth Galbraith. *The age of uncertainty*. Boston: Houghton Mifflin Co, 1977, p. 277)

¹⁰ Assim era chamada a *Standard Oil*, destacando seus “tentáculos”, visto que se encontrava espalhada por vários estados americanos, atuando através de inúmeras subsidiárias.

em seu título 15. Embora o direito antitruste possa se dizer *statutory law*, vez que se encontra baseado num estatuto, ele é sobretudo *common law*, na sua lógica e na sua técnica, sendo quase completamente calcado nos precedentes jurisprudenciais¹¹. Esta conclusão se apóia na própria literalidade do estatuto em questão, o qual se encontra redigido em termos imprecisos, a reclamar sua integração pelas decisões dos Tribunais. Não foi outro o propósito do legislador, como se pode extrair das próprias palavras do Senador Sherman, em discurso ao plenário por ocasião da votação da lei:

*“I admit that it is difficult to define in legal language the precise line between lawful and unlawful combinations. This must be left for the courts to determine in each particular case. All that we, as lawmakers, can do is to declare general principles, and we can be assured that the courts will apply them so as to carry out the meaning of the law...”*¹²

Inobstante tenha sido lacônico quanto ao seu conteúdo, o *Sherman Act* definiu uma das principais características do sistema americano, qual seja, o tratamento diferenciado entre atos concertados e atos unilaterais, atraindo a invocação da Seção 1 e 2, respectivamente, e assim submetendo cada espécie de ato a uma disciplina própria, com sancionamento correspondente à gravidade da infração.

A primeira seção do *Sherman Act* trata de acordos restritivos do comércio, declarando sua ilegalidade, vale transcrever:

“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 hereby 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 corpora-

¹¹ Neste sentido leciona Herbert Hovenkamp: “One solution to the problem of ambiguous statutory language and legislative history is to assume that antitrust violations are a kind of common law offense, where judicial precedents defines the substance of legal rules to be applied.” (Federal antitrust policy. The law of competition and its practice. Hornbooks series. S Hornbooks series. Saint Paul, Minn.: West publishing Co., 1994, p.52.). Para um panorama das decisões da common law, em material de concorrência, anteriores ao Sherman Act, vale conferir do mesmo autor: The Sherman Act and the classical theory of competition, Iowa Law Review, v.74, 1989, p. 1019.

¹² 21 Cong. Rec. 2457, 2460. (US v. Topco Associates, Inc. - 405 US 596, 620, 92 S. Ct. 1126)

tion, 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.”

A invocação da *Section 1* pressupõe a existência de contrato, combinação ou conspiração, ou seja, de um acordo de vontades que implique, de qualquer modo, numa restrição ao livre comércio ou a concorrência. A questão deve também envolver o comércio entre mais de um estado, ou com outros países, tornando aplicável a lei federal. Porém, todo contrato mercantil em alguma medida tem por fim restringir ou limitar a atividade de uma das partes em proveito da outra¹³, tornando assim imperioso estreitar a aplicação do preceito. A jurisprudência então, ao interpretar o dispositivo, passou a exigir ainda um outro requisito, qual seja, que a restrição imposta por esse acordo não seja razoável ou justificável (*unreasonable*). Criou-se assim um outro conceito, cujo conteúdo é marcadamente indeterminado: razoabilidade (*reasonableness*).

A Suprema Corte não definiu o alcance desse requisito, tendo construído uma jurisprudência que vem se modificando ao longo do tempo, como será visto em detalhe no item 5 a seguir, e pautando a análise do ato questionado segundo dois critérios de julgamento: o *rule of reason* e o *per se rule*.

A opção do órgão julgador por um ou outro critério determina basicamente a distribuição do ônus da prova, questão essa que, embora seja discutida em outras áreas, constitui indagação característica do direito antitruste norte-americano e portanto tema constante do debate doutrinário¹⁴. Como afirmado textualmente pela Suprema Corte, o *rule of reason* é o critério predominante no julgamento das questões concorrenciais fundadas na Seção 1¹⁵, inobstante seja grande a aplicação do *per se rule*, critério empírico, estabelecido pela reiterada apreciação de

¹³ Na precisa observação do Justice Brandeis, no julgamento de *Board of Trade of City of Chicago v. United States* - 246 US 231, 38 S. Ct. 242 (1918) - pela Suprema Corte: “*Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence.*” (Em tradução livre: todo acordo referente a comércio, toda regulação do comércio, é restritiva. Restringir é da sua própria essência).

¹⁴ James E. Hartley, *The Rule of Reason*, American Bar Association – Antitrust section - Monograph n. 23, 1999; Mark R. Patterson, *Symposium: the future course of the rule of reason: the role of power in the rule of reason*. *Antitrust Law Journal*, v. 68, 2000, p. 429; Richard Posner, *The rule of reason and economic approach*. *University of Chicago Law Review*. v. 45, 1977, p. 1-20.

¹⁵ “...*the prevailing standard of analysis*” [and that the rule of reason is] “*applied for the majority of anticompetitive practices challenged under Section 1 of the Act*”. (*Continental TV Inc. v. Sylvia Inc.* - 433 US 36 97 Ct. 2549 (1977))

determinada conduta pela corte, que termina por conduzir a uma presunção, contra a qual o réu não pode produzir prova em contrário.¹⁶ O critério, além de vantajoso em termos de previsibilidade, favorece ao autor, que somente terá que provar a existência do fato, sem maiores considerações sobre sua causa ou conseqüências.

Poucas são as hipóteses de julgamento segundo a *per se rule*, de que seriam exemplos os *tie-in arrangements* (venda casada), *price-fixing* (acordo para fixação de preços), *group boycotts* (boicote), *horizontal division* (divisão de mercado) e *vertical price maintenance* (preço sugerido), entre outros. As categorias ou classes de conduta tratadas como *per se illegal* foram se modificando na jurisprudência da Suprema Corte com o passar do tempo. A Corte ressaltou a importância dessas regras, sua vantagem na simplificação do julgamento e sua aplicabilidade da seguinte maneira:

‘(T)here are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use. This principle of per se unreasonableness not only makes the type of restraints which are proscribed by the Sherman Act more certain to the benefit of everyone concerned, but it also avoids the necessity for an incredibly complicated and prolonged economic investigation into the entire history of the industry involved, as well as related industries, in an effort to determine at large whether a particular restraint has been unreasonable—an inquiry so often wholly fruitless when undertaken.’¹⁷

Embora a distinção tenha gerado grande discussão conceitual, a dicotomia é aparente pois, como se vê, o estabelecimento do critério de ilegalidade *per se* também envolve um juízo de valor para subsunção da conduta à regra, para num Segundo momento, negar à empresa a produção de provas que demonstrem a inexistência de efeitos anticoncorrenciais, que na espécie são presumidos¹⁸.

¹⁶ *“The per se rule is an empirical rule. To be sure, the legal jargon sometimes requires a judge to hold certain conduct illegal per se as a ‘matter of law’ rather than fact. But the judge arrives at that conclusion only because courts have had sufficient experience with a certain kind of practice that they can comfortably pigeon-hole it into the per se box.”* (Herbert Hovenkamp, *Federal... op.cit.*p.229)

¹⁷ Justice Black, no julgamento *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 US 1, 5, 78 S. Ct. 514, 518, 2 L. Ed. 2d 545

¹⁸ *“In fact, all legal analysis is ‘per se’ to one degree or another. The per se rule says that*

Exatamente o oposto ocorre nas decisões em que se utiliza a *rule of reason* como critério de julgamento. Ainda que tenha sido comprovada a prática do ato, o réu poderá demonstrar a produção de efeitos favoráveis à concorrência, justificando sua conduta e afastando a ilegalidade. Nesses casos, o órgão julgador deverá analisar as condições do mercado como um todo, a parcela de mercado da mercado (*market share*), seu poder de mercado, a história da própria empresa, os efeitos produzidos e os que possivelmente se produzirão, questionando enfim todos os aspectos de fato da questão e exercendo portanto cognição ampla. Vale citar novamente a decisão da Suprema Corte no caso *Chicago Board*, transcrevendo as palavras do Justice Brandeis, que procuram definir o que seja o julgamento segundo essa regra:

*“The true test of illegality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied: its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because a good intention will save an otherwise objectionable regulation or the reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and to predict consequences.”*¹⁹

É evidente que o julgamento segundo a *per se rule* tende a ser mais rigoroso e é possível imaginar que a mesma conduta seja considerada ilegal segundo esta regra e, ao mesmo tempo, legal, por uma análise segundo a *rule of reason*. A prova, nessa hipótese, deve alcançar até mesmo o prejuízo causado aos competidores, ou ao mercado como um todo, o que favorece certamente a posição do réu, considerando-se as naturais dificuldades para demonstrar danos muitas vezes apenas potenciais.

A Seção 2 do *Sherman Act*, por seu turno, cuidou dos atos anticoncorrenciais unilaterais, nos seguintes termos:

once we know a certain amount about a practice we can pass judgment on its legality without further inquiry. The difference between a ‘per se’ and a ‘rule of reason’ standard lies in how much we need to know before we can make that decision.” (*idem*, p.228)

¹⁹ *Board of Trade of City of Chicago et al. v. United States.* (1918)

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, 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.

Basta que a pessoa, ou a empresa, pratique o ato que cria ou pelo menos tenda a criar monopólio, para que este seja considerado ilegal. Não há, nessa hipótese, qualquer acordo de vontades, agindo a empresa unilateralmente. Esse tipo de violação não é tão severamente reprimido quanto aquele da Seção 1, praticado por mais de uma pessoa.

Curiosamente, a mesma conduta pode ser admissível nos termos da Seção 2 e não sê-lo quando praticada por mais de uma empresa, em conluio. Assim ocorre com a decisão de não negociar com determinado concorrente ou com a que determina o encerramento das atividades de um distribuidor, por exemplo. Tais atos, se praticados unilateralmente, por uma só empresa, não podem ensejar conseqüências do ponto de vista da proteção da concorrência. Contudo, havendo um acordo entre empresas para tal fim, segundo os termos da Seção 1, poderão ser considerados ilegais, e portanto proibidos e sancionados.

Para que o ato possa ser enquadrado no disposto na Seção 2, que trata especificamente de monopolização (*monopolization*), o autor precisa definir o mercado relevante (*relevant product market/relevant geographic market*), demonstrar que a empresa possui de poder de mercado (*monopoly power*), considerar a parcela de mercado da empresa (*market share*), bem como a existência de barreiras de entrada de novos competidores. Não basta que a empresa acusada de monopolizar tenha poder de mercado, em termos quantitativos, para caracterizar a infração o autor precisa demonstra que ela efetivamente tem poder de elevar seus preços e excluir concorrentes e que efetivamente adotou conduta monopolística (*anticompetitive or exclusionary conduct*). A prova deste fato – extremamente difícil na prática - pode ser direta ou circunstancial.

Ainda na Seção 2, a lei proibiu a tentativa de monopolizar (*attempted monopolization*), exigindo-se para sua caracterização os seguintes requisitos: conduta monopolística (*monopoly conduct*), a intenção específica de mono-

polizar o mercado (*specific intent to monopolize*) e ainda uma considerável probabilidade de obtenção do monopólio (*dangerous probability of success*). A mera possibilidade de danos à concorrência não é suficiente para configurar a infração concorrencial, é preciso comprovar que a prática do ato questionado muito provavelmente, se autorizado, ensejaria a redução da competição num dado mercado.

Quando se trata de questão fundada na Seção 2, não há a referida dicotomia entre os modelos de análise, não se aplicando portanto a distinção entre *per se rule* e *rule of law*.

Ao contrário do que se esperava, a aprovação do *Sherman Act* deflagrou uma onda de fusões e incorporações de empresas²⁰, na crença de que o estatuto iria proibir a formação de cartéis, mas não estas formas de associação empresarial, envolvendo o próprio controle das companhias. Diante deste fenômeno, a administração subsequente – do Presidente Wilson – aprovou, em 1914, o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*²¹. O *Clayton Act* elencou uma série de práticas anticoncorrenciais, proibindo certos atos tais como: a diferenciação de preços (*price discrimination*), venda casada (*tying arrangements*), venda com exclusividade (*exclusive dealing*). Além de vedar expressamente tais condutas, ampliou a legitimidade das empresas concorrentes para a propositura de ações judiciais e reprimiu mais severamente as fusões e incorporações.

O *FTC Act* criou a agência de implementação da proteção da concorrência e do consumidor, ao mesmo tempo permitindo a imputação de responsabilidade civil às empresas pela prática de atos anticoncorrenciais e condenando a concorrência desleal. O estatuto deu grande poder à agência, inclusive o de identificar outras condutas lesivas à concorrência, além daquelas previstas nos textos legais. O *FTC* detém até hoje tal prerrogativa, exercendo a função de órgão executor das políticas federais antitruste, como será visto em detalhe adiante.

O surgimento de ambos os estatutos, no contexto histórico em que se deu, está associado sobretudo a uma preocupação com a proteção da pequena empresa e não com os consumidores, tendo se verificado o mesmo na história da

²⁰ O período em questão vai de 1895 a 1905, e ficou conhecido como “*merger wave*”. (Hovenkamp, *op. cit.* p. 56)

²¹ 15 USCA par. 12ss e 15 USCA par. 41ss

aprovação de outras leis relacionadas com a matéria: o *Robinson-Patman Act* (1936) e o *Celler-Kefauver Act* (1950). Essas leis introduziram alterações na redação do *Clayton Act* par. 2 e 7, respectivamente, tornando mais rigoroso o controle de preços diferenciados e as fusões e incorporações. Vale conferir a doutrina sobre o assunto:

“Most of substantive federal antitrust laws were passed in four years: 1890, 1914, 1936 and 1950. The legislative history of the Sherman Act of 1890 contains the best case for efficiency view: that Congress intended the anti-trust laws to protect consumers from the high prices and reduced output caused by monopolies and cartels. The legislative history of the Federal Trade Commission Act and Clayton Act of 1914 is somewhat more concerned with the protection of small business from the unfair or exclusionary practices of bigger firms. The legislative history of the Robinson-Patman Act in 1936 and the Celler-Kefauver Amendments to the anti merger provisions of the Clayton Act in 1950 depart much more decisively from any consumer welfare model. In both 1936 and 1950 Congress was concerned chiefly with protecting small business from larger competitors who faced lower costs, even though the result of such protection would be lower total output and higher consumer prices.”²²

Além das demandas entre as empresas (*private enforcement*), hoje mais frequentes e numerosas, a aplicação dessas normas está a cargo de duas instituições públicas, a nível federal, o *Federal Trade Commission* (FTC) e o *Antitrust Division of the Department of Justice* (DOJ). Nos estados, sua implementação é atribuição do *Attorney General’s Office*, que atua em parceria com as agências federais.

3. Estrutura administrativa da defesa da concorrência: os órgãos de atuação – DOJ e FTC. A atuação dos *Attorney General* nos estados. *The public choice theory*

O sistema administrativo norte-americano de defesa da concorrência possui duas características marcantes: é extremamente articulado e abrangente, tanto do ponto de vista geográfico, como quanto às matérias tratadas. A rigor, quando se trata de implementação titularizada por órgãos públicos (*public*

²² Hovenkamp, *op. cit.* p. 50.

enforcement), a legitimidade para propor ações fundadas no *Sherman Act* é exclusiva do Departamento de Justiça. Contudo, conforme disposto no par. 5 do *Federal Trade Commission Act*, esta Comissão pode ajuizar ações para coibir práticas concorrenciais desleais (*unfair methods of competition*), objeto mais amplo, que inclui as condutas proibidas pelo *Sherman Act*, além de outras por este não contempladas. As duas agências têm legitimação concorrente para demandas propostas com fundamento no *Clayton Act*. Assim, evidencia-se a sobreposição de atribuições entre os dois órgãos, fato que justifica uma atuação coordenada de ambos, que dividem entre si as matérias a serem investigadas, conforme melhor disponham de recursos técnicos e de pessoal. Há um procedimento de notificação recíproca, que evita a duplicidade de iniciativas.

A matéria criminal, porém, fica inteiramente a cargo do DOJ, visto que a FTC não possui legitimação para a persecução penal. O ajuizamento de ação penal em razão de prática anticoncorrencial somente ocorre extraordinariamente, eis que depende da inequívoca demonstração da intenção do agente. Sua caracterização envolve uma série de requisitos, a saber: (1) acordo, atual ou até mesmo aparente entre os competidores, (2) que este acordo resulte em aumento de preços e redução de oferta, (3) a existência de fraude e (4) a consciência das prováveis consequências da conduta, lesivas à concorrência.

O DOJ vem adotando atualmente uma estratégia de concentrar seus esforços e recursos na investigação de cartéis internacionais, cuja atuação repercute em relação aos consumidores e empresas norte-americanas. Segundo seus relatórios estatísticos²³, as investigações em andamento se desenvolvem em 25 países, em 6 continentes. Desde 1997, a Divisão obteve condenações a multas que totalizam US\$2 bilhões, tendo sido a maior delas imposta a F. Hoffman-La Roche, integrante do cartel das vitaminas, que alcançou US\$500 milhões, em 1999. Além das multas, as ações criminais propostas pelo órgão resultaram também em condenações a penas de prisão, as quais tem sido em média superiores a 18 meses. No período de 1998 a 2002, mais de 75 anos de prisão foram aplicados a infratores da ordem econômica, sendo quase um terço destes infratores, executivos estrangeiros. A maior pena obtida até então foi de 3 anos de detenção, imposta a Elmore Roy Anderson, por fraude em propostas para licitação visando a realização de obras no Egito, em 2002.

²³ As informações colacionadas estão disponíveis no website: www.usdoj.gov/atr/public/criminal.htm;

A Divisão também funciona como *amicus curiae* em ações cíveis entre particulares versando direito da concorrência, desempenhando função que se assemelha ao parecerismo do Ministério Público brasileiro. O *amicus curiae* não tem interesse no julgamento favorável a qualquer das partes mas, em razão de sua capacidade técnica, colabora para a decisão apresentando um parecer sobre a questão²⁴. Segundo observa a doutrina, tal atuação é criticada por não ser reconhecida como parte de sua atribuição de prevenir e reprimir infrações à ordem econômica²⁵.

Sua atividade mais intensa, contudo, é a de investigação, iniciada a partir de provocação de consumidores ou empresas concorrentes, a qual pode resultar no ajuizamento de ações cíveis e criminais. Há uma fase inicial, chamada *preliminary inquiry*, que se baseia em dados públicos disponíveis e nas informações prestadas pelo próprio reclamante. A seguir, havendo indícios de conduta punível, a Divisão passa a exercer amplos poderes investigatórios, inclusive de expedir intimações e colher depoimentos de testemunhas, além de requisitar documentos.

O procedimento administrativo se encerra com o arquivamento, na ausência de provas suficientes para a ação judicial, ou com a propositura da ação cível ou criminal, ou até mesmo de ambas, podendo ainda terminar com uma espécie de compromisso de ajustamento, pelo qual a empresa se compromete a adotar determinadas medidas. Esses compromissos (*consent decrees*) são acordos extrajudiciais, os quais dependem contudo de ratificação pela Corte. Tais acordos apresentam vantagens para o investigado, pois afastam uma presunção que se forma contra a em-

²⁴ No Black's Law Dictionary, *amicus curiae* está definido como: "A *person with strong interest in or in views on the subject matter of an action, but not a party to the action, may petition the court for permission to file a brief, ostensibly on behalf of a party but actually to suggest a rationale consistent with its own views. Such amicus curiae briefs are commonly filed in appeals concerning matters of a broad public interest, e.g., civil rights cases. Such may be filed by private persons or the government...*" (Black's Law Dictionary. 6.ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990, p.82). Para uma relação de pareceres apresentados pela FTC como *amicus curiae*, consulte em: www.ftc.gov/ogc/briefs.htm; enquanto os dos Attorney General estão em: www.abanet.org/antitrust/committees/state-antitrust/amici.htm;

²⁵ Segundo Hovenkamp: "*The division also participates as amicus curiae in private antitrust actions, often in behalf of defendants. This practice has been criticized as falling outside the Division's jurisdictional authority to 'prevent and restrain' antitrust violations*" (*Federal...* p. 534). Os órgãos estaduais de defesa da concorrência rejeitam tal posição, afirmando ser mais comum o parecer favorável aos autores, manifestado sempre no sentido da preservação do melhor interesse dos consumidores, bem como de sua autoridade para ajuizar suas próprias ações contra uma das partes por infrações à concorrência, se for o caso.

presa que tenha sido anteriormente condenada por infração à ordem econômica, mesmo que se trate de ação proposta por outro particular e não pelo Estado. São títulos executivos, podendo a Divisão levá-los a juízo, caso descumprido o compromisso, porém não servem como prova em demanda ajuizada por outra empresa, sob alegação de prejuízos à concorrência. Os compromissos podem ser revistos pelo próprio órgão, caso haja, por exemplo, modificação na situação de fato existente à época do acordo, não persistindo as razões que o justifiquem.

Merece destaque também o programa de leniência, que constitui um importante instrumento de investigação, largamente utilizado pelo Departamento de Justiça. As normas que regulamentam o programa foram revisadas em 1993 para tornar ainda mais atraente o acordo, passando a prever: anistia automática para o investigado que não possui antecedentes, a possibilidade de concessão mesmo depois de iniciado o procedimento administrativo e a extensão de seus efeitos a todos os diretores e empregados que cooperarem com as autoridades da concorrência, eximindo a empresa do pagamento das multas e os indivíduos, das penas de prisão.²⁶

As linhas de atuação das duas agências são bem definidas e freqüentemente são publicadas sob a forma de *guidelines*, as quais tornam conhecida sua posição em relação a diversas matérias. A mais famosa e largamente implementada²⁷ é a 1992 *Horizontal Merger Guidelines*, editada em conjunto pelos dois órgãos, a qual estabelece critérios para fusões, incorporações e outras formas de associação empresarial, com vistas a preservação da concorrência.

A *Federal Trade Commission*, como visto, foi criada em 1914 como agência regulatória da concorrência e do consumidor. A Comissão é composta por cinco comissários, nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado, para um mandato de 7 anos. Na prática, possui legitimidade para todo tipo de demanda por infração à ordem econômica, exceto as de natureza criminal.

O procedimento instaurado perante a *FTC*, se comprovada a infração, pode resultar numa ordem de *cease and desist*, podendo a Comissão inclusive

²⁶ “[The Division]... have advised a number of foreign governments in drafting and implementing effective leniency programs in their jurisdiction. As a result, countries such as Canada, Brazil, United Kingdom, Germany, France, Ireland, The Czech Republic, The Netherlands and Korea have announced new or revised leniency programs.” (www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/12576.htm)

²⁷ Há várias outras, tais como: *Antitrust enforcement guidelines for international operations* (1995), *Antitrust guidelines for collaborations among competitors* (2000), *Statements on healthcare antitrust enforcement* (1996), *Antitrust guidelines for the licencing of intellectual property* (1995). Vale conferir a íntegra dessas diretrizes em www.usdoj.gov/atr/public/guidelines ou www.ftc.gov/bc/guidelin.htm

impor toda sorte de sanções civis, sempre que já tiver sido determinada anteriormente aquela ordem, ou quando se tratar de violação direta às suas normas e práticas. Embora receba inúmeras reclamações de empresas e consumidores, o procedimento é instaurado de ofício, sendo regulado pela Seção 5 do *FTC Act* e também pelo *Federal Administrative Procedure Act*²⁸.

A Comissão atua em conjunto com o Departamento de Justiça nos casos de análise de atos de concentração, instaurando um procedimento de notificação (*premerger notification*) às empresas que estejam em processo de aquisição. Esse procedimento é regulado pelo *Hard-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act*, de 1976²⁹. Segundo a norma, a compulsoriedade da notificação depende do tamanho das empresas e do valor da operação. Deve ser comunicada a uma das agências toda aquisição em que uma das partes possua faturamento ou ativo igual ou superior a US\$ 100 milhões e a outra empresa, de pelo menos de US\$10 milhões. Além disto, o valor transferido deve ser igual ou superior a US\$ 50 milhões. Quando o valor transacionado for superior a US\$ 200 milhões, a operação deve ser comunicada em qualquer hipótese, independentemente do tamanho das empresas envolvidas. Durante o período em que a operação estiver sob análise, o processo de aquisição ficará suspenso, geralmente por 30 dias, tempo suficiente para a colheita de informações, podendo tal prazo ser prorrogado. As multas por desobediência a essas regras chegam a US\$ 10 mil por dia. Finda a instrução, se a Comissão estiver convencida dos efeitos lesivos da aquisição para a concorrência, ingressará em juízo pleiteando a proibição do ato³⁰.

Em atuação concomitante com a atividade das agências, os Ministérios Públicos dos estados também podem propor ações fundadas nas leis federais de defesa da concorrência, além da implementação das normas estaduais, que lhes compete ordinariamente³¹. São comuns as iniciativas envolvendo uma par-

²⁸ 5 USCA par. 554

²⁹ 15 USC par. 18a

³⁰ Para uma descrição completa das normas que regem a notificação, consulte o website: www.ftc.gov/bc/hsr/introguides.guide1.pdf;

³¹ Herbert Hovenkamp relata uma curiosidade a respeito dessa atuação dos procuradores estaduais: “*The states are considered private persons when they seek enforcement of the federal antitrust laws. As a result, they act in a dual role. Insofar as the relationship between the state attorneys general and the federal law is concerned, the states are simply a special case of the private plaintiff, and most of the restrictions on private enforcement apply to them. But the states attorneys general are also public agencies insofar as their responsibility to their own political constituencies is concerned.*” (*Federal...* p. 539)

ceria entre órgãos estaduais e federais, possuindo estas representações regionais para tal fim. Como no sistema brasileiro das ações coletivas, os *Attorneys General* podem postular indenizações coletivas, em benefício dos consumidores residentes na área de sua competência, não podendo no entanto representar interesses das empresas concorrentes.

Em 1983, foi criada a *Multistate Antitrust Task Force*³² no âmbito da Associação Nacional do Ministério Público (*National Association of Attorneys General- NAAG*), destinada a coordenar ações simultâneas em vários estados, de forma a tornar mais eficiente e constante a atuação dos órgãos estaduais. A criação dessa força-tarefa está relacionada à política adotada pela Administração Reagan (1981/1989), quando a atividade do DOJ e da FTC foi bastante reduzida, tendo sido tomada a iniciativa pelos Procuradores estaduais a fim de suprir omissões das autoridades federais da concorrência. Exemplo eloqüente do sucesso desta atuação coordenada encontra-se no caso Microsoft, iniciado em 1998 quando, após intensa investigação, foi ajuizada ação civil por representantes de 20 estados e do Distrito de Columbia contra a empresa, em razão de conduta anticoncorrencial. A associação publica também suas *guidelines*, as quais, no tocante à definição dos atos de concentração, são bem mais rígidas do que aquelas dos órgãos federais.

A eficiência da atuação das agências oficiais, sua capacidade para determinar o que deva ser objeto de intervenção, para definir o que constitui “interesse público”, tem sido questionada pela doutrina. Elaborou-se então a chamada *public choice theory*, a qual substitui e se opõe à *public interest theory*, para sustentar que os agentes públicos, assim como os agentes econômicos, são movidos por seus próprios interesses e não por uma idéia – vaga e imprecisa – de interesse público. Em linhas gerais, a teoria pode ser assim compreendida:

The model of public choice insists that the same rational, self interesting seeking motives, that animate human action in ordinary markets be applied to decision making in the public sector as well. The assumption that all individuals, in or out of the government, pursue their own self interests is the fundamental tenet to public choice. Just as consumers want to maximize their utility and firms want to maximize their profits, public policy makers

³² As linhas gerais desse projeto, assim como suas realizações estão disponíveis em: www.naag.org/issues/issues-antitrust-mult.php;

*want to maximize their own welfare. (...) In short, homo politicus and homo economicus are the same*³³.

Segundo essa teoria, no tocante à proteção da concorrência, as autoridades dariam prioridade às questões envolvendo grandes empresas, as quais tem espaço garantido na mídia e lhes garantem maiores chances de ascensão profissional, deixando de se ocupar com outros assuntos, de maior relevância para a sociedade³⁴. O caso Microsoft é apontado como exemplo dessa atitude.

A posição declarada das agências, contudo, põe em relevo a proteção dos interesses dos consumidores como objetivo primordial de sua atuação, resolvendo, pelo menos como proposta, a questão básica da escolha entre os consumidores e as pequenas empresas como objeto da tutela da concorrência. A FTC naturalmente deve se inclinar pelos primeiros, haja vista a outra vertente da sua atuação, inteiramente voltado para os direitos do consumidor.

A questão suscita acesa controvérsia sobretudo em doutrina e o debate vem se travando há décadas entre os adeptos da Escola de Chicago e seus opositores, sendo oportuno sintetizar as principais idéias dessa corrente, integrada ao pensamento de *Law and economics*, o qual influenciou gerações de estudiosos nos Estados Unidos, com expressivo reflexos na jurisprudência de suas Cortes.

4. A Escola de Chicago: análise econômica do direito da concorrência. Princípios, seus seguidores e críticos

A principal corrente doutrinária em tema de direito antitruste norte-americano atualmente é a chamada “Escola de Chicago”, a qual se encontra inserida no movimento que alcança todas as áreas do Direito e propõe a análise das questões jurídicas sob uma perspectiva econômica – *law and economics*. Sua importância para o estudo do direito da concorrência é reconhecida até mesmo por seus críticos mais veementes³⁵. A partir da premissa de que todo indivíduo, assim como

³³ William F. Shughart II. Public choice theory and antitrust policy. In The causes and consequences of antitrust. The public-choice perspective. Chicago: The University of Chicago Press, 1995, p.9.

³⁴ O mesmo autor afirma que “...antitrust enforcement is shaped largely by private interests and not by the public interest.” (*idem*, p. X)

³⁵ “The Chicago School has done more for antitrust policy than any coherent economic theory since the New Deal. No one, including myself, can escape its influence on antitrust analysis.” (Herbert Hovenkamp. *Chicago and its alternatives*. Duke Law Journal. December, 1986, p. 1018)

todo e qualquer agente econômico, procura maximizar seus lucros, os conflitos surgidos na sociedade – os quais o Direito se propõe a resolver – devem ser compreendidos dentro da lógica do mercado, como resultantes de barganhas e trocas ocorridas entre as partes da relação litigiosa³⁶. Essa racionalidade se aplica tanto à teoria contratual, como ao direito penal, responsabilidade civil, relações de família, direito de propriedade, e outros ramos³⁷, exigindo do jurista um bom conhecimento da economia, cujos modelos vão se aplicar às relações jurídicas.

No anos 50, apareceram as primeiras obras doutrinárias propondo a análise do direito antitruste segundo tais princípios. Dentre seus cultores, verdadeiros fundadores da Escola de Chicago, destaca-se a obra de Aaron Director, que introduziu os conceitos-chave, que viriam a ser posteriormente desenvolvidos por seus alunos e colegas: Bowman (1957), McGee (1958), and Telser (1960). Dentre os mais ortodoxos, destaca-se o trabalho de Easterbrook (1948), Stigler (1968), Bork (1978) e de Richard Posner (1973), seu mais eloquente e famoso porta-voz³⁸.

A Escola de Chicago, na verdade, se apresenta como mais uma linha doutrinária, sucessora de outras que influenciaram a política antitruste americana ao longo dos anos³⁹, algumas mais liberais que outras, nenhuma delas porém

³⁶ Como define Hovenkamp, “*law & economics extends the domain of the market by bringing into it transactions that were not part of the market as classically defined*” (*Rationality in law and economics*. George Washington Law Review. v.60, 1992, p.293)

³⁷ Para um panorama do campo de aplicação dessa teoria, confira-se, por todos, Richard Posner. *Economic analysis of law*. 4.ed. Boston: Little, Brown & Co., 1992. Seu alcance – e as dificuldades que enseja – foram anotadas por A. Mitchell Polinsky: “*In the last decade over two hundred professional articles have appeared which apply economic analysis to topics such as property rights, liability rules, defective products, automobile accidents, crime control, jury conscription, breach of contract, the court system, contingent fees, and class action suits. Much of this literature is inaccessible to the average lawyer because it is technically sophisticated, interdisciplinary, or oriented towards doctrinal controversies.*” (*Economic analysis as a potentially defective product: a buyer’s guide to Posner’s economic analysis of law*. Harvard Law Review, v.87, June, 1974, p. 1655)

³⁸ Para uma repertório das primeiras obras da Escola de Chicago, confira-se em Yale Brozen (org.) *The competitive economy: selected readings*. Morristown, NJ: General Learning Press, 1975.

³⁹ “*If one hundred years of federal antitrust policy have taught us anything, it is that antitrust is both political and cyclical. Almost every political generation has abandoned the policy of its predecessors in favor of something new. Antitrust policymakers have created the common law school, the rule of reason school, the monopolistic competition (New Deal) school, the workable competition school, the liberal school, and the law and economics, or Chicago, school.*” (Herbert Hovenkamp. *Antitrust policy after*

isenta de um enfoque econômico da questão da concorrência. Este “*economic approach*” que a Escola propõe não surgiu, como seus adeptos afirmam, nos anos 70 ou 80, o que ocorreu foi simplesmente a substituição do modelo econômico para analisar o fenômeno da concorrência. A proteção da concorrência, em todos os tempos, esteve associada à análise econômica, em maior ou menor escala. Na época da aprovação do *Sherman Act*, por exemplo, os debates foram marcados pela participação ativa de economistas, a maioria dos quais desenvolveu teorias se opondo à política de intervenção, procurando identificar benefícios para os consumidores num mercado concentrado. Desde então, a análise das questões da concorrência jamais se afastou de um conteúdo econômico.

A data escolhida para marcar a mudança de paradigma é arbitrária e controvertida, alguns sustentam que teria ocorrido em 1977, quando a Suprema Corte decidiu o caso *Continental T.V. v. GTE Sylvania* (433 U.S. 36), adotando o critério de julgamento da razoabilidade, enquanto outros apontam o ano de 1981, no início do Governo Reagan, quando foi nomeado William F. Baxter para chefiar a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça. A partir daí a Escola de Chicago passou a exercer marcante influência na política antitruste, impondo novos objetivos e uma nova maneira de analisar tais questões.

O modelo proposto pela Escola de Chicago se contrapõe às idéias dos organizacionistas, os quais sustentam a prevalência de um modelo baseado na organização industrial. Estes seriam representados pela chamada Escola de Harvard, assim reconhecida pelos próprios *chicagoans*, a qual, no entanto, não se apresenta articulada como aquela. Ao contrário, seus mais proeminentes defensores não se vinculam à Harvard, pertencendo a diferentes instituições de ensino por todo o país, estando, talvez por isto mesmo, menos organizados como “escola”⁴⁰.

A principal característica da Escola é a defesa da eficiência econômica como o único objetivo do direito da concorrência, além da aplicação da teoria de preços neoclássica como a ferramenta necessária para maximizar esta eficiência⁴¹. Mas, afinal, o que é eficiência?

Chicago. Michigan Law Review, v.84, November, 1985, p. 213) Este famoso artigo do Prof. Hovenkamp foi replicado por Frank Easterbrook: *The workable antitrust*. Michigan Law Review. v. 84, 1986, p. 1696

⁴⁰ Assim Herbert Hovenkamp (University of Iowa), Eleanor Fox (New York University), Sullivan (University of Arizona), Robin Malloy (Syracuse University, NY), entre muitos outros, exceção feita a Areeda e Turner, ambos provenientes da Harvard Law School.

⁴¹ Assim refere Posner: “*The Chicago school has largely prevailed with respect to its basic point: that the proper lens for viewing antitrust problems is price theory.*” (*The Chicago school of antitrust analysis*. University of Pennsylvania Law Review. v. 127, 1979, p. 930)

Os economistas apresentam muitas definições para o conceito, a primeira delas é de eficiência produtiva, que se exprime numa relação entre custo e preço (*inputs/outputs*). Assim, uma empresa que consegue colocar no mercado um produto ao preço de R\$ 100,00, cujo custo é de R\$ 90,00, é mais eficiente do que aquela que produz o mesmo produto a R\$ 99,00. Segundo Chicago, é o mercado – e não as leis antitruste – quem pune a ineficiência, com redução de lucros, perda de parcela de mercado e, em casos extremos, com a saída da empresa de determinado mercado. Assim, a eficiência produtiva não deve ser uma preocupação do agente da concorrência, a não ser num sentido negativo, para legitimar condutas que impliquem em aumento da eficiência, sem aumento de poder de mercado, e também para recusar a condenação práticas que impliquem apenas em aumento dessa eficiência, somente por esta razão.

Mais complexo é o conceito de eficiência alocativa, que se refere ao bem-estar da sociedade como um todo e cuja mensuração, naturalmente, apresenta maiores dificuldades. Em linhas gerais, seria mais eficiente a situação A se o grupo por ela afetado estiver melhor do que na situação B. Dados os interesses conflitantes na maioria dos casos relativos à concorrência, é bastante difícil sua ponderação sem um modelo ou paradigma a seguir.

O modelo econômico mais utilizado para determinar a eficiência alocativa foi desenvolvido no início do século XX por Vilfredo Pareto. Segundo sua definição, determinada situação (A) será mais eficiente (*Pareto optimal*) se a mudança de A para B implicar em adicionar benefício a pelo menos uma pessoa, sem impor qualquer prejuízo a outra pessoa. Diz-se então que a situação A é “*Pareto superior*”. É evidente que o modelo apresenta restrições insuperáveis e, se aplicado na sua literalidade, praticamente todas as políticas públicas fracassarão no teste da eficiência alocativa. Assim, passou-se a aplicar um subproduto deste modelo, o “*potential Pareto efficiency*”, menos ortodoxo, e que permite considerar eficiente uma mudança em que os ganhos experimentados pelo grupo que efetivamente ganha com ela forem maiores do que as perdas impostas ao grupo que perde com a nova política introduzida. De qualquer forma, o aplicador deste modelo deverá ser capaz de quantificar esses ganhos e perdas a fim de confrontá-los, o que nem sempre envolve dados objetivos e da mesma espécie. Haverá uma “zona cinzenta” significativa, tornando difícil essa valoração⁴².

⁴² Analisando esse aspecto controvertido do modelo de Pareto e sua complexidade para medir a eficiência alocativa no “mundo real”, Hovenkamp observa: “*The market efficiency model provides considerable conceptual guidance in identifying efficient rule changes, provided that one accepts the limitations imposed by the model itself. For example, it can*

Nesta perspectiva, a Escola de Chicago conclui que o problema se resolve assumindo que “um dólar possui o mesmo valor para todos”, ou seja, que a moeda é o denominador comum que permite efetivar essas comparações e assim decidir o que é eficiente ou não. Todas essas premissas, como é óbvio, são controvertidas e largamente combatidas, vez que ensejam uma série de problemas e perplexidades. Na verdade, ao considerar que todo interesse tem uma expressão econômica, ou seja, que é mensurável economicamente, esses teóricos estão na verdade desconsiderando outros valores que possivelmente estarão envolvidos e que se referem a um outro conceito, de utilidade.

As comparações de utilidade serão possíveis se esta puder ser medida objetivamente, considerando o indivíduo “médio” ou “típico”, como também em termos de transferência de riqueza, ocorrida em razão de determinada mudança. Tais comparações, contudo, deixam de ser possíveis quando se pretende mensurar subjetivamente, segundo o que o indivíduo ou grupo de pessoas envolvido realmente deseja, ou segundo outros valores implicados no tema. Vale citar o exemplo dado por Posner, pretendendo esclarecer os conceitos de valor, utilidade e eficiência, e ao mesmo tempo revelando a lógica que preside o debate:

“Suppose that pituitary extract is in very scarce supply relative to the demand and is therefore very expensive. A poor family has a child who will be a dwarf if he does not get some of the extract, but the family cannot afford the price and could not even if they could borrow against the child’s future earnings as a person of normal height; for the present value of those earnings net of consumption is less than the price of the extract. A rich family has a child who will grow to normal height, but the extract will add a few inches more, and his parents decide to buy it for him. In the sense of value used in this book, the pituitary extract is more valuable to the rich than to the poor family, because value is measured by willingness to pay, but the

easily be shown that the move from competition to monopoly in a particular market is inefficient by the potential Pareto criterion. [...] However, the ease with which allocative efficiency can be quantified within the confines of the market efficiency model belies the many complexities of measurement in the real world. For one thing, in a market economy every change imposed on one market affects dozens of other markets as well. Furthermore, the allocative effects of monopoly in multiple markets may tend to cancel each other out. In that case it is not at all clear that the elimination of monopoly in a single market will be Pareto efficient. Although the existence of such problems of ‘second-best’ is widely accepted, the degree to which the problem frustrates the pursuit of allocative efficiency in the real world is quite controversial.” (Antitrust policy..., p. 227/228)

extract would confer great happiness in the hands of the poor family than in the hands of the rich one."⁴³

Os objetivos não-econômicos, de que seria exemplo a preservação da pequena empresa ou a confiabilidade do mercado, são desconsiderados precisamente porque não podem ser mensurados, não "cabem" dentro do modelo proposto. A conclusão se encontra em harmonia com a teoria econômica neoclássica, a qual, como visto, instrumentaliza o enfoque dado pela Escola de Chicago ao direito da concorrência. Tal teoria, que reedita o modelo clássico, simplesmente não cogita de valores sociais ou propósitos distributivos⁴⁴.

A primeira crítica que se faz então pode ser resumida na seguinte indagação: será que a eficiência é realmente o que importa, quando procuramos identificar os objetivos da proteção da concorrência?

A posição da Escola de Chicago, em relação às políticas da concorrência, se baseia em quatro premissas⁴⁵: (1) a sociedade na qual a eficiência alocativa ou bem-estar é maximizada é melhor do que uma outra que não seja, em qualquer hipótese, mais bem-estar é melhor do que menos; (2) as políticas de maximização do bem-estar social não devem se preocupar em como se distribui a riqueza; (3) a preocupação com a distribuição de riqueza reflete conflitos políticos entre grupos de interesse e não pode ser justificado cientificamente; (4) os efeitos da eficiência e da distribuição de riqueza podem ser analisados separadamente, não são interdependentes.

⁴³ *Economic analysis of law*. 4.ed. Boston: Little, Brown & Co., 1992, p. 13. Sobre tal afirmação, vale conferir a crítica de Ronald Dworkin: "*He [Posner] says that the value of some scarce resource to a particular individual is measured by the amount of money he is willing to pay for it, so that community welfare is maximized when each resource is in hands of someone who would pay more than anyone else to have it. But that is hardly a self-evident or neutral conception of value. It is congenial to a political theory that celebrates competition, but far less congenial to a more egalitarian theory, because it demotes the claims of the poor who are willing to spend less because they have less to spend.*" (*Taking rights seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1979, p.97)

⁴⁴ As referências históricas foram oportunamente referidas por Hovenkamp: "*The classical model originated before the rise of Big Government during the New Deal, and therefore before the State had become explicitly involved in the redistribution of social wealth. In the eighteenth century the redistribution of wealth was not perceived to be an important state function. Within the market efficiency model, wealth distribution is not an 'economic' concern at all.*" (*Antitrust policy...* p. 221)

⁴⁵ Hovenkamp, *op.cit.* p.230.

Acreditam esses doutrinadores que a maioria dos mercados é competitiva, ainda que haja um pequeno número de empresas, logo, a concentração, *a priori*, não constitui um problema anticoncorrencial. Em apoio a essa conclusão, afirmam que um grande número de indústrias somente alcança economias de escala quando fortemente concentradas. Altos níveis de concentração, portanto, não devem ser uma preocupação no momento de elaborar políticas, mesmo porque o monopólio, quando existe, tende a se auto-corriger, pois o preço praticado pelo monopolista atrairá necessariamente novos concorrentes ao mercado, reequilibrando-o. Tal conclusão, por seu turno, depende da inexistência de barreiras de entrada⁴⁶, negadas por Chicago. As únicas barreiras existentes seriam aquelas criadas pela própria política antitruste.

Toda essa formulação faz sentido a partir da crença de que as empresas são maximizadores de lucros e vão agir sempre segundo essa lógica. Em suma, os *chicagoans* defendem a aplicação das leis antitruste somente no sentido de punir as empresas ineficientes e estimular as eficientes. Curiosamente, afirmam que a decisão sobre a aplicação deste modelo não é política⁴⁷, afastando-a assim do processo democrático, bem como de qualquer consideração que contemple valores não econômicos. A afirmação do caráter apolítico dessas idéias demonstra sem sombra de dúvida a faceta mais conservadora da Escola de Chicago. Com efeito, ao rejeitar claramente uma maior intervenção no domínio econômico, propõe a volta do Estado liberal, neutro e indiferente às demandas sociais. Os beneficiários dessa política são facilmente identificáveis: as grandes empresas e as empresas verticalmente integradas. Dentre os perdedores, as pequenas empresas e os consumidores.

Embora apregoe a convergência entre as duas escolas, Posner reconhece a persistência de significativas diferenças entre os dois modelos, segundo

⁴⁶ A própria definição do que são barreiras de entrada é controvertida no direito norte-americano. Vale citar as mais representativas das duas escolas: "... *the extent to which, in the long run, established firms can elevate their selling prices above the minimal average costs of production and distribution without inducing potential entrants to enter the industry.*" (Joe Bain, *Barriers to new competition*. New York: Wiley, 1966). "... *entry barriers are costs that a prospective entrant must incur at or after entry, that those in the market did not have to incur when they entered.*" (George Stigler. *The organization of industry* Buffalo, NY: W. S. Hein, 1983). Segundo a definição de Bain, economias de escala são consideradas barreiras, enquanto para Stigler, não. A primeira concepção é a adotada pela FTC.

⁴⁷ Confira-se em Richard Posner. *The economics of justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981. E para uma crítica a essa posição: Robert Pitofsky. *The political content of antitrust*. University of Pennsylvania Law Review. v. 127, April 1979, p. 1051.

ele, no tocante ao significado da concentração empresarial⁴⁸ e quanto aos objetivos de uma política de desconcentração.

O dogma contido na afirmação “antitrust protects competition not competitors”, o qual anima a Escola de Chicago, há que ser compreendido com reservas. Entre ganhadores e perdedores, a escolha dos objetivos da proteção da concorrência deve se pautar pela supremacia dos valores eleitos como prevalentes em determinada sociedade, num determinado momento histórico.

5. Jurisprudência: *leading cases*

O Direito americano, como é sabido, tem como principal fonte a jurisprudência – *case law* – além de um sistema de precedentes que torna indispensável o estudo das decisões judiciais para compreensão do desenvolvimento de determinado ramo da ciência jurídica. No tocante ao direito da concorrência, em especial, observa-se uma evolução no sentido do crescimento do *rule of reason* como critério de julgamento. Cada vez mais, a Suprema Corte invoca o juízo de razoabilidade para determinar o caráter anticompetitivo de determinada conduta trazida à sua apreciação. Assim, o estatuto – *Sherman Act* – foi sendo paulatinamente lapidado, acrescidas às suas palavras outros conceitos, cuja definição a Corte vem delineando ao longo dos anos, ao sabor das mudanças políticas e econômicas ocorridas desde então. Vale lembrar a afirmada ambivalência do direito da concorrência norte-americano, a um só tempo *statutory law* e *common law*.

O breve histórico e comentário sobre alguns *leading cases* portanto se impõe, tendo sido selecionados os mais representativos da referida evolução.

Standard Oil Company of New Jersey v. United States

O primeiro caso⁴⁹ do direito antitruste a ganhar notoriedade foi o do

⁴⁸ Partindo da premissa de que a concentração não constitui um problema em si, *chicagoans* se referem à hipótese – extraordinária – de persistir o fenômeno, explicando-o da seguinte maneira: “*Persistent concentration implies either that the market in question simply does not have room for many firms (economies of scale) or that some firms are able persistently to obtain abnormal profits by cost reductions or product improvements that competitors and new entrants are unable to duplicate. Neither case is an attractive one for public intervention designed to change the market structure. The Harvard reply is that there is an alternative explanation for persistent concentration in particular industries: barriers to entry.*” (*The Chicago school...* p. 931-938)

⁴⁹ 221 US 1, 31 S Ct. 502

gigante do petróleo capitaneado por John Rockefeller, no início do século XX. A história desse grupo de empresas – o *octopus* – confunde-se com a própria história da indústria do petróleo nos Estados Unidos e com o desenvolvimento do Texas, onde se localizavam as mais ricas jazidas do produto. Os efeitos do julgamento e as circunstâncias que envolveram o caso serão examinadas em detalhe no item 6, cabendo aqui apenas fazer alguns comentários sobre a decisão. Pela primeira vez, a defesa da concorrência como regulação “mostrou seus dentes”, ou seja, evidenciou sua força e importância.

O caso data de 1911, tendo a Suprema Corte apreciado e confirmado quase integralmente em grau de apelação o julgamento do *Circuit Court for the Eastern District of Missouri*. A ação foi apresentada pelo *Attorney General*, com fundamento na Seção 1 do *Sherman Act*, alegando a existência de acordo entre várias pessoas e empresas, relativo à compra, transporte, refino e venda de petróleo e seus subprodutos, com o propósito de fixar preços, limitar a produção, controlar a distribuição, constituindo portanto restrição ao comércio entre vários estados e monopolização. O relato dos fatos alude, num primeiro período (1870-1882), à obtenção pelo *trust* de tarifas privilegiadas para o transporte ferroviário dos produtos, controle dos oleodutos então disponíveis e o controle de 90% dos negócios envolvendo petróleo em todo o país. Num segundo momento (1882-1899), o grupo organizou-se, passando a ser gerenciado em seus negócios, empresas e sociedades por nove *trustees*, o que também denotaria restrição ao comércio e violação à lei. Segundo tal acordo, o *trust* deveria existir “(...) *during the lives of the survivors and survivor of the trustees named in the agreement and for twenty-one years thereafter*”, dispendo detalhadamente sobre os métodos de controle e gerenciamento do patrimônio, bem como sobre sua expansão por vários estados. O terceiro período analisado, que vai da celebração do acordo até o ajuizamento da ação, o *trust* passa a operar através da *holding*, que possui a maior parte das ações de todas as empresas do grupo (39). O capital social da companhia cresceu, em pouco mais de dez anos (1892-1910), de 10 para 110 milhões de dólares.

A defesa demonstrou que tanto a origem como o desenvolvimento de tamanho grupo empresarial deu-se legalmente, fruto da coragem e capacidade de seus administradores, inexistindo a alegada violação à lei antitruste. A Suprema Corte, apreciando tais argumentos, passa a analisar o significado da proibição contida no estatuto, à luz da *common law*, buscando no direito inglês as origens do termo “restrição ao comércio” (*restraint of trade*), referindo também às circunstâncias que ensejaram a aprovação do *Sherman Act*⁵⁰.

⁵⁰ (...) *the vast accumulation of wealth in the hands of corporations and individuals*,

A repulsa ao monopólio se justifica em razão de três efeitos: o poder de fixar preços, de limitar a produção e o perigo de diminuir a qualidade de produtos e serviços. Segundo a *common law*, os monopólios seriam ilegais por importar em restrição à liberdade contratual⁵¹. A liberdade individual deveria ser limitada quando, pela natureza e circunstâncias do negócio se estabelecesse a presunção de que tal prerrogativa se destina a provocar um aumento indevido nos preços. Nesse ponto, se introduz a idéia de razoabilidade, juízo segundo o qual será avaliada a conduta da empresa. Os limites dessa atuação serão determinados “*by the light of reason*”. A Corte então conclui pela existência de monopólio e pela prática de restrições ao comércio, destacando que a dominação sobre a indústria do petróleo não resultou de “*normal methods*”, visando sobretudo excluir outros concorrentes do mercado.

A condenação proibiu a empresa de New Jersey de exercitar seus poderes de proprietária sobre as ações das companhias subsidiárias, ao mesmo tempo proibindo estas de pagar-lhe qualquer valor a título de dividendos. O decreto determinou portanto a dissolução do grupo, sem privar os acionistas dos poderes de celebrar contratos e acordos, desde que não tivessem por fim restaurar a estrutura do *trust*. O período de 30 dias concedido pelo órgão *a quo* para cumprimento da decisão foi estendido para 6 meses, tudo de forma a não causar prejuízo aos acionistas, destacando ainda que um dos objetivos fundamentais do estatuto é proteger, e não destruir, direitos de propriedade.

A decisão teve um voto vencido – Justice Harlan – insurgindo-se contra a interpretação dada ao *Sherman Act* pela Corte, que teria exercido “*judicial legislation*” indevidamente, ao acrescentar à lei palavra que ela não contém, qual seja, “*unreasonable*”.

the enormous development of corporate organization, the facility for combination which such organizations afforded, the fact that the facility was been used, and that combinations known as trusts were being multiplied and the widespread impression that their power had been and would be exerted to oppress individuals and injure the public generally.” O voto vencido, do Justice Harlan, refere às mesmas circunstâncias: “*The nation had been rid of slavery, but the conviction was universal that the country was in real danger from another kind of slavery sought to be fastened on the American people; namely, the slavery that would result from aggregations of capital in the hands of a few individuals and corporations controlling, for their own profit and advantage exclusively, the entire business of the country, including the production and sale of necessaries of life.*”

⁵¹ “...the freedom of the individual right to contract, when not unduly or improperly exercised, was the most efficient means for the prevention of monopoly.”

Board of Trade of City of Chicago et al. v. United States

Sete anos depois da dissolução da Standard Oil, em 1918, a Suprema Corte apreciou outro caso⁵² que muito contribuiu para o desenvolvimento do direito da concorrência. Chicago era então líder mundial no mercado de grãos e seu *board of trade* constituía um centro de comércio, o qual concentrava praticamente todos os negócios envolvendo esses produtos. Seus 1600 membros incluíam corretores, vendedores comissionados, proprietários de moinhos e elevadores, e os produtos ali negociados recebiam uma classificação, segundo as normas do *Board*, atestando peso e qualidade dos grãos. Nas sessões ordinárias, que se realizavam diariamente de 9:30 às 1:15 eram negociadas vendas à vista, referentes a mercadorias já localizadas em Chicago, e vendas futuras, para entrega posterior. Sessões especiais, denominadas *the call*, eram realizadas após o fechamento, somente para negócios “*to arrive*”, referente a mercadorias em trânsito para Chicago. Segundo as regras do *Board*, nessas sessões somente os membros podiam participar, embora pudessem ser feitas transações para eles próprios ou para terceiros. Ficava assegurada a liberdade de qualquer membro para negociar com outro membro a qualquer hora, mesmo após o encerramento do *call*, e também com terceiros, desde que fora do *Board*. Em 1906 foi introduzida a “*call rule*”, segundo a qual todos os membros ficavam proibidos de comprar ou oferecer para compra qualquer grão “*to arrive*”, durante o período entre o fechamento do *call* e a abertura da sessão ordinária do dia seguinte, por preço diverso daquele praticado no fechamento.

Em 1913 foi então ajuizada ação pública, sob alegação de que a *call rule* constituía restrição à concorrência. Os réus admitiram a existência e aplicação da regra, rejeitando contudo seu caráter anticompetitivo. Ao contrário de provocar restrição ou controle de preços, alegaram ter sido a regra implantada para quebrar o monopólio exercido por alguns atacadistas de Chicago.

A Corte afirma então que qualquer acordo referente ao comércio implica em alguma forma de restrição, devendo ser feito um “teste de legalidade”, analisando amplamente as circunstâncias do negócio⁵³, tais como a natureza, o fim e os efeitos da prática questionada. Concluiu afinal que a *call rule*, embora aparentemente restritiva, é comum em organizações dessa natureza e não produziu efeitos sobre os preços praticados mas, ao contrário, melhorou as condições do mercado, ficando desta forma afastada sua ilegalidade.

⁵² 246 US 231, 38 S. Ct. 242

⁵³ V. nota 16.

United States v. Trenton Potteries Company et al.

Em 1927, a Suprema Corte apreciou o recurso⁵⁴ do *Attorney General* em ação proposta contra 20 indivíduos e 23 empresas, acusadas de atos anticoncorrenciais, com fundamento na Seção 1 do *Sherman Act*, consistentes em acordo para a fixação de preços e concessão de exclusividade a um grupo determinado – *legitimate jobbers* - para venda de louças sanitárias. Os réus são fabricantes e distribuidores desses produtos, detentores 82% do mercado nacional, e nessa qualidade constituíram uma associação denominada *Sanitary Potters' Association*.

A defesa se concentrou na alegação da inexistência de prejuízo aos consumidores, tendo em vista que os preços fixados seriam razoáveis. Tal argumentação foi rechaçada, ficando consagrado o entendimento, já esposado em precedentes da Corte, de que a manutenção da competição, em qualquer hipótese, é o propósito do estatuto e não pode ser afastada⁵⁵. Além disto, a restrição deve ser avaliada à luz de seus efeitos com relação à competição, sendo certo que o efeito da fixação de preços é a eliminação de concorrentes. A ilegalidade da conduta foi reconhecida pela Corte, ssegundo a *per se rule*, afirmando que a razoabilidade da restrição não importa na consideração da razoabilidade dos preços⁵⁶.

International Salt Co. Inc. v. United States

A decisão neste caso data de 1947⁵⁷. Trata-se da maior produtora de sal industrial dos EUA, detentora ainda de patentes de duas máquinas usadas no processamento do produto. Uma delas - *lixator* – era usada para dissolver o sal bruto, para vários fins industriais, a outra – *saltomat* – injetava tabletes de sal durante a fabricação de produtos enlatados. A empresa concedia o licenciamento das máquinas, desde que o licenciado adquirisse também o sal bruto e os tabletes a serem processados. A empresa celebrara 790 contratos de licenciamento da *lixator* e 73 da *saltomat*, tendo vendido 119 mil toneladas de sal para uso nessas

⁵⁴ 273 US 392, 47 S.Ct. 377

⁵⁵ “...it cannot be doubted that the Sherman Law and the judicial decisions interpreting it are based upon the assumption that the public interest is best protected from the evils of monopoly and price control by the maintenance of competition.”

⁵⁶ “The reasonable price fixed today may through economic and business changes become the unreasonable price of tomorrow.”

⁵⁷ 332 US 392, 68 S. Ct. 12

máquinas. Foi proposta ação civil, com fundamento em violação à Seção 1 do *Sherman Act* e Seção 14 do *Clayton Act*.

A empresa defendeu-se alegando que os contratos da *lixator* não previam exclusividade na compra do sal, dispondo que caso o licenciado encontrasse menor preço no mercado, estaria livre para adquirir o produto de terceiro, caso a licenciadora não fosse capaz de vender por igual preço. Os contratos da *saltomat* também não seriam ilegais, visto que o licenciado se beneficiaria de todas as reduções de preço concedidas pela empresa. A ré sustentou ainda que, tendo ela a obrigação de dar assistência técnica e garantir o funcionamento das máquinas, seria razoável exigir que os licenciados adquirissem sal de qualidade superior, a fim de reduzir os custos de manutenção dos equipamentos.

A ré foi condenada, embora reconhecido o direito à imposição de restrições de boa-fé, destinadas à assegurar o bom funcionamento do produto licenciado, foi declarada a ilegalidade *per se* da conduta. Os acordos entre a patenteadora e as licenciadas foram proibidos por serem tendentes a criar monopólio. A Corte reconheceu o caráter restritivo da patente, afirmando contudo que tal direito não confere à empresa licenciadora o poder de praticar a venda casada, restringindo o comércio de produto não patentado, no caso, o sal⁵⁸.

United States v. Arnold, Schwinn & Co. et al.

Schwinn é uma empresa familiar, fabricante de bicicletas e peças e acessórios para bicicletas. O caso⁵⁹, julgado em 1967, se inicia com a acusação formulada pelo *Attorney General* sobre a existência de uma conspiração desde 1952 envolvendo fixação territórios exclusivos para atacadistas e intermediários e acordos com franqueados. Os métodos de distribuição foram apontados como ilegais, segundo a *per se rule*. Em 1951, a empresa possuía a maior parcela do mercado de bicicletas – 22,5% - enquanto em 1961, esta caiu para 12,8%. Schwinn vendia seus produtos diretamente ou através de atacadistas, sendo 84% de suas vendas através de lojas especializadas. Esses lojistas e distribuidores não eram exclusivos, podendo vender outras marcas de bicicleta. Com o fim da 2ª. Guerra Mundial, a

⁵⁸ “*Of course a lessor may impose on a lessee reasonable restrictions designed in good faith to minimize maintenance burdens and to assure satisfactory operation. (...) but it is not pleaded, nor is it argued, that the machine is allergic to salt or equal quality produced by anyone except International.(...) Rules for the use of leased machines must not be disguised restraints of free competition, though they may set reasonable standards which all suppliers must meet.*”

⁵⁹ 388 US 365, 374, 87 S.Ct. 1856

empresa passou a franquear sua marca. O franqueado também podia vender outras marcas, no entanto, devia promover as bicicletas Schwinn pelo menos em igualdade de condição com as demais. O número de franqueados era limitado por área e cada um deles somente podia adquirir de um distribuidor autorizado e vender a consumidores, ficando proibido de vender a varejistas não franqueados. Os atacadistas, por seu turno, possuíam territórios específicos e exclusivos e eram autorizados a vender somente para franqueados. Não havia, portanto, concorrência entre os distribuidores. Trata-se então de restrição vertical.

A *District Court* considerou o método de distribuição ilegal, consituindo violação *per se* ao estatuto. A Suprema Corte porém afastou a aplicação da *per se rule*, por não haver fixação de preços, e decidiu analisar o caso segundo a *rule of reason*, investigando se a conduta questionada seria justificável e se teria produzido efeitos nocivos ao mercado, no tocante à concorrência⁶⁰. Ou seja, a legalidade da prática adotada pela empresa foi determinada segundo os efeitos concorrenciais produzidos no mercado.

O julgamento então consistiu em determinar até que ponto o fabricante pode restringir verticalmente, selecionando áreas e pessoas para quem seu produto pode ser revendido. Analisando o mercado como um todo, a Suprema Corte deu provimento em parte ao recurso, decidindo que, no tocante ao sistema de franquia, conservando o fabricante a propriedade das mercadorias, a restrição imposta era razoável. Somente quanto aos produtos vendidos diretamente ao varejista, haveria violação *per se*, por ter sido transferida a propriedade dos bens.

Houve ainda dois votos divergentes – *Justices* Stewart e Harlan – destacando que o método de distribuição implantado como técnica de *marketing* foi a “salvação” da empresa e, embora tenha reduzido sua participação no mercado, aumentou suas vendas. Logo, a justificativa comercial apresentada seria razoável, pretendendo a empresa selecionar seus revendedores de modo a tornar mais eficiente e qualificado o serviço prestado ao consumidor, principalmen-

⁶⁰ “... the test of reasonableness were merely whether Schwinn’s restrictive distribution program and practices were adopted for ‘good business reasons’ and not merely to injure competitors, or if the answer turned upon whether it was indeed ‘good business practice’ [...] Our inquiry is whether, assuming nonpredatory motives and business purposes and the incentive of profit and volume considerations, the effect upon competition in the marketplace is substantially adverse. The promotion of self-interest alone does not invoke the rule of reason to immunize otherwise illegal conduct. It is only if the conduct is not unlawful in its impact in the marketplace or if the self-interest coincides with the statutory concern with the preservation and promotion of competition that protection is achieved.”

te no pós-venda, considerando que esse tipo de produto depende de manutenção com frequência. A divergência se refere, portanto, à segunda parte da decisão que, “inexplicavelmente” proíbe a restrição de venda a não franqueados, tornando inviável o sistema de distribuição adotado pela empresa⁶¹.

United States v. Topco Associates, Inc.

A Topco⁶² foi fundada em 1940 por um grupo de pequenos e médios supermercados regionais, que decidiram somar esforços para comercializar produtos sob sua marca, a fim de competir com as grandes cadeias de varejistas. Trata-se de uma cooperativa que funcionava como agente, incumbido da compra de produtos, de mil tipos diferentes, comercializados sob uma marca própria. A cooperativa não possuía instalações produtoras, nem realizava estoque ou o transporte das mercadorias, entregues aos adquirentes, que muitas vezes efetuavam o pagamento diretamente aos fabricantes. Os membros da cooperativa tinham igual direito de voto e também de veto. Os estatutos da cooperativa previam três formas de associação e correspondente tipo de licença: exclusiva, não exclusiva e coextensiva. No primeiro caso, o associado tinha exclusividade para venda dos produtos da marca num determinado território e ficava também proibido de vendê-los fora dessa área. Caso algum outro comerciante desejasse vender tais produtos na mesma área, o interessado podia exercer seu direito de veto, recusando a entrada do concorrente. A ação foi proposta com fundamento na Seção 1 do *Sherman Act*, dada a existência de acordo visando à eliminação da concorrência.

A defesa alegou que a divisão territorial era necessária à estratégia de vendas, e que não constituía prática restritiva, pelo contrário, permitia que esses pequenos e médios comerciantes locais competissem mais eficientemente com os grandes varejistas nacionais, os quais podiam obter melhores condições pelo volume de negócios realizados e maiores margens de lucro, principalmente com suas marcas próprias.

Em 1º. Grau, a Corte decidiu que a prática era procompetitiva e estava portanto de acordo com os objetivos do direito da concorrência. A Suprema Corte, no entanto, reformou a decisão e, aplicando a *per se rule*, declarou ilegal

⁶¹ “Centuries ago, it could perhaps be assumed that a manufacturer had no legitimate interest in what happened to his products once he had sold them to a middleman and they had started their way down the channel of distribution. But this assumption no longer holds true in a day of sophisticated marketing policies, mass advertising, and vertically integrated manufacturer- distributors.”

⁶² 405 US 596, 620, 92 S. Ct. 1126

a restrição horizontal imposta⁶³, a fim de permitir a competição entre os comerciantes da mesma marca.

O voto vencido do Justice Burger insurge-se contra o estabelecimento de uma nova *per se rule*, que não deveria se aplicar a casos de acordo para divisão de mercado quando não há monopólio ou conduta monopolística, tendo sido, ao contrário, estabelecido com o propósito – legítimo – de estimular a concorrência com as grandes empresas, com vantagens para o consumidor.

Continental T.V., Inc. et. al. v. GTE Sylvania Inc.

Sylvania fabricava e vendia aparelhos de televisão através de distribuidores que, por sua vez, revendiam os produtos a um grande e diversificado grupo de varejistas. Em virtude de perda de parcela de mercado (1 a 2% do mercado nacional), a empresa modificou sua técnica de distribuição, passando a vender diretamente a um grupo menor e mais selecionado de varejistas franqueados. A estratégia tinha por fim tornar mais agressiva a promoção de vendas, incrementando a concorrência no varejo e previa que cada franqueado só podia vender em determinada área geográfica, ficando livre contudo para comercializar outras marcas concorrentes. Com essa mudança, em apenas 3 anos, a empresa conquistou 5% de parcela de mercado, tornando-se a 8ª. produtora de televisores no país. A líder do mercado na época (1965) era a RCA, que detinha 60 a 70% do mercado, competindo com mais de 100 fabricantes.

O processo no qual foi proferida a decisão analisada⁶⁴ refere-se a litígio entre particulares e teve origem no incorformismo de um dos franqueados - Continental – que se insurgiu contra a licença concedida pelo fabricante a outro varejista, situado na mesma área daquele. A autora alegou violação à Seção 1 do *Sherman Act*, consistente no contrato de franchising, que proibia a venda fora dos territórios previamente determinados, restringindo ilegalmente a concorrência.

O juízo de 1ª instância concluiu que a restrição imposta por Sylvania tinha potencial danoso à concorrência, comparado ao caso Schwinn, e portanto

⁶³ A aplicação do critério de julgamento foi justificada em termos de previsibilidade, manifestando-se a Corte sobre a necessidade da formulação destas regras diante da incapacidade do judiciário para analisar problemas econômicos, confira-se: “*Our inability to weigh, in any meaningful sense, destruction of competition in one sector of the economy against promotion of competition in another sector is one important reason we have formulated per se rules.*”

⁶⁴ 433 US 36, 97 S. Ct. 2549

deveria ser analisado segundo a *per se rule*. Em ambos os casos, as restrições tinham por fim limitar a liberdade do varejista em dispor das mercadorias como lhe conviesse. Ambas tinham por efeito reduzir, porém não eliminar a concorrência e permitiam que os fabricantes regulassem as relações entre os varejistas. A Suprema Corte então passou a analisar com profundidade a natureza das restrições verticais e seu impacto na concorrência entre os comerciantes da mesma marca e entre as diversas marcas⁶⁵. A Corte reconhece que o controle que os fabricantes podem exercer sobre o destino de seus produtos está relacionado não apenas com estratégias de *marketing*, mas sobretudo com a garantia de segurança e qualidade, pela qual são responsáveis. Conclui então por afastar a aplicação da *per se rule*, anulando o julgamento e devolvendo o caso para julgamento pela *rule of reason*.

United States v. Aluminum Co. Of America et al.

Todos os casos até aqui comentados se fundamentaram na Seção 1 do *Sherman Act*, envolvendo acordo ou conspiração entre empresas. A Seção 2 trata de atos unilaterais, sobre os quais também há casos importantes na jurisprudência, valendo trazer à colação pelo menos dois. O primeiro deles, julgado em 1945⁶⁶, ficou conhecido como o *Alcoa case*.

A empresa produzia lingotes de alumínio e, desde 1895, também fabricava produtos acabados ou semi-acabados de alumínio. O alumínio é um elemento químico que não se encontra em estado natural, pois se trata de uma combinação envolvendo oxigênio. Uma das suas formas mais comuns é conhecida como alumina, que pode ser extraída de um mineral, a bauxita. Em 1903, a

⁶⁵ “Vertical restrictions reduce intrabrand competition by limiting the number of sellers of a particular product competing for the business of a given group of buyers. Location restrictions have this effect because of practical constraints on the effective marketing area of retail outlets. Although intrabrand competition may be reduced, the ability of retailers to exploit the resulting market may be limited both by the ability of consumers to travel to other franchised locations and, perhaps more importantly, to purchase the competing products of other manufacturers. [...] Vertical restrictions promote interbrand competition by allowing the manufacturer to achieve certain efficiencies in the distribution of his products. These “redeeming virtues” are implicit in every decision sustaining vertical restrictions under the rule of reason. Economists have identified a number of ways in which manufacturers can use such restrictions to compete more effectively against other manufacturers.”

⁶⁶ 148 F. 2d 416

Alcoa obteve a licença para uso exclusivo de um processo industrial, que tornava muito mais econômica a produção do alumínio, eliminando praticamente a concorrência. Assim, a empresa obteve o monopólio da fabricação dos lingotes de alumínio virgem, tendo sido por um longo período a única produtora de alumínio virgem nos EUA, estimando-se em 91% sua participação no mercado.

O alumínio pode ser reciclado, pelo retorno de produtos acabados, que são descartados e voltam à indústria, como também pode ser obtido das sobras dos cortes realizados pelo próprio fabricante nas “lâminas”. Em ambos os casos, o metal é derretido e usado na fabricação de novos lingotes, denominados “alumínio secundário”. Embora este produto possua as mesmas propriedades e composição do original - o alumínio virgem - há resistência à sua compra, não se prestando a determinados usos, como por exemplo, para fabricação de peças de aviões e também cabos. Evidentemente, há um custo envolvido nesse processo de reciclagem, para eliminação de impurezas e realização de testes de composição, havendo então 17 empresas especializadas na fabricação do alumínio secundário.

Proposta a ação civil, com fundamento na Seção 2 do Sherman Act, a Alcoa se defendeu alegando que o fato de ser a única fabricante do alumínio virgem não lhe garantia o monopólio, uma vez que o mercado seria dividido com os produtores de alumínio secundário e com os importadores do alumínio virgem. Além disto, sua posição no mercado teria sido obtida licitamente, o que como resultado do crescimento da empresa.

O juízo de 1º grau acolheu as razões da empresa e considerou o alumínio secundário como parte do mercado, calculando sua parcela em apenas 64%, no período de 1929 a 1938. Os lingotes fabricados pela Alcoa causavam efeito direto e indireto no mercado de lingotes, tendo a Corte concluído que cada lingote produzido, considerando-se a possibilidade de produção do alumínio secundário, reduzia a demanda do próprio produto⁶⁷. Em algum momento, o alumínio secundário compete com o virgem e portanto fixa um “teto”, além do qual o preço deste não pode subir, e que varia conforme o custo da sua produção, ou seja, o custo de retornar os produtos e reciclá-los. O preço praticado pela Alcoa estaria contingenciado pelo mercado secundário, ou seja, limitado pelo que ela própria produziu e vendeu anteriormente.

O julgamento contudo foi reformado pela Corte de Apelação, reconhecendo a existência do monopólio e a conduta monopolística.

⁶⁷ “*On these facts the judge found that ‘every pound of secondary or scrap aluminum which is sold in commerce displaces a pound of virgin aluminum which otherwise would, or might have been, sold.’*”

United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.

Du Pont é fabricante de celofane, espécie de material plástico próprio para embalagens, e foi acusada de conduta monopolística, tendo sido proposta ação civil⁶⁸, com fundamento na Seção 2. Em sua defesa alegou simplesmente que não possuía poder de monopólio porque, embora fosse a líder do mercado de celofane, não controlaria o preço do produto, fazendo parte de um mercado maior que compreende outros produtos flexíveis para embalagens, tais como papel encerado, *glassine* e outros que tais. Nesse mercado, das embalagens flexíveis, a du Pont tinha apenas 17% de parcela de mercado. A questão portanto refere-se à determinação do mercado relevante, ou seja, à indagação sobre a elasticidade da demanda (*cross elasticity*) entre celofane e outros materiais para embalagem.

O júízo de 1º. Grau decidiu pela improcedência, concluindo que, mesmo que a empresa possuísse poder de mercado sobre as vendas do celofane, tal poder teria sido legitimamente adquirido e estaria protegido por patentes. Em grau de recurso, a Suprema Corte confirmou a decisão, porém em termos diversos, analisando detidamente a questão do mercado relevante.

A empresa detinha direitos sobre o processo de produção desse material, que na primeira metade do século XX se tornou largamente utilizado para embalagens de alimentos e inúmeros outros produtos, catapultando suas vendas. Seus maiores clientes eram portanto as indústrias e, enquanto o fornecimento ficava em torno de 7% das embalagens das confeitarias, 80% das embalagens de cigarros utilizavam esse material. Esses dados levaram à conclusão de que a empresa dividia o mercado com outros fabricantes de material para embalagem. Foi observada ainda a perda de mercado para o material denominado *pliofilm*, de qualidade superior para determinadas finalidades, e apreciado também o fator preço, tendo sido encontrados exemplos de perda de mercado para *glassine*, nas embalagens de chocolates, para papel encerado, nos alimentos congelados e outros⁶⁹.

A determinação do mercado relevante dependeria do quanto são diferentes os produtos e do quanto são intercambiáveis ou, segundo a decisão, “*how far buyers will go to substitute one commodity for another*”. Em conclusão, a

⁶⁸ 351 US 377, 380; 76 S.Ct. 994

⁶⁹ “An element for consideration as to cross-elasticity of demand between products is the responsiveness of the sales of one product to price changes of the other. If a slight decrease in the price of cellophane causes a considerable number of customers of other flexible wrappings to switch to cellophane, it would be an indication that a high cross-elasticity of demand exists between them; that the products compete in the same market.”

Suprema Corte declarou que o mercado relevante se compõe de produtos que tenham razoável intercambialidade para os fins a que se destinam, considerando preço, o uso e as qualidades deste. Não possuindo a empresa expressiva parcela de mercado, a alegação de monopólio não foi acolhida, por maioria.

O julgamento gerou acesa polêmica, tendo suscitado três votos divergentes – *Chief Justice Warren*, *Justice Black* e *Justice Douglas*, que consideraram outros dados para concluir em sentido contrário. Com efeito, como ficou comprovado no processo, durante o período em questão – 1923 a 1947 – o total das vendas do produto cresceu de US\$ 1,306,662 para US\$ 55,339,626. Em 1929, o preço do celofane era sete vezes superior ao da *glassine*, em 1934, quatro vezes maior, e em 1949, custava o dobro. Essas informações permitiriam então concluir pela insubstituibilidade do produto, considerando seu uso em escala industrial⁷⁰. Além disto, ficou demonstrado que a única concorrente da empresa no mercado de celofane – Sylvania – acompanhava sua lista de preços, enquanto os fabricantes dos outros materiais aparentavam indiferença às mudanças de preço praticadas pela du Pont. Esta política de preços “independente” foi considerada um indício da existência de monopólio, pela minoria, a qual concluiu se tratar de conduta anticompetitiva:

“The conduct of du Pont and Sylvania illustrates that a few sellers tend to act like one and that an industry which does not have a competitive structure will not have competitive behavior.”

6. A proteção da concorrência e o desenvolvimento da indústria do petróleo no Texas

O primeiro caso de grande repercussão nos Estados Unidos em matéria de concorrência foi o da empresa *Standard Oil*, cuja importância merece ser duplamente destacada, tanto pelo fato de ter mostrado a força desse novo ramo do direito, como por ter contribuído decisivamente para o desenvolvimento da indústria do petróleo nos Estados Unidos, em especial no Texas. A dissolução da empresa marcou a evolução da estrutura do mercado do petróleo até os anos 50 e suscitou o debate em torno dos objetivos do *Sherman Act*, então recentemente aprovado.

⁷⁰ *“We cannot believe that buyers, practical businessmen, would have bought cellophane in increasing amounts over a quarter of a century if close substitutes were available at from one-seventh to one-half cellophane’s price. That they did so is testimony to cellophane’s distinctiveness.”*

A história se inicia com a descoberta da jazida de Spindletop em 1901, a qual causou grande impacto na indústria e na sua organização. Para se ter uma idéia da importância desse novo campo, empresas como Gulf Oil e a Texaco surgiram em Spindletop, a Shell iniciou ali suas atividades como transportadora em larga escala, a Mobil, a Exxon e outras empresas de porte têm seus nomes ligados à jazida. O tamanho da jazida, sua localização próxima ao Golfo do México e a existência das leis estaduais de proteção da concorrência são apontados pelos historiadores como os motivos do sucesso de Spindletop. Com efeito, graças às leis protecionistas do Texas, aprovadas em 1876, antes portanto do *Sherman Act*, bloquearam a entrada da Standard Oil nesse novo e promissor campo de exploração de petróleo. A decisão da Suprema Corte, na verdade, é decorrência de um processo econômico iniciado com a implementação da lei estadual, com fundamento na qual se garantiu a participação de outras empresas num mercado até então dominado pelo gigante de John Rockefeller.

Além dos obstáculos legais, um ambiente politicamente hostil impediu a entrada da Standard Oil no Texas. Interpretada rigorosamente, a lei estadual antitruste, impedia a empresa de operar legalmente no estado, proibindo acordos tendentes a restringir a concorrência, bem como a participação de uma empresa como acionista em outra. Impedia, portanto, a integração vertical, estratégia com a qual a Standard Oil se notabilizou, desenvolvendo simultaneamente atividades de produção, refino, transporte e distribuição. Às vésperas da descoberta da jazida, a empresa dominava todas as fases da exploração do petróleo nos Estados Unidos, controlando 85% da produção de óleo, 80% da capacidade de refino, 85% do mercado de querosene e a maior parte dos tanques e oleodutos⁷¹.

Apesar disto, valendo-se de uma subsidiária, a Security Oil Company, da qual não participava ostensivamente⁷², a Standard Oil passou a atuar no Texas, fato que gerou um sentimento populista, acirrando os ânimos dos *trustbusters*, a

⁷¹ Harold Williamson. *The age of energy*. p. 7, apud Joseph A. Pratt. *The petroleum industry in transition: antitrust and the decline of monopoly control in oil*. Journal of Economic History, v. 40, p. 820, 1980.

⁷² “Most of those involved in the region’s oil business understood and tolerated this arrangement. Standard was one of the few organizations with access to the capital, the expertise, and the markets needed to build and operate a refinery large enough to purchase substantial quantities of oil from the expanding area fields. As a result, those concerned with the rapid development of these fields and of the city of Beaumont ignored Security’s ties to the ‘octopus’. Recognizing that the company ‘was a potent force in the prosperity of South East Texas’, they were not eager to cut off the tentacle that was feeding them.” (Joseph Pratt. *Op. cit.* p. 823)

favor da preservação da principal riqueza do estado, posta a salvo do poder do *trust*. Por outro lado, os defensores da permissão viam vantagens na exploração da nova riqueza por uma empresa sabidamente organizada e eficiente, com experiência e acesso ao mercado, aos meios de transporte e à tecnologia da indústria. Por essa razão, a despeito dos muitos aspectos desfavoráveis, a empresa foi autorizada a funcionar no Texas, tendo tido um papel importante nos primeiros anos da indústria do petróleo no estado.

Embora a Standard Oil tenha penetrado no mercado texano indiretamente, através de sua subsidiária, seu crescimento acabou provocando uma reação da opinião pública e, conseqüentemente, das autoridades estaduais da concorrência, que em 1906 proibiram a expansão de sua refinaria e a construção de um oleoduto na costa do Golfo. Em 1909, a Security Oil Company foi condenada em ação civil proposta pelo Attorney General do Texas a vender suas propriedades, por violação às leis antitruste. O *trust*, no entanto, ainda fez outras tentativas de entrada no Estado através dos chamados *blind tigers*, companhias independentes mas secretamente afiliadas à Standard Oil, todas reprimidas pela pronta resposta do poder público.

Essas ações constituíram um incentivo para outros investidores, que se dispuseram a enfrentar a competição no mercado do petróleo, construindo novas plantas as quais geraram poderosas empresas, como a Exxon e a Mobil. Estas e outras empresas, como a Texaco e a Gulf Oil, embora tenham se beneficiado da implementação das leis antitruste, adotaram o mesmo modelo de organização da Standard Oil para fazer concorrência a ela, integrando-se verticalmente para suprir algumas fatias do mercado. Curiosamente, foram beneficiadas pela exclusão de sua maior concorrente, embora elas próprias tenham se organizado como “mini-trusts”.

O cerco à *octopus* prosseguiu, até que em 1911 a Suprema Corte decidiu pela dissolução da companhia, tornando ainda mais favorável o cenário para aquelas empresas que iniciaram suas atividades em Spindletop. Sobre a importância da decisão na história da indústria do petróleo, vale citar:

*“Events in the early Texas oil industry, however, strongly suggest that antitrust and the fear of antitrust had a pervasive and far-reaching effect on the rise of oligopoly in oil. Without these laws, Standard Oil would have faced fewer and weaker competitors in the twentieth century. Such results obviously were more modest than had been hoped for by those who saw antitrust as a tool for returning ‘perfect competition’ to the industry. Yet they were also more significant than a generation of business historians had since argued.”*⁷³

⁷³ *idem*, p. 831.

A longo prazo, contudo, o que observam os historiadores foi a mera substituição do monopólio pelo oligopólio e, tendo que optar entre a rigorosa aplicação das leis da concorrência e o crescimento da indústria no estado, as autoridades deixaram de atuar com tanta freqüência, premidas pela contínua falta de recursos e de informação. Concluem portanto que as leis antitruste estaduais afinal foram usadas apenas esporadicamente, tendo restado a experiência da Standard Oil sobretudo como um símbolo, mais do que propriamente como um marco na história da proteção da concorrência norte-americana.

7. Direito Antitruste atual: o caso Microsoft

Quase um século após o fim da Standard Oil, o direito antitruste voltou a ser tema de debate - e polêmica - na sociedade americana com o caso Microsoft, que ocupou o noticiário, os trabalhos acadêmicos e as rodas de conversa no final dos anos 90. O caso é dos mais complexos, envolvendo a inovadora e poderosa indústria da informação, a qual apresenta características peculiares, que tornam ainda mais tormentosa a aplicação da lei de proteção da concorrência.

A história se inicia em 1994, quando a empresa, então demandada pela Novell pela prática de venda casada, firmou um *consent decree*⁷⁴, espécie de compromisso de ajustamento firmado em juízo, pelo qual se obrigava a não licenciar produtos condicionados à licença de um segundo produto. Embora tenha posto fim à controvérsia com aquele acordo, na mesma ocasião envolveu-se em outra disputa com a empresa Netscape, dona dos direitos do *software* Navigator, então líder do mercado de *browsers* e concorrente do Internet Explorer, produzido pela Microsoft. Naquele ano, ao lançar o programa Windows 95, a Microsoft combinou os dois *softwares*, vinculando o navegador ao sistema operacional. O DOJ, intervindo na questão, entendeu que a prática violava o *consent decree* e proibiu a empresa de licenciar o Windows sob condição de licenciar também o Explorer, consentindo porém na combinação dos dois programas, por considerar que a apresentação do sistema operacional permitia que esses fossem separa-

⁷⁴ United States v. Microsoft Corp., 56 F.3d 1448. Para uma definição de *consent decree*, cf. Black's Law Dictionary: "A judgement entered by consent of the parties whereby the defendant agrees to stop alleged illegal activity without admitting guilt or wrongdoing. Agreement by defendant to cease activities asserted as illegal by government. Upon approval of such agreement by the court the government's action against the defendant is dropped. Also, a decree entered in an equity suit on consent of both parties, it is not properly a judicial sentence, but is in the nature of a solemn contract or agreement of the parties, made under the sanction of the court..." (Saint Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990)

dos facilmente. A Corte de Apelação, no entanto, isentou a empresa de responsabilidade por descumprimento da ordem, que entendeu não caracterizado.

A imensa difusão do Windows⁷⁵ e sua característica de “plataforma” para outros *softwares* aplicativos, se de um lado representou uma vantagem para seus usuários, por outro fez surgirem preocupações no tocante à concorrência.

Em maio de 1998, o Departamento de Justiça e dezenove *attorneys general* estaduais ajuizaram ação contra a Microsoft por violação das leis antitruste⁷⁶. A iniciativa foi vitoriosa em 1º. Grau, tendo sido a empresa condenada pelo *District Judge* Thomas Jackson em abril de 2000⁷⁷, o qual determinou sua divisão em duas empresas, uma que ficaria com os direitos do Windows e outra para os demais programas aplicativos. A decisão declarou que a empresa possuía o monopólio no mercado para sistemas operacionais de computadores pessoais (PC), compatíveis com Intel, em violação à Seção 2; concluindo que, no mercado de sistemas operacionais, a Microsoft detinha parcela superior a 95%, além de estar protegida por barreiras de entrada. A Corte reconheceu a existência de conduta monopolística no mercado para navegadores de Internet em violação à Seção 2, condenando também a prática ilegal de venda casada do Windows e Internet Explorer, em violação à Seção 1 do *Sherman Act*.

Depois de concluir que a Microsoft detinha poder de mercado, a Corte entendeu que a empresa violou a Seção 2 por uma variedade de atos anticoncorrenciais para manter seu monopólio. Especificamente, foi responsabilizada (1) por ter integrado o Internet Explorer ao Windows, (2) por acordos formalizados com fabricantes de *hardware*, provedores de Internet, vendedores independentes de *software*, e também com a Apple Computer, (3) por ter tentado impedir o desenvolvimento da tecnologia Java e (4) por sua conduta como um todo.

⁷⁵ “Microsoft’s Windows operating system is the sun in the solar system of the information economy. With tens of millions of users worldwide, Windows is the most significant platform for continued software innovation. As Windows has matured, its interoperability has increased. Functions once considered distinct, such as disk de-fragmentation and memory management, have become part of the Windows system. While this interoperability offers advantages to consumers, it also raises serious antitrust concerns.” (Samuel Noah Weinstein, *United States v. Microsoft Corp.*, Berkeley Technology Law Journal, 2002

⁷⁶ Na verdade, tais ações foram ajuizadas separadamente, tendo sido reunidos os processos a pedido da ré, e novamente desmembrados em fevereiro de 2002.

⁷⁷ *United States v. Microsoft Corp.*, 97 F. Supp. 2d 59, 64-65 (D.D.C.2000)

⁷⁸ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001)

A empresa então interpôs apelação, tendo sido o caso remetido à apreciação da *D.C. Circuit Court*. Em sua defesa, negou possuir poder de mercado por estar permanentemente ameaçada por concorrentes potenciais, razão pela qual investe muito em pesquisa e desenvolvimento de novos produtos. Além disto, alegou não adotar conduta anticompetitiva, tanto assim que o Windows não era comercializado a preços monopolísticos, o que revelaria o equívoco da decisão, que não teria considerado o interesse dos consumidores.

A Corte de Apelação confirmou em parte a decisão recorrida⁷⁸, reconhecendo que a empresa utilizou-se de conduta anticoncorrencial para manter ilegalmente o monopólio no mercado de sistemas operacionais; porém reformou a sentença para afastar a condenação no tocante à existência de monopólio no mercado de navegadores de Internet. Além disto, afastando-se de precedente da Suprema Corte, a *Circuit Court* decidiu aplicar o critério do *rule of reason*, afastando a condenação baseada na análise *per se* para a venda casada envolvendo os dois softwares.

A decisão reconheceu a existência de poder de mercado baseada numa análise estrutural, a qual contemplou não apenas a parcela de mercado, mas sobretudo a existência de barreiras de entrada. Tais barreiras se apresentam tanto na preferência dos consumidores por sistemas que possuam um grande número de aplicativos, como na preferência dos produtores em elaborar programas para sistemas operacionais que tenham muitos consumidores⁷⁹. Reconheceu ainda a prática de uma série de atos anticompetitivos, como por exemplo a própria técnica de distribuição utilizada pela Microsoft, implementada através de acordos pactuados com fabricantes de computadores (*hardware*), anexos à licença de utilização do Windows. De acordo com tais contratos, os fabricantes passaram a fornecer os equipamentos com o navegador já instalado, prática que ao mesmo tempo tornou menos atraente e mais difícil a opção pelo Netscape Navigator e ampliou imensamente a utilização do Internet Explorer. A defesa da Microsoft sustentou que tal prática decorre do exercício regular do direito de propriedade intelectual e, portanto, não pode ser considerada ilegal. A decisão rejeitou sumariamente tais argumentos.⁸⁰

A Corte condenou também a Microsoft por ter vinculado o navegador ao sistema operacional através de vários “expedientes”, como por exemplo, pela

⁷⁹“This “chicken-and-egg” situation ensures that applications will continue to be written for the already dominant Windows, which in turn ensures that consumers will continue to prefer it over other operating systems.” (Summary Of D.C. Circuit Opinion In *United States v. Microsoft, Computer and Internet Lawyer*, n. 19, p. 26, setembro 2001).

⁸⁰ “Intellectual property rights do not confer a privilege to violate the antitrust laws.” (253 F.3d at 63)

eliminação da opção “adicionar e remover programa” do menu do Explorer, ou pela inserção de códigos para impedir a retirada deste, de forma a tornar inviável a utilização do Windows neste caso. Os contratos com provedores de internet também foram considerados anticompetitivos. Tais acordos previam intensa cooperação entre as empresas, de um lado, a Microsoft incluía o ícone do provedor no *desktop* do sistema operacional, de outro, o provedor comprometia-se a só promover o Explorer e jamais o concorrente. O mais significativo desses acordos foi celebrado com a AOL (*America On Line*), embora tivessem alcançado todas as grandes empresas prestadoras deste serviço.

Outros acordos, celebrados com produtores independentes de *software* foram também condenados pela Corte. Através destes, a Microsoft se comprometia a dar assistência técnica sob condição de ser utilizado exclusivamente o Explorer pela contratante.

A fim de impedir o desenvolvimento da tecnologia Java, produzida pela empresa Sun Microsystems, a Microsoft engajou-se numa série de estratégias anticompetitivas, inclusive lançando o seu Java Virtual Machine, sistema incompatível com aquela, concebido para induzir a erro o usuário, como considerou o juízo de 1o. Grau. Neste ponto, no entanto, a Corte reformou a decisão, entendendo que não se tratava de ato anticoncorrencial, resultando inclusive em benefício para os consumidores. A tese dos autores, rejeitada pelo Tribunal, sustentava que o Java, por se tratar de um *middleware*, serviria de plataforma para outros programas, competindo portanto diretamente com o Windows. Além disto, o fato de ser possível a utilização desta tecnologia em vários sistemas, inclusive no próprio Windows, conduziria, a curto prazo, no desenvolvimento de outros aplicativos, ameaçando assim a hegemonia do sistema operacional da Microsoft.

Porém a grande reviravolta provocada pela decisão em 2o. Grau referiu-se à questão do modelo de análise da venda casada, condenada pela sentença segundo a *per se rule*, afinal afastada pela Corte, que determinou o julgamento de acordo com a *rule of reason*. Esta parte da decisão constituiu um importante precedente, beneficiando a indústria da informática com um tratamento diferenciado, em contemplação de suas peculiaridades⁸¹.

⁸¹ A própria doutrina se incumbiu de destacar tais peculiaridades, vale conferir: “*Most high-technology industries involve products that are knowledge-intensive, rather than labor-intensive. Knowledge, especially the kind of knowledge needed to develop software, biotechnology, and other types of high-tech products, is generally expensive to produce. Once these products are developed, however, they are usually cheap to reproduce. This means that these industries tend to be characterized by high fixed costs and low marginal*

Posteriormente, foi firmado um novo *consent decree*⁸², pelo qual a empresa assumiu uma série de compromissos pelo prazo de 5 anos, evitando assim a divisão determinada em 1o. Grau. Para a doutrina, tal acordo representou uma verdadeira vitória para a empresa, tendo sido por isto criticado.

A distinção empregada pela decisão da Justiça Americana pode conduzir à consolidação do monopólio na *high tech industry*, parte fundamental da chamada “nova economia”, de forma a torná-la, ao menos na prática, imune à aplicação das leis de proteção à concorrência. A grande discussão travada no julgamento, e de resto na produção científica sobre o tema, refere-se à tensão entre as vantagens da integração de tecnologias e os riscos para a concorrência. A difícil ponderação entre os interesses em conflito deve pontuar a avaliação das questões envolvendo a indústria da informática nos próximos anos.

costs, and as a result average costs are reduced as output increases. Thus, there are strong economies of scale on the supply side in many high-technology markets.

Strong ‘network’ effects are a second key characteristic of high-technology markets. Network effects occur when the value of owning a good or service increases in relation to the number of consumers who already own it. The telephone system provides a good example. As the number of individuals who own phones rises, phone ownership becomes more valuable to potential consumers. Computer operating systems are an obvious new-economy example of a product with network effects.

Third, some high-technology products are subject to a lock-in effect. This means that once consumers are familiar with a product and are trained to use it, they are reluctant to switch to a different product. This is true of many software products, which can be difficult and time-consuming to master.

These characteristics- supply-side economies of scale, network effects, and lock-in - combine to create important tendencies toward monopoly in high-technology markets.” (Samuel Noah Weinstein, U.S. v. Microsoft Corp., Berkeley Technology Law Journal, 2002)

⁸² Sobre *consent decree*, v. definição nota 73. O teor do compromisso está disponível em www.usdoj.gov/cases.f9400/9495.htm

A REVOGAÇÃO DA LEI N.º 8.884/94: PROJETO DE LEI N.º 5.877/05

Pedro Dutra
Eduardo Caminati Anders¹

I. Introdução. II. A Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 5.877/2005 e os Fatos. III. A Eficiência do Projeto de Lei em Números Comparativos. IV. Aspectos Gerais do Projeto de Lei. V. Alguns Aspectos Específicos do Projeto de Lei. VI. Fluxogramas: comparação entre a Lei atual e o Projeto de Lei.

I. Introdução

Em 01 de setembro de 2005, o poder Executivo enviou Projeto de Lei para revogar a Lei n.º 8.884/94, de repressão e prevenção ao abuso do poder econômico. Designadamente, não foi o Projeto de Lei posto em Consulta Pública.

Uma alteração pontual da lei vigente, para promover a integração da SDE ao CADE, como já ocorria antes da edição da Lei n.º 8.158/91 e que a lei atual indevidamente manteve, e aclarar questões tópicas seria necessária. Contudo, tal alteração não poderia servir de pretexto para frustrar – como pretende o Projeto de Lei – os avanços alcançados no regime da lei atual, em especial aqueles relativos à transparência hoje exibida na atividade do CADE, o seu sistema de decisão colegiada e aberta ao público, e o respeito à ampla defesa, que a lei em vigor, de redação clara e de boa técnica legislativa, assegura.

O debate, sonegado à sociedade quando da elaboração do Projeto de Lei, deve ser agora promovido. Nesse sentido, este trabalho alinha os principais pontos do Projeto de Lei, que propõe uma reforma extrema, tanto conceitual quanto formal, da atual lei, contrapondo-os ao da lei em vigor; e ao fim apresenta fluxogramas comparativos, relativos aos processos de apuração de práticas infrativas e de controle de atos de concentração do poder econômico, feitos a partir da Lei n.º 8.884/94 e do Projeto de Lei.

II. A Exposição de Motivos do Projeto de Lei n.º 5.877/2005 e os Fatos

1. Diz a Exposição de Motivos:

¹ Advogados. Os autores agradecem a colaboração dos acadêmicos Renata C. Navarro Domingos e Ricardo Lara Gaillard.

a) “(...) *as alterações aqui propostas na Lei n.º 8.884/94, de 1994, (...)*” (Item 31, da Exposição de Motivos do Projeto de Lei):

Não se trata de alteração, mas de revogação da lei atual, pois dela só restariam em vigor 04 artigos (arts. 85, 86, 87 e 88, da Lei n.º 8.884/94).

b) “(...) *o presente projeto de lei resulta de trabalho iniciado com a edição de Decreto datado de 11 de agosto de 2000, (...)*” (Item 9, da Exposição de Motivos do Projeto de Lei):

A tentativa de revogação da Lei n.º 8.884/94 é praticamente contemporânea à sua edição; em janeiro de 1996, a já SDE defendia fosse a ela transferido o poder de decidir atos de concentração, cabendo ao CADE apenas rever tais decisões, tal como se tem no projeto atual.

c) “(...) *Grupo de Trabalho realizou exaustivo estudo sobre o Sistema.*” (Item 10, da Exposição de Motivos do Projeto de Lei):

Se este estudo existe, porque não foi ele divulgado, assim como os dados estatísticos que deveriam, necessariamente, acompanhá-lo?

d) Principais dificuldades mencionadas na Exposição de Motivos do Projeto de Lei (Item 12, da Exposição de Motivos do Projeto de Lei):

i) “*reduzida eficiência administrativa*”

Eficiência administrativa promove-se a partir da disposição de recursos humanos e materiais suficientes e da reiterada aplicação da Lei; cumpridos estes requisitos, se o caso, lei pontual pode solucionar questões que a jurisprudência e a doutrina não resolveram. Veja-se, neste sentido, a estabilidade da legislação norte-americana, fonte das demais.

ii) “*elevado custo para o administrado decorrente da existência de três órgãos distintos*”

Os três órgãos hoje existentes remanesceriam – aliás, seriam quatro: SEAE, Superintendência-Geral, (ex-SDE), Tribunal e Departamento de Estudos Econômicos; em verdade, o projeto traria apenas uma aglomeração de órgãos e uma redução de endereços: a SDE passaria a ter o mesmo endereço do CADE.

E seriam criados mais três cargos relevantes, dois secretários-adjuntos e o economista-chefe.

iii) *“carência do Sistema no que se refere a recursos materiais e humanos”*

Carência de recursos, assim como a liberação deles, resolve-se politicamente, pela definição das fontes e por meio do cumprimento da lei orçamentária. A experiência brasileira mostra ser inútil simplesmente prever recursos em lei ordinária.

iv) *“ênfase excessiva conferida a atos de concentração”*

Os atos de concentração ordinariamente superam em número os de apuração de condutas infrativas: a ênfase não é do CADE e sim da dinâmica do mercado; do número de processos relativos à infração à Lei instaurados pela SDE; e pela demora da SDE em concluí-los.

v) *“controle de concentrações realizado a posteriori”*

A notificação prévia – vista como inovação no Projeto de Lei – já existe na lei atual: o mercado a rejeita porque sabe que o ato notificado previamente à sua realização só seria decidido em tempo hábil se houvesse recursos em índice muito superior aos que até hoje foram destinados aos órgãos de defesa da concorrência; neste contexto, a notificação prévia deve ser estimulada de forma realista, e não exclusiva, como previsto no Projeto de Lei, pois teria efeito inverso: em razão da crônica falta de recursos dos órgãos, o represamento que já ocorre seria agravado pelo fato de todos os atos notificados não poderem, até a sua aprovação, ser realizados. Os atos mais simples, cerca de 95% do total das notificações, seriam os mais prejudicados, já que a jurisprudência atual do CADE, na prática, já confere aos atos complexos os efeitos da notificação prévia, ao impedir a realização deles, por meio do Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação - APRO.

vi) *“critérios de notificação excessivamente amplos”*

Os critérios de notificação já foram identificados pela jurisprudência e pela doutrina. Não há tal confusão, embora se possa melhorar pontualmente a redação da regra atual.

vii) “dedicação do órgão julgante a todos os casos que dão entrada no Sistema”

O exame pelo CADE de todos os atos de concentração e dos processos sancionatórios de conduta vem garantindo a independência hierárquica e a transparência do CADE, órgão colegiado. O Projeto de Lei eliminaria este traço distintivo do CADE – e, note-se, em linha com os princípios constitucionais a nortear a administração pública -, ao estabelecer o poder decisório monocrático, e, portanto, vedado ao público, do Superintendente-Geral e permitir reuniões reservadas do CADE em geral, e não só as relativas às averiguações preliminares (art. 46, inciso II). Este ponto – essencial – será analisado em detalhe à frente.

e) “O Projeto de Lei ora apresentado reestrutura a defesa da concorrência no Brasil (...) de forma a permitir que tal Sistema possa funcionar com eficiência na proteção dos interesses dos consumidores e na promoção do desenvolvimento econômico sustentado” (Item 2, da Exposição de Motivos do Projeto de Lei):

Vejam os como está previsto ocorrer esta eficiência, primeiramente os seus números. E, lembre-se, que o propósito da lei de defesa da concorrência, que desdobra o princípio constitucional da livre concorrência, não é promover o desenvolvimento econômico sustentado, embora a tanto possa colaborar: é antes reprimir e prevenir o abuso do poder econômico.

III. A Eficiência do Projeto de Lei em Números Comparativos

	LEI N.º 8.884	PROJETO DE LEI	VARIAÇÃO (%)
PALAVRAS	9.779	13.908	42%
ARTIGOS	93	129	38%
ÓRGÃOS / AGENTES ENVOLVIDOS ¹	05	06	20%
TIPOS DE PROCESSO	03	05	66%
VIAS DA NOTIFICAÇÃO ²	03	04	33%
RECURSOS ³	01	03	200%
PARECERES ATO DE CONCENTRAÇÃO ⁴	03 + MPF (facultativo)	até 11	175%
PARECERES PROCESSO ADMINISTRATIVO ⁴	02 + SEAE (facultativo) + MPF (facultativo)	até 11	175%
SUSTENTAÇÕES ORAIS ⁵	02	04	100%

¹Lei 8.884/94: SEAE / SDE / Procuradoria do CADE / Conselho / Ministério Público Federal.

Projeto de Lei: SEAE / Tribunal / Superintendência-Geral / Departamento de Estudos Econômicos / Procuradoria Federal junto ao CADE / Ministério Público Federal.

²Lei 8.884/94: 1 via SEAE / 1 via SDE / 1 via CADE (art. 54, §4º).

Projeto de Lei: 1 via Superintendência-Geral / 1 via SEAE / 1 via Procuradoria Federal / 1 via Ministério Público Federal (art. 48).

³Lei 8.884/94: 1 recurso (art. 52, §2º - recurso voluntário – medida preventiva – processo administrativo).

Projeto de Lei: 03 recursos: (i) recurso contra decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendente-Geral (art. 62); (ii) recurso contra despacho do Superintendente-Geral que ordenar o arquivamento de procedimento preparatório, indeferir o requerimento de abertura de inquérito administrativo, ou determinar o seu arquivamento (art. 63, §3º); e, (iii) recurso voluntário contra decisão do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral que adotar medida preventiva (art. 85, §2º).

⁴Lei 8.884/94: Ato de concentração: 03 + MPF (facultativo): (i) parecer da SEAE; (ii) parecer da SDE; (iii) parecer da Procuradoria do CADE; e, (iv) parecer do MPF (facultativo).

Processo administrativo: 02 + SEAE (facultativo) + MPF (facultativo): (i) parecer da SDE; (ii) parecer da SEAE (facultativo); (iii) parecer da Procuradoria do CADE; e, (iv) parecer do MPF (facultativo).

Projeto de Lei: até 11 pareceres (tanto em processo administrativo para aprovação do ato de concentração econômica como em processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica):

(i) parecer da Procuradoria Federal solicitado pelo Conselheiro-Relator (facultativo) (art. 11, VI); (ii) parecer do Economista-Chefe solicitado pelo Conselheiro-Relator (facultativo) (art. 11, VII); (iii) parecer da SEAE solicitado por Conselheiro (facultativo) (art. 19, VII); (iv) parecer do Economista-Chefe solicitado pelo Superintendente-Geral (facultativo) (art. 14, IV); (v) parecer da Procuradoria Federal solicitado pelo Superintendente-Geral (facultativo) (art. 15, VII); (vi) parecer da SEAE solicitado pelo Superintendente-Geral (facultativo) (art. 19, VII); (vii) parecer do Economista-Chefe expedido de ofício (facultativo) (art. 17); (viii) parecer do Economista-Chefe solicitado pelo Procurador-Chefe (facultativo) (art. 17); (ix) parecer da SEAE expedido de ofício (facultativo) (art. 19, VII); (x) parecer da SEAE solicitado pela Procuradoria Federal (facultativo) (art. 19, VII); e, (xi) parecer do MPF expedido de ofício (facultativo) (art. 20, §2º).

⁵Lei 8.884/94: Ato de Concentração / Processo Administrativo: até 02 (art. 45):

(i) sustentação oral Procuradoria do CADE; e, (ii) sustentação oral Partes.

Projeto de Lei: processo administrativo para aprovação do ato de concentração econômica / processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica: até 04 (art. 46, III): (i) sustentação oral do Superintendente-Geral; (ii) sustentação oral SEAE; (iii) sustentação oral Procurador-Chefe; e, (iv) sustentação oral Partes.

IV. Aspectos Gerais do Projeto de Lei

1. Decisão monocrática do Superintendente-Geral: fim do regime decisório colegiado e público; a inviabilidade prática dos recursos ao Tribunal definidos no Projeto de Lei

a) O Projeto de Lei tornaria a decisão sobre atos de concentração, que hoje é pública e colegiada, em um ato monocrático e fechado ao público (não transparente) do Superintendente-Geral, em tese, apenas, sujeito à revisão do Tribunal.

O Tribunal teria o prazo de vinte dias para avocar o processo para julgamento, quando o ato fosse aprovado pelo Superintendente-Geral (art. 62, §4º), mediante provocação de um de seus Conselheiros. Na prática, a possibilidade de revisão por parte do Tribunal seria inexequível ou extremamente limitada. A Superintendência-Geral não teria prazo para analisar o ato de concentração, mas o Tribunal, sim, e de vinte dias. A instrução de um caso complexo forma autos de mais de vinte volumes.

Seria materialmente possível ao Tribunal proferir decisão avocatória, fundamentada, em vinte dias? O mesmo se aplica à hipótese de terceiros recorrer.

b) Nada recomenda, em especial na experiência da administração pública brasileira atual, a concentração monocrática e fechada de poder decisório, em mãos do Superintendente-Geral, que não teria o seu nome sequer aprovado pelo Senado Federal. Sobretudo, quando a experiência mostrou ser o inverso a melhor prática administrativa: decisão colegiada e aberta ao público, como são as do CADE, é o melhor meio de se cumprir os princípios constitucionais a reger a administração pública: transparência, publicidade, etc.

O argumento de o regime monocrático proposto promover a celeridade não se sustenta; a celeridade deve ser antes estimada concretamente, por meio de cifras corretamente levantadas e cotejadas, o que não ocorreu. E, como alerta toda a doutrina jurídica especializada, a eficiência, mesmo se provada – o que não é o caso, pois nem estimada objetivamente foi, como se viu na exposição de motivos acima – não pode ser admitida se colocar em risco o cumprimento dos princípios constitucionais da administração pública, como seria o caso do regime proposto no Projeto de Lei.

2. *Papel da SEAE e do Departamento de Estudos Econômicos*

a) Sobreposição de atividades entre este Departamento e a SEAE; por que a SEAE, ou parte dela, não integraria o CADE?

b) Por que destinar um terço do produto resultante da arrecadação da Taxa Processual de que trata a Lei n.º 9.781/99 (atos de concentração) à SEAE, que seria um órgão adjacente (art. 23, inciso I)?

3. *“Redução dos guichês” ou mera unificação de endereços?*

a) Hoje, os órgãos de defesa da concorrência são: (i) CADE (conselheiros / procuradoria); (ii) SDE; (iii) SEAE; e, (iv) Ministério Público Federal;

b) Nos termos do Projeto de Lei, a “redução dos guichês” significaria a “estruturação do SBDC” com: (i) Tribunal Administrativo de Defesa da Concorrência; (ii) Superintendência-Geral; (iii) Departamento de Estudos Econômicos; (iv) Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE; (v) Ministério Público Federal; e, (vi) SEAE.

Na prática, haveria uma mera unificação de endereços: CADE e uma SDE, rebatizada de Superintendência-Geral (com poderes subtraídos ao CADE e concentrados monocraticamente), dividiriam o mesmo endereço.

Ao contrário de uma “redução de guichês” anunciada, haveria um aumento dos órgãos administrativos de defesa da concorrência.

4. *Procedimentos novos*

a) O Projeto de Lei prevê cinco espécies de procedimentos administrativos *instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica* (art. 43): (i) procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; (ii) inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica; (iii) processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; (iv) processo administrativo para aprovação do ato de concentração econômica; e, (v) processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais.

b) Nos termos da Lei n.º 8.884/94, são três os procedimentos administrativos: averiguações preliminares, processo administrativo e ato de concentração. Qual a razão de se criar cinco procedimentos?

c) Não obstante haver criado o processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais, o Projeto de Lei não trouxe qualquer disposição sobre o seu rito.

d) A tipificação das espécies processuais criadas não seguiu critério técnico, evidenciando má técnica legislativa. Ora se tem “processo administrativo”, ora “processo”, ora “ato de concentração” (ver arts. 15, VI, VII; 19, VI, VII, 20, § 1º, II, 20, § 2º, art. 85, entre outros).

e) Qual a razão de se criar o procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica? O inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica já não seria um procedimento preparatório?

5. Quadro funcional / Orçamento do CADE

a) A promulgação de lei criando cargos de carreira a serem destinados ao CADE deveria ser condição primeira ao início das discussões de alterações / revogação da Lei n.º 8.884/94. Nesse sentido, também deveria ser prioritária a ampliação do orçamento (e assegurada a sua execução desembaraçada) destinado aos órgãos de defesa da concorrência.

b) O art. 122, do Projeto de Lei, que criaria *duzentos cargos de Especialistas em Políticas Públicas e Gestão Governamental*, não solucionaria a questão da ampliação do orçamento do CADE. E, ainda, não resolveria, por completo, o problema do quadro funcional do CADE, na medida em que o mesmo artigo diz que os duzentos cargos criados seriam providos gradualmente, *observados os limites e a autorização específica da Lei de Diretrizes Orçamentárias*.

c) Como mostra a experiência, a simples inclusão de artigos dessa natureza em lei de defesa da concorrência não seria suficiente à criação de cargos, que dependeria de definição prévia de fontes orçamentárias, ora inexistente.

6. Aprovação prévia (art. 89, §2º)

a) Diz o art. 89, §2º, do Projeto de Lei: “*O controle dos atos de concentração de que trata o caput será prévio*”.

b) Note-se que já está prevista a aprovação prévia na Lei atual (art. 54, §4º, da Lei n.º 8.884/94). Acertadamente, o mercado a rejeita porque sabe não haver recursos para a sua aplicação efetiva.

c) Não há estudo mostrando que a aprovação prévia, conforme os novos índices de jurisdição, agilizará a aprovação dos atos de concentração.

d) Esse dispositivo constante no projeto alinharia o Brasil às jurisdições mais avançadas. Ocorre que o orçamento dos órgãos de defesa da concorrência brasileiros, o seu quadro funcional e recursos materiais, como é fartamente sabido, não são – e nada indica virem a ser – comparáveis aos seus pares nas jurisdições mais avançadas. E, em especial, a cultura da administração pública brasileira, também ao contrário das experiências norte-americana e comunitária européia, crescentemente admite a aberta interferência, por várias formas, do poder Executivo nos órgãos reguladores e da defesa da concorrência, o que lhes reduz a eficiência e a transparência.

e) O resultado provável seria uma maior demora de aprovação dos atos e possível entrave aos investimentos. Não haveria a possibilidade de se realizar o negócio submetido antes de sua aprovação, o que hoje a lei permite.

f) Na hipótese de a realização de um negócio jurídico ocorrer no exterior, entre empresas estrangeiras, que viesse a ser lá aprovado, antes de o ser no Brasil; como deveriam agir as partes no Brasil?

7. Mercados regulados

a) Qual seria, de acordo com o Projeto de Lei, o papel das agências reguladoras na análise de atos de concentração que envolvessem mercados regulados? A única menção à participação das agências reguladoras está no artigo 62, §2º (recurso contra decisão de aprovação do ato pela Superintendência-Geral).

8. Índices de jurisdição do CADE (art. 89)

a) Terminologia não técnica: há o emprego do termo “operação”, que não é um termo jurídico. Ou se definisse o que seria “operação” (mas isso não ocorreu) ou se utilizasse o termo correto (por exemplo, “negócio jurídico”).

Outros exemplos de termos não técnicos: “consumação” (art. 89, §7º) / “transação”, que, na verdade, é uma tradução conceitualmente equivocada de *transaction* (negócio jurídico) do inglês (art. 91, § único).

b) Nos incisos I e II, do art. 89, do Projeto de Lei, estão expressos os índices de jurisdição do CADE. Pergunta-se: que estudos teriam embasado a determinação dos valores expressos nos referidos incisos? Onde estão esses estudos?

c) Segundo estudo elaborado pelo Dr. Gesner Oliveira, a adoção dos critérios propostos pelo Projeto de Lei resultaria em um aumento de notificações aos órgãos de defesa da concorrência, em comparação com os números de hoje, vigente a Súmula n.º 1 do CADE.

9. A designada exclusão da sociedade ao debate do Projeto de Lei

a) A preocupação em não submeter o Projeto de Lei à consulta pública foi manifesta. O exemplo da União Européia poderia ter sido inteiramente seguido, como se teve no caso da alteração EEC N.º 4046/89 – “*EC Merger Regulation*”. Veja-se:

i) Em 21 de dezembro de 1989, foi promulgado o *EC Merger Regulation* (EEC n.º 4046/89). Passados dez anos de vigência da Lei, a *European Commission* anunciou, em junho de 2000, que alteraria o *Merger Regulation*.

ii) Em dezembro de 2001, a *European Commission* publicou documento que continha, de forma detalhada, os maiores problemas do *EC Merger Regulation* e as possíveis soluções vislumbradas a solucioná-los (“*Green Paper*”). O “*Green Paper*” foi submetido ao processo de consulta pública durante quase quatro meses (de 11 de dezembro de 2001 a 31 de março de 2002). Foram recebidos 114 comentários sobre o texto, a maioria (50%) proveniente de empresas; o restante, dividido entre escritórios de advocacia, associações comerciais e pelos diversos Estados-Membros da União Européia.

iii) Em dezembro de 2002, foi publicada a minuta do texto do *EC Merger Regulation* (“*Proposal for a new EC Merger Regulation*”). O texto foi submetido ao processo de consulta pública por durante quase quatro meses (de 11 de dezembro de 2002 a 31 de março de 2003). Foram recebidas dezenas de comentários de escritórios de advocacia e de associações e organizações comerciais.

iv) Em 10 de janeiro de 2004, o *EC Merger Regulation* foi aprovado, entrando em vigor em 01 de maio de 2004.

V. Alguns Aspectos Específicos do Projeto de Lei

1. Mandatos

O mandato do Presidente do Tribunal e dos Conselheiros seria de qua-

tro anos, não coincidentes (art. 6º, § 1º). Seriam nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal (art. 6º, *caput*).

Já o mandato do Superintendente-Geral seria de dois anos, permitida a recondução para um único período subsequente (art. 12, § 2º). Não se justifica prazo tão curto, a não ser a possibilidade de o Executivo poder facilmente descartar o Superintendente-Geral que não viesse a cumprir com as suas determinações políticas. Tratar-se-ia de facilitar a partidização do órgão. E, ainda, a questão: por que a indicação do Superintendente-Geral feita pelo Presidente da República não seria submetida à aprovação pelo Senado Federal, tal como ocorreria com os Conselheiros (art. 12, § 1º)?

2. Limitação à independência do CADE

O art. 21, § único, do Projeto de Lei, ao tratar “*do patrimônio, das receitas e da gestão administrativa, orçamentária*” do CADE constituiria a Superintendência-Geral em “*unidade gestora, para fins administrativos e financeiros*”.

O Projeto de Lei criaria dentro do CADE um órgão totalmente autônomo em relação ao próprio CADE, tanto em termos de desempenho de funções como em termos de gestão. Portanto, tratar-se-ia de um fator limitador da independência do CADE.

3. Redução do direito de defesa

Nos termos do art. 46, inciso IV, do Projeto de Lei, haveria uma redução, para 48 horas, do prazo para publicação da pauta antes da sessão de julgamento.

4. Recurso

Por que o recurso previsto no art. 63, §3º, teria sua forma determinada em regulamento e não pela própria lei, tal como aconteceria com o recurso contra a decisão de aprovação do ato pelo Superintendente-Geral (arts. 49, I e 51, I)?

5. Multas

As multas previstas no art. 37 (falta injustificada do representado ou

de terceiros em sua oitiva) e no art. 38 (impedir, obstruir ou dificultar a realização de inspeção) seriam aplicadas mediante a lavratura de auto de infração pela autoridade competente.

Pergunta-se: por que não há previsão de lavratura de auto de infração para aplicação das multas previstas no art. 35 (continuidade de atos ou situações que configurem infração à ordem econômica, após a decisão do Tribunal); no art. 36 (recusa, omissão ou retardamento injustificado de informação); e, no art. 39 (enganosidade ou a falsidade de informações)?

6. Multa ao litigante de má-fé (art. 62, § 3º)

a) Qual seria aqui o conceito de litigância de má-fé?

b) A multa prevista nesse artigo poderia servir como um inibidor à interposição de recurso em face da decisão de aprovação do ato pelo Superintendente-Geral (art. 62, *caput*).

7. Testemunhas

Qual o embasamento legal para a limitação a três testemunhas que poderiam ser arroladas pelo representado, em sede de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (art. 67)? Por que exigir do representado a indicação das testemunhas – inclusive com a qualificação completa - logo no início do procedimento?

8. Transparência / Publicidade

a) Por que não há disposição expressa no Projeto de Lei de elaboração e divulgação ampla e aberta de relatórios anuais da SEAE, da Superintendência-Geral e do CADE (com dados de todos os seus órgãos)?

b) Por que o relatório previsto no art. 47, §1º, do Projeto de Lei (“A Superintendência-Geral deverá apresentar ao Tribunal, ao Procurador-Chefe e ao representante do Ministério Público Federal, (...), relatório a respeito dos processos referidos no *caput*, assegurando a estas autoridades requerer, a qualquer tempo, informações”) não seria também disponibilizado ao administrado?

9. Sigilo

“Ao procedimento preparatório, assim como ao inquérito administrativo, poderá ser dado tratamento sigiloso, no interesse das investigações, a critério da Superintendência-Geral” (art. 63, §9º) (grifamos).

O sigilo existe para proteger o administrado, no caso o investigado, e a instrução processual, e não somente esta última.

10. Acesso aos autos

Nos termos do art. 67, §4º, do Projeto de Lei: “O representado poderá acompanhar o processo administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por advogado legalmente habilitado, assegurando-se-lhes amplo acesso aos autos no Tribunal”. (grifamos)

E o acesso aos autos na Superintendência-Geral? Qual o fundamento legal a justificar a sua proibição? Clara a violação ao texto constitucional (ampla defesa, art. 5º, inciso LV, CF).

11. Eliminação do dever legal de o agente administrativo especificar os fatos a serem apurados em processo administrativo por ele instaurado

Eliminou-se a exigência – atualmente contida no art. 32, da Lei n.º 8.884/94 - de especificação, no despacho de instauração do processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, dos fatos a serem apurados nessa investigação (art. 67).

12. Leniência

O Projeto de Lei prevê em seus artigos 87 e 88 o programa de leniência.

a) Insegurança jurídica: o CADE e não mais a União, como é hoje, passaria a celebrar os acordos de leniência (art. 87). Problema: dificilmente o Ministério Público seria envolvido com o processo de celebração do acordo de leniência, o que causaria insegurança ao administrado, no caso o leniente.

b) Art. 87, §1º: “O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária.” (grifamos).

Termo não técnico: “*estado à frente*”. Difícil identificar se a empresa esteve ou não à frente: conduta dinâmica / acordos tácitos.

c) Contradição entre os §§ 9º e 10, do art. 87:

“§9º - *Considera-se sigilosa a proposta de acordo de que trata este artigo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.* §10 – *Não importará em confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada, a proposta de acordo de leniência rejeitada, da qual não se fará qualquer divulgação.*” (grifamos)

Assim, fica a questão: guardar-se-ia ou não o sigilo da proposta? Foco de insegurança jurídica ao administrado.

13. Acordo – Ato de Concentração

a) O art. 95, do Projeto de Lei, prevê a figura do *acordo em controle de concentrações*:

“Art. 95. A *Superintendência-Geral* poderá, na forma previamente fixada pelo Tribunal, antes de impugnar a operação, firmar acordo com os interessados (...) de modo a assegurar o cumprimento das condições legais para a respectiva aprovação”.

Do projeto poder-se-ia deduzir o entendimento no sentido de que o acordo previsto no referido artigo seria equivalente ao compromisso de desempenho previsto no art. 58, da Lei n.º 8.884/94. Este entendimento certamente suscitaria disputas hermenêuticas desnecessárias.

Na verdade, o acordo em controle de concentrações assemelhar-se-ia à figura da negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração. Note-se que o próprio art. 95, do Projeto de Lei, é expresso ao determinar que a “*Superintendência-Geral* poderá, (...), antes de impugnar a operação, firmar acordo com os interessados (...)” (grifamos).

A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração é um direito subjetivo das requerentes de atos de concentração. O Projeto de Lei, ao determinar que a *SG* poderá *firmar acordo*, abriria espaço a uma interpretação no sentido de que caberia apenas ao Superintendente-Geral decidir se deveria ou não chamar as requerentes para uma eventual negociação do acordo.

14. Ênfase na análise de atos de concentração ou na repressão de condutas infrativas?

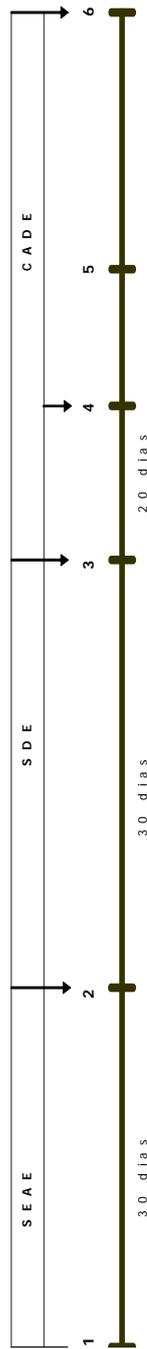
Contração entre o Projeto de Lei e sua exposição de motivos (EM nº 00107 – A – MJ/MF/MP).

Diz o art. 46, I, do Projeto de Lei: “*os atos de concentração terão prioridade sobre o julgamento de outras matérias*”.

EM nº 00107 – A – MJ/MF/MP, item 14: “*O Sistema tem conferido ênfase excessiva à análise de atos de concentração, em detrimento da repressão a condutas anticompetitivas, ao passo que internacionalmente existe o consenso a respeito de que um sistema de defesa da concorrência deve privilegiar a última vertente, tendo em vista seu potencial lesivo aos consumidores*” (grifamos).

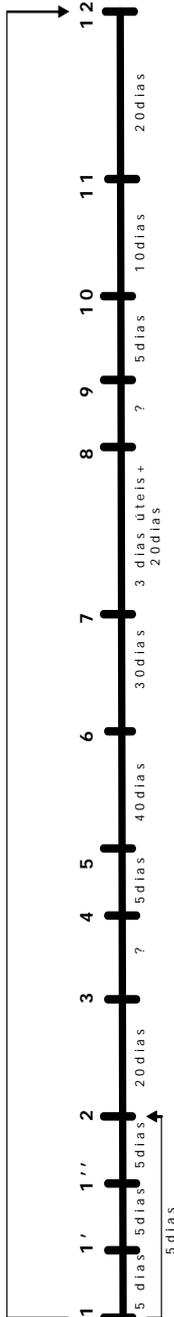
VI. Fluxogramas: comparação entre a Lei atual e o Projeto de Lei

LEI N.º 8.884/94
ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA*



- 1** Protocolo em 3 vias na SDE, sendo imediatamente uma via enviada ao CADE e uma à SEAE (art. 54, parágrafo 4º).
OBS: Recebida da SDE uma das vias da notificação, proceder-se-á a distribuição do processo na primeira Sessão de Distribuição realizada pelo CADE
- 2** Expedição de parecer pela SEAE no prazo de 30 dias (art. 54, parágrafo 6º) / Autos encaminhados à SDE.
OBS: As decisões do CADE não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo (art. 50).
- 3** Expedição de parecer pela SDE no prazo de 30 dias (art. 54, parágrafo 6º) / Autos encaminhados ao CADE.
OBS: Os prazos estabelecidos ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo. Não tendo sido apreciados pelo CAde no prazo estabelecido, serão automaticamente considerados aprovados (art. 54, parágrafo 7º e 8º).
- 4** Expedição de parecer pela Procuradoria do CADE no prazo de 20 dias (arts. 10 e 42).
OBS: Os prazos e etapas aqui identificados são aqueles referidos na Lei n.º 8.884/94, para efeito de comparação entre esta e o Projeto de Lei.
- 5** Expedição de parecer pelo Ministério Público Federal (art. 12).
OBS: Os prazos e etapas aqui identificados são aqueles referidos na Lei n.º 8.884/94, para efeito de comparação entre esta e o Projeto de Lei.
- 6** Julgamento pelo Plenário do CADE (art. 54, parágrafo 6º).

PROJETO DE LEI Nº 5.877/05 PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA APROVAÇÃO DE ATO DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA*



? = Não há prazo previsto no Projeto de Lei

1 Protocolo da notificação, em 4 vias, no CADE (art. 48) / No prazo de 5 dias contados do protocolo da notificação, o Superintendente Geral (SG) poderá determinar que, no prazo de 5 dias, seja emendada a notificação (art. 48, §1º).

1º Protocolo, em 4 vias, da notificação emendada, no prazo de 5 dias contados da data da publicação do despacho do SG (art. 48, §1º).

2 No prazo de 5 dias contados do protocolo da notificação sem vícios, com ou sem emenda, o SG publicará edital (art. 48, §2º).

OBS: O SG encaminhará as demais cópias da notificação à SEAE, à Procuradoria Federal e ao MPF para que esses órgãos, querendo, se manifestem.

3 No prazo de 20 dias contados da publicação do edital, o SG deverá:

- a) proferir decisão terminativa (decisão recorível) (art. 49, I); ou
- b) determinar a realização de instrução probatória. **Não há prazo estipulado no**

Projeto de Lei ao SG para que ele conclua a instrução probatória. (art. 49, II).

4 Conclusão da instrução probatória.

5 No prazo de 5 dias contados da conclusão da instrução probatória, o SG se manifestará: a) sobre o satisfatório cumprimento da instrução processual (art. 50); ou

b) determinando sejam refeitas as provas (art. 50). Nesta hipótese, dar-se-ia início a uma nova instrução probatória, retornando-se ao item **3.b**).

6 No prazo de 40 dias contados do satisfatório cumprimento da instrução processual, o SG deverá:

- a) aprovar o ato sem restrições (art. 51, I) (decisão recorível);
 - b) aprovar o ato com restrições (art. 51, D);
- ou

c) rejeitar o ato de concentração (art. 51, D).

Nas duas últimas hipóteses, o SG oferecerá impugnação ao ato, encaminhando os autos ao Tribunal (art. 51, I e II).

OBS: o SG poderá, antes de impugnar o

ato, firmar acordo com as requerentes, de modo a assegurar o cumprimento das condições legais à respectiva aprovação (art. 95).

7 No prazo de 30 dias contados da publicação da distribuição do ato a um Conselho-Relator, as requerentes poderão apresentar defesa administrativa (ao Presidente do Tribunal) (art. 53).

8 No prazo de 20 dias contados do 3º dia útil após o decurso de prazo para apresentação da defesa administrativa, o Conselho-Relator proferirá decisão:

- a) determinando a inclusão do processo em pauta para julgamento (art. 54, I) (nessa hipótese, passar-se-ia ao item 15 abaixo);
- b) determinando ao SG e às requerentes a realização de novas provas complementares, especificando-as (art. 54, II);
- c) autorizando ou suspendendo precária ou liminarmente a realização do ato de concentração econômica, (art. 54, III).

9 Conclusão da instrução probatória.

10 No prazo de 5 dias contados da conclusão da instrução probatória, o Conselho-

ro-Relator deverá se manifestar sobre o satisfatório cumprimento das diligências:

- a) recebendo-as como adequadas (art. 55); ou
- b) determinando sejam refeitas (art. 55) (nessa hipótese, dar-se-ia início à realização de novas diligências, retornando-se ao item **10.b**).

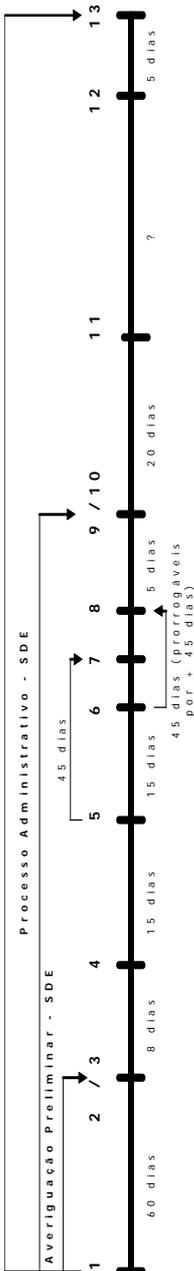
11 No prazo de 10 dias contados da data da intimação da decisão de recebimento das provas, o SG e as requerentes poderão apresentar memoriais (art. 56).

12 No prazo de 20 dias contados do decurso de prazo para apresentação de memoriais, o Conselho-Relator incluirá o caso na pauta para julgamento (art. 57) / Julgamento.

OBS: conhecido o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisito no âmbito do Poder Executivo (art. 59, p.u.)

* **Os prazos e etapas aqui identificados são aqueles referidos no Projeto de Lei, para efeito de comparação entre este e a Lei n.º 8.884/94.**

AVERIGUAÇÃO PRELIMINAR / PROCESSO ADMINISTRATIVO*



? = Não há prazo previsto no Projeto de Lei

1 Promoção de Averiguação Preliminar pela Secretaria de Direito Econômico, quando os indícios de infração não forem suficientes à instauração de processo administrativo (art. 30).

2 Conclusão da Averiguação Preliminar, no prazo de 60 dias. O Secretário de Direito Econômico poderá arquivá-la, ou instaurar processo administrativo (art. 31).

OBS: Nas averiguações preliminares, o Secretário da SDE poderá adotar quaisquer das providências previstas nos artigos referentes à instrução processual de processos administrativos, inclusive requerer esclarecimentos da Representada ou de terceiro (art. 30, parágrafo 1º).

3 Conhecimento do fato supostamente infrativo, da representação, ou do encerramento das averiguações preliminares pelo Secretário de Direito Econômico (art. 32).

4 O processo administrativo será instaurado, pelo Secretário de Direito Econômico, no prazo de 8 dias contados da data do conhecimento do fato suposta-

mente infrativo, da representação, ou do encerramento das averiguações preliminares (art. 32). A representada será intimada da instauração do processo administrativo e intimada a apresentar defesa (art. 33).

5 Apresentação de defesa pela representada no prazo de 15 dias (art. 33).

6 No prazo de 15 dias contados do protocolo da defesa, a SDE determinará a realização de diligências e a produção de provas de interesse da Secretaria (art. 35).

7 A representada apresentará as provas de seu interesse no prazo de 45 dias, contados do protocolo da defesa (art. 37).

8 Encerrado o prazo de 45 dias para a conclusão das diligências (art. 35), o Secretário de Direito Econômico poderá:

a) determinar o encerramento da instrução processual e a intimação da representada para, no prazo de 5 dias, apresentar alegações finais (art. 35, parágrafo 1º); ou

b) determinar a prorrogação, por mais 45 dias, do prazo para a realização de diligências (art. 35, parágrafo 1º).

9 Protocolo das alegações finais pela re-

presentada no prazo de 5 dias (art. 39) / O Secretário de Direito Econômico, em relatório circunstanciado, decidirá:

a) pela remessa dos autos ao Cade para julgamento; ou

b) pelo seu arquivamento, recorrendo de ofício ao Cade (art. 39).

10 O Conselho-Relator abrirá vista à Procuradoria do CADE, pelo prazo de 20 dias (art. 42).

11 Expedição do parecer da Procuradoria do CADE e remessa dos autos ao gabinete do Conselho-Relator (art. 42) / O Conselho-Relator poderá determinar a realização de diligências complementares ou requerer novas informações, na forma do art. 35, bem como facultar à Representada a produção de novas provas, quando entender insuficientes à formação de sua convicção os elementos existentes nos autos (art. 43).

12 O Conselho-Relator elaborará o voto e incluirá o processo na pauta para julgamento, intimando as partes do julgamento em até 5 dias anteriores à sua realização (art. 45).

13 Julgamento do Processo Administrativo pelo Plenário do Cade.

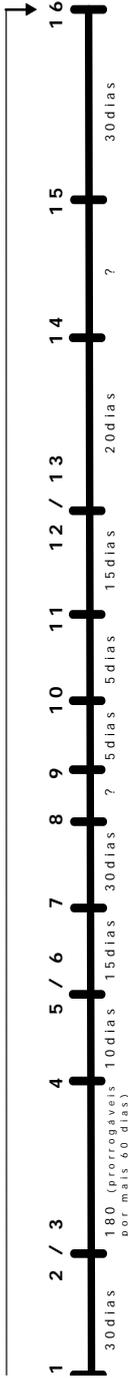
OBS: Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselho-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do Cade, adotar medida preventiva (art. 52).

OBS: 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 (art. 53).

OBS: A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo* de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica (art. 35-B).

* Os prazos e etapas aqui identificados são aqueles referidos na Lei n.º 8.884/94, para efeito de comparação entre esta e o Projeto de Lei.

PROJETO DE LEI N.º 5.877/05
PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO DE INQUÉRITO ADMINISTRATIVO, INQUÉRITO ADMINISTRATIVO E PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA IMPOSIÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS POR INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA*



solicitará a inclusão do processo em pauta para julgamento (art. 74) / Julgamento.

OBS: As decisões do Tribunal não comportam revisão no âmbito do Poder Executivo, promovendo-se de imediato sua execução (art. 80).

OBS: Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Conselheiro-Relator ou Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do CADE, adotar medida preventiva (art. 85).

OBS: Em qualquer fase do inquérito administrativo poderá ser proposto compromisso de cessação de prática sob investigação pela Superintendência-Geral, a ser celebrada *ad referendum* do Tribunal (art. 86).

OBS: O CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou redução da penalidade aplicável, com pessoas físicas e jurídicas que forem autores de infração à ordem econômica (art. 87).

*** Os prazos e etapas aqui identificados são aqueles referidos no Projeto de Lei, para efeito de comparação entre este e a Lei n.º 8.884/94.**

no da instrução processual, o SG notificará a representada para apresentação de alegações finais (art. 70).

II No prazo de 5 dias contados da notificação a representada deverá apresentar suas alegações finais (art. 70).

12 No prazo de 15 dias contados do decurso de prazo para apresentação das alegações finais, o SG remeterá os autos ao Tribunal opinando:

- a) pelo arquivamento dos autos (art. 71); ou
 - b) pela configuração de infração (art. 71).
- 13** O Conselheiro-Relator poderá enviar os autos à Procuradoria do CADE para que ela se manifeste em 20 dias (art. 72).
- 14** Recebido o processo da Procuradoria, diretamente do SG, o Conselheiro-Relator poderá decidir:

- a) pelo julgamento do PA (art. 73); ou
- b) pela conversão do julgamento em diligência devolvendo os autos à SG para que a promova no prazo que determinar (art. 73).

15 Conclusão das diligências.

16 No prazo de 30 dias contados da conclusão das diligências, o Conselheiro-Relator

60, para encerrá-lo (art. 63, §8º).

4 Encerramento do inquérito administrativo.

5 No prazo de 10 dias contados do encerramento do inquérito administrativo o SG decidirá pelo:

- a) arquivamento do inquérito administrativo (art. 64) (decisão recorrível); ou
- b) instauração de processo administrativo (art. 64).

6 Notificação da Representada para apresentar defesa e especificar as provas que pretende sejam produzidas, no prazo de 15 dias (art. 67).

7 Protocolo da defesa pela Representada no prazo de 15 dias, contados da sua notificação, para apresentar defesa.

8 No prazo de 30 dias contados do decurso de prazo para apresentação de defesa, o SG determinará a produção de provas (art. 69).

9 Conclusão da instrução processual (não há prazo estipulado no Projeto de Lei ao SG para que ele conclua a instrução processual).

10 No prazo de 5 dias contados do término

? = Não há prazo previsto no Projeto de Lei

1 Protocolo de representação por qualquer interessado ou verificação por parte do SG de indício de infração à ordem econômica (peças de informação) (art. 63, §1º) / O SG poderá instaurar procedimento preparatório, cujas diligências deverão ser realizadas em 30 dias (art. 63 §2º).

2 O SG decidirá:

- a) instaurar o inquérito administrativo para apuração de infração à ordem econômica (art. 63, "caput"); ou
- b) arquivar o procedimento preparatório ou indeferir o requerimento de abertura de inquérito administrativo, ou determinar seu arquivamento (art.63,§3º), (decisão recorrível)

OBS: Do despacho que ordenar o arquivamento do procedimento preparatório, indeferir o requerimento de abertura, ou determinar seu arquivamento, caberá recurso de qualquer interessado e do MPF ao SG (art. 63, §3º).

3 Instaurado o inquérito administrativo, o SG terá 180 dias, prorrogáveis por mais

RESTRIÇÕES VERTICAIS: EFEITOS ANTICOMPETITIVOS E EFICIÊNCIAS

*Jorge Fagundes**

I. Introdução

Neste artigo, será realizada uma breve revisão da literatura econômica sobre práticas restritivas verticais, bem como de determinados aspectos operacionais e legais no âmbito da legislação brasileira de defesa da concorrência. A principal conclusão é a de que a ausência de competição intermarca significativa – ou seja, de competição entre cadeias verticais (produtores/distribuidores) que produzem e comercializam marcas diferentes dentro de um dado mercado relevante - implica elevada probabilidade de que as restrições verticais efetivadas por uma empresa com forte posição dominante gerem efeitos anticompetitivos líquidos. Embora não seja mencionada diretamente, deve-se notar que a integração vertical produz efeitos- tanto os anticompetitivos, como aqueles identificados como eficiências econômicas – basicamente idênticos aos observados no caso das restrições verticais¹.

II. Considerações Preliminares

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

* Doutor em Economia pela IE/UFRJ e sócio da Fagundes Consultoria Econômica. E-mail: jfag@unisys.com.br

¹ Com efeito, em algumas circunstâncias, os produtores podem encontrar dificuldades para restringirem as ações de fornecedores ou distribuidores por meio de contratos. Como resultado, a integração vertical surge como uma possível solução privada.

Dentre as numerosas práticas verticais destacam-se as seguintes, na literatura e na jurisprudência internacionais:

- (i) *Fixação de preços de revenda* (“*resale price maintenance*”, ou RPM), pela qual um produtor estabelece os preços – máximos, mínimos ou rígidos - a serem praticados na venda final pelos distribuidores ou revendedores de seus produtos;
- (ii) *Acordos de exclusividade* (“*exclusionary practices*”), pelos quais duas empresas relacionadas verticalmente acordam realizar suas transações de forma exclusiva – tipicamente, um produtor ou distribuidor/revendedor se compromete a comprar ou negociar com exclusividade produtos de um dado fornecedor;
- (iii) *Venda casada* (“*tying*” ou “*tie-in*”), em que uma empresa vende a outra ou ao usuário final um conjunto de produtos e/ou serviços apenas de forma conjunta, recusando-se a comercializá-los separadamente;
- (iv) *Recusa de negociação* (“*refusal to deal*”), quando uma empresa (que tanto pode ser o fornecedor/produtor de determinado bem ou serviço como o seu comprador/distribuidor) se recusa a vendê-lo ou comprá-lo a outra empresa em condições consideradas normais no mercado;
- (v) *Discriminação de preços*, que consiste na prática por uma empresa de preços diferentes para clientes diferentes;
- (vi) *Restrições territoriais e de base de clientes*, em que tipicamente um produtor/fornecedor limita contratualmente a área de atuação dos seus revendedores ou distribuidores, seja em termos geográficos ou quanto a certas características dos clientes; e
- (vii) *preços não lineares* (ou ainda *franchise fee* ou tarifas em duas partes), em que, contratualmente, o montante recebido pelo distribuidor, por exemplo, é composto por duas partes; uma fixa (*franchise fee*), independentemente da quantidade comercializada, e outra variável. Como resultado, o custo unitário de aquisição do produto pelo distribuidor diminui como função do volume comprado junto ao produtor, encorajando a compra de mais unidades.

O leitor deve notar que, dependendo das características de cada mercado, algumas restrições verticais podem não ser funcionais, isto é, não viabilizam a maximização dos lucros conjuntos da cadeia vertical. Por exemplo, se os custos de transporte são baixos e os custos de busca dos consumidores são negligíveis, a arbitragem pode tornar cláusulas de restrições territoriais, preços não lineares e descontos por quantidades ineficazes (incapazes de viabilizar discriminação de preços ou o aumento de poder de mercado dos distribuidores). Por outro lado, diferentes restrições verticais podem gerar o mesmo resultado, de modo que a proibição de somente

um determinado tipo por parte da autoridade antitruste não garante a solução do problema concorrencial que eventualmente tenha motivado a sua decisão.

Seja como for, em qualquer caso, uma premissa logicamente essencial para que possa ocorrer qualquer efeito prejudicial à concorrência em um ou mais dos mercados relevantes envolvidos na prática em questão é que, em pelo menos um dos mercados considerados, haja poder de mercado (“posição dominante”, no jargão às vezes utilizado, e presente na lei brasileira) por parte da(s) empresa(s) que adota(m) a referida prática.

A possível presença de efeitos anticompetitivos *líquidos* – ou seja, não totalmente compensados por eventuais ganhos de eficiência - oriundos de práticas verticais é um dos temas mais polêmicos tanto na literatura como na jurisprudência antitruste. Por um lado, a jurisprudência internacional, historicamente vinha considerando muitas dessas práticas suficientemente anticompetitivas a ponto de tratá-las como ilegais *per se*; por outro lado, a extensa literatura antitruste de comentário legal e de orientação mais econômica, ao contrário, tem admitido que tais práticas podem proporcionar importantes ganhos de eficiência, geralmente associados à redução de custos de transação, que devem ser considerados e avaliados em cada caso. Seja como for, as principais conseqüências dessa segunda tendência mais recente têm sido:

- (i) a crescente incorporação na análise antitruste – principal mas não exclusivamente no caso das práticas verticais - de critérios de avaliação mais amplos e tecnicamente mais precisos, não apenas quanto a seus possíveis efeitos anticompetitivos, como em particular quanto aos possíveis ganhos de eficiência. Evidentemente, as práticas restritivas verticais são um comportamento legítimo, desde de que as mesmas permitam a alocação com mais eficiência, ou seja, com menor dispêndio de recursos econômicos, de mercadorias e de serviços do produtor ao consumidor final, sem restrições desnecessárias ao princípio da livre concorrência e sem gerarem redução do excedente dos consumidores; e
- (ii) em grande parte devido a tais aperfeiçoamentos, o progressivo abandono, por parte dos tribunais e especialmente da Suprema Corte nos E.U.A., da aplicação a práticas verticais do critério de ilegalidade *per se*, em benefício da aplicação legal da *regra da razoabilidade* (“*rule of reason*”), que determina o exame, caso a caso, do balanço dos efeitos anticoncorrenciais *vis-à-vis* os prováveis ganhos de eficiência de cada conduta vertical específica.

No caso brasileiro, prevalece a convicção generalizada na comunidade de defesa da concorrência, que se expressa na literatura e na jurisprudência,

de que a Lei 8.884/94, em seu artigo 20, não contempla a possibilidade de aplicação do critério de ilegalidade *per se* na avaliação de condutas, e por conseguinte impõe a análise dos efeitos líquidos com base na “regra da razão”. De fato, a Resolução número 20 de 1999 do CADE, que trata precisamente de complementar a regulamentação dos Processos Administrativos referentes a condutas tidas como anticompetitivas, sintetiza em seu Anexo I o que se deve entender como aplicação deste critério à análise de tais condutas:

“Como no caso das restrições horizontais, as práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado sobre o mercado relevante “de origem”, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado “alvo” das práticas, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência. Embora tais restrições constituam em princípio limitações à livre concorrência, podem também apresentar benefícios (“eficiências econômicas”) que devem ser ponderados *vis-à-vis* os efeitos potenciais anticompetitivos, de acordo com o princípio da razoabilidade”²

Adiante, na definição dos passos básicos para análise (Anexo II), acrescenta na mesma direção:

“Aplicando-se o princípio da razoabilidade, esses requisitos [posição dominante em um mercado relevante] constituem condições necessárias, mas não suficientes, para considerar uma conduta prejudicial à concorrência. Para tanto é preciso avaliar seus efeitos anticompetitivos e ainda ponderá-los *vis-à-vis* seus possíveis benefícios (“eficiências”) compensatórios.”³

Note-se, no entanto, a importância de que a análise antitruste (o *balanço* dos efeitos positivos e negativos) das práticas restritivas verticais – incluindo a integração vertical - seja realizada a partir do uso do critério do *price standard*, isto é, **pelo exame de seus impactos finais sobre o excedente do consumidor**. Com efeito, é claro que as práticas restritivas verticais, entre elas os contratos de exclusividade, geram ganhos privados para os agentes que as utilizam, seja por meio de fechamento de mercado e incremento das barreiras à entrada, seja por meio de redução de custos de distribuição, por exemplo.

Entretanto, se os efeitos de tais práticas se traduzem exclusivamente em benefícios privados, na forma de um maior excedente do produtor, gerando, simul-

² Resolução nº 20 do CADE/MJ (1999); p. 52.

³ *Ibidem*, p. 57.

taneamente, perdas em termos do **excedente do consumidor** (por meio do aumento de preços, dado o menor nível de competição), então, mesmo que haja incremento do excedente total (critério de Williamson), as autoridades antitruste devem coibi-las. Caso contrário, a ausência de intervenção antitruste não estará salvaguardando o interesse público, a concorrência e o bem estar social⁴.

Neste contexto, a lei 8.884/94 contempla expressamente em seu Art. 54, § 1º, como requisitos indispensáveis à aprovação de atos de concentração e outros que possam prejudicar a concorrência, *tanto* a obtenção de “eficiências” (inciso I) *quanto* a geração de efeitos distributivos sobre o mercado e os consumidores (inciso II), e mesmo assim *desde que* não impliquem a eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante.

Dado o paralelismo de propósito e conteúdo entre este e o Art. 20 da lei, é natural estender-se às *condutas anticompetitivas* esta mesma interpretação de que o critério de eficiência alocativa (excedente total) não deve ser tomado isoladamente na avaliação dos efeitos líquidos das condutas, sem consideração não só de eventuais efeitos distributivos, como em particular da extensão em que a concorrência está sendo prejudicada ou eliminada do mercado. Aliás, do ponto de vista das análises de atos de concentração, o CADE já se manifestou explicitamente a favor do critério do *price standard*, como sendo o mais apropriado para o caso brasileiro⁵. Em minha opinião, não há motivos econômicos ou legais para que o mesmo raciocínio e critério não sejam estendidos para o exame de condutas anticompetitivas.

III. Efeitos Anticompetitivos e Eficiências

Em termos gerais, existem duas escolas de pensamento sobre as conseqüências das restrições verticais sobre o bem estar social. No primeiro grupo estão aqueles que acreditam que tais restrições são prejudiciais à concorrência somente quando existe poder de mercado por parte dos fabricantes que as introduzem, valorizando as eficiências a elas associadas⁶. Já o segundo grupo postula que as restrições verticais produzem efeitos anticompetitivos mais amplos, requerendo ainda maior atenção das autoridades antitruste⁷.

⁴ Salvo se os consumidores também fossem proprietários das firmas com práticas verticais restritivas. Ver Fagundes (2003; 2003a e 2003b).

⁵ Ver Caso Nestlé-Garoto.

⁶ Ver Bork (1978) e Posner (1976).

⁷ Ver Scherer e Ross (1990).

No âmbito de contratos de exclusividade, por exemplo, Salop e Scheffman (1983), Comanor e Frech (1985), Schwartz (1987), Mathewson e Winter (1987), Rasmusen *et alli* (1991) e Bernheim e Whinston (1998) apresentam modelos que descrevem os incentivos para um fabricante introduzir práticas verticais de exclusividade voltadas para o fechamento de mercado para seus rivais (ou aumento das barreiras à entrada). A essência de todos estes artigos se encontra no postulado de que uma firma pode obter benefícios com contratos de exclusividade que forcem seus competidores a utilizar distribuidores menos eficientes (com maiores custos) ou, no caso extremo, que provoquem a eliminação da rivalidade pelo fechamento de mercado.

Por outro lado, Besanko e Perry (1993) e Segal e Whinston (2000) apresentam modelos em que os contratos de exclusividade geram incentivos para que as firmas invistam mais em seus distribuidores (reduzindo os custos de distribuição), ao eliminar externalidades negativas associadas ao compartilhamento de distribuidores por vários fabricantes⁸. Adicionalmente, outros estudos argumentam que os distribuidores exclusivos têm maiores incentivos para prestarem serviços de maior qualidade. Bernheim e Whinston (1998), por exemplo, apresentam um modelo que mostra como os contratos de exclusividade podem resolver problemas de incentivos entre fabricantes e distribuidores não exclusivos, em particular quando as marcas dos fabricantes rivais são boas substitutas entre si⁹: distribuidores exclusivos podem requerer um menor *mark-up* para prover os serviços adequados *vis a vis* distribuidores não exclusivos.

Recente estudo de Asker (2004)¹⁰ mostra que os efeitos da intervenção antitruste no caso de uma proibição de contratos de exclusividade na indústria de *cervejas* dependem da *origem* das vantagens de custos para aqueles que usam tais contratos (*op. cit.*, p. 44):

“Depending on the source of the cost advantage, there may be scope for intervention by an antitrust authority. If the cost advantage comes primarily from foreclosure effects then intervention may improve consumer surplus and total industry profits by up to 42%. However, if the cost advantage come from increased incen-

⁸ Ver também Marvel (1982) e Ornstein (1989), com argumentos similares, porém menos formalizados.

⁹ Ver também Prat e Rustichini (2003); Martimort (1996) e Klein e Murphy (1988).

¹⁰ Em seu estudo, realizado no âmbito do mercado de cervejas de Chicago em 1994, Asker concluí pela ausência de fechamento de mercado e, portanto, pela ineficácia de uma eventual intervenção antitruste naquele mercado.

tives for cost reducing investment then intervention has the capacity to decrease consumer surplus and industry profits by up to 21%. This suggests that understanding the economic rationale for exclusive dealing is critical for a successful antitrust response. It also suggests that the current rule of reason approach to exclusive dealing by the courts is entirely justified, especially given the magnitude of the impact of exclusive distribution arrangements on welfare.”

Em geral, na medida em que produtores e distribuidores afetam, por meio de suas diversas decisões, os lucros *conjuntos* da cadeia vertical da qual participam, surgem problemas de coordenação, *free riding* ou externalidades¹¹. O reconhecimento destes problemas leva as seguintes observações:

(i) na maior parte dos casos, a utilização de um simples preço de atacado linear (produtor à distribuidor) não é suficiente para garantir uma coordenação adequada entre o fabricante e seus distribuidores, impedindo a maximização dos lucros conjuntos. Para resolver este problema *privado*, diversas restrições verticais podem ser utilizadas; e

(ii) embora estas restrições certamente beneficiem as firmas produtoras, **seus efeitos sobre o bem estar dos consumidores são incertos: em especial, quanto menor o grau de competição intermarcas, mais provável é a existência de impactos negativos sobre o excedente do consumidor**. Como afirmam Mathewson e Winter (1986, grifo meu):

“Contracts that maximise industry profits need not to be welfare-improving. The willingness of the manufacturer to trade-off a higher price for greater product information or availability does not give an *a priori* signal of the social desirability of the restrains; for the restrains to be socially-efficient, the movement from the equilibrium *without* restrains to the equilibrium *with* restrains must increase the total surplus, **including consumers` surplus, and not only manufactures` profits.....**”

¹¹ Como se sabe, as relações entre fabricantes e distribuidores são relações do tipo principal-agente: o principal – o produtor – contrata o agente - o distribuidor – para realizar certas tarefas que, no entanto, não podem ser inteiramente controladas pelo primeiro. Este problema de informação e monitoramento pode dar origem a comportamentos oportunistas por parte dos distribuidores. Por exemplo, em alguns casos, os distribuidores podem investir menos do que o contratado em propaganda, pegando “carona” na reputação do produtor e nos esforços de outros distribuidores. Esta externalidade pode ser, do ponto de vista privado, resolvida pela imposição de restrições verticais. Os impactos sociais, no entanto, podem ser negativos.

A seguir, os principais efeitos anticompetitivos, bem como as possíveis eficiências das práticas restritivas verticais, são apresentados. A predominância de um destes dois tipos de efeitos, assim como a natureza da restrição vertical a ser adotada, depende das informações que podem ser observadas e monitoradas pelos fabricantes (“ambiente informacional”) e das estruturas de mercado horizontais e verticais presentes num determinado mercado em particular, tal como o grau de concorrência intermarcas.

III.1. Restrições Verticais e Efeitos Anticompetitivos

As práticas restritivas verticais podem ser anticompetitivas quando reduzem a concorrência, mediante seus efeitos horizontais, entre fabricantes e/ou distribuidores, reduzindo as opções e o bem estar dos consumidores. Por exemplo, contratos de exclusividade podem inibir a entrada de novos competidores ou ainda a exclusividade territorial pode gerar poder de monopólio.

Note-se que as restrições verticais, ao afetarem a natureza da competição intramarca entre as firmas *downstream* - e, portanto, indiretamente, o comportamento dos fabricantes *upstream* - alteram os incentivos e comportamentos da estrutura vertical e de seu relacionamento estratégico com estruturas verticais rivais (isto é, a de outros fabricantes e seus distribuidores). Em outras palavras, as mudanças no grau de competição intramarcas modificam o grau de competição intermarcas. Estas mudanças, bem como a própria redução da concorrência intramarca quando a rivalidade intermarcas é fraca, geram potenciais efeitos anticompetitivos.

Cartelização e Colusão Tácita

Um determinado fabricante, ao impor um preço mínimo de revenda, pode auxiliar um cartel de distribuidores (Ornstein (1985)). Da mesma forma, a exclusividade territorial pode inibir a competição pelos varejistas e impedir a entrada de novos concorrentes. Como se sabe, a principal questão associada a estes argumentos está na motivação das firmas *upstream* para introduzirem tais práticas: caso não possuam poder de mercado, estas firmas seriam indiferentes ao uso das restrições verticais; no entanto, caso possuam poder de mercado, tais práticas poderiam originar o problema de dupla marginalização. No entanto, deve-se notar que uma possível resposta a esta questão está na eliminação da competição intramarca, sobretudo quando a competição intermarca é fraca.

As restrições verticais associadas a fixação de preço de revenda por parte de fabricantes também pode facilitar a colusão tácita do mercado *upstream*

(ver Jullien-Rey (2002)). Ao garantir preços uniformes, a fixação de preços de revenda facilita a colusão tácita na medida em que torna mais fácil a detecção de cortes de preços: na medida em que os preços dos distribuidores respondem também a choques locais nas condições de oferta e demanda, na ausência da fixação de preços por parte dos fabricantes, a identificação das mudanças de preços provocadas por alterações nos preços de vendas dos fabricantes para os distribuidores seriam muito difícil.

Delegação Estratégica

Trata-se da idéia de que as firmas *upstream* podem reduzir a competição por meio da delegação da decisão sobre preços para os distribuidores. Nestes casos, os modelos são voltados para analisar os impactos da redução da competição intramarca sobre a competição intermarcas entre estruturas verticais distintas. Suponha-se, por exemplo, que fabricantes competidores vendam suas marcas por intermédio de diferentes distribuidores.

Caso a competição intermarcas seja forte entre os distribuidores, seus preços de venda serão muito próximos dos preços de aquisição dos produtos junto aos fabricantes, de modo que a situação praticamente equivale aquela que ocorreriam caso os fabricantes se enfrentassem diretamente, sem a existência da cadeia de distribuição. Mas se estes reduzem a competição intramarca por meio, por exemplo, de exclusividade territorial, então os distribuidores terão maior liberdade na determinação do preço (via maior poder de mercado) e normalmente seus preços de venda tenderão a acompanhar um aumento dos preços de venda das marcas *rivals*.

Logo, a diminuição da competição *intramarca* faz com que a demanda percebida pelos fabricantes seja menos elástica, inclinando-os a manterem preços elevados. Em outras palavras, a restrição vertical é uma forma do fabricante se comprometer com um comportamento pouco agressivo com seus *rivals*, estimulando-os a cobrarem preços mais altos: tal restrição reduz simultaneamente a competição *intra* e *intermarcas*¹².

Por exemplo, Rey e Stiglitz (1995) mostram que o equilíbrio de *Nash* em preços é menor do que aquele que maximizaria os lucros conjuntos, quando os fabricantes (supondo que esses têm poder de mercado) determinam diretamente seus preços. Entretanto, se os distribuidores têm algum poder de mercado e os

¹² Ver Caillaud e Rey (1995) para uma resenha da literatura sobre delegação estratégica.

fabricantes delegam as decisões de preços para esses agentes, então o preço de equilíbrio é maior. Isto ocorre porque preços são, normalmente, complementos estratégicos (isto é, as funções de reação são positivamente inclinadas). Um aumento dos preços aos distribuidores também se reflete em maiores preços finais (no varejo), sobretudo em mercados com baixa rivalidade intermarcas. Como esses resultados dependem da presença de poder de mercado tanto por parte dos fabricantes, como por parte dos distribuidores, a concessão de exclusividade territorial é uma solução *privada* para o problema¹³.

Fechamento de Mercado e Elevação dos Custos dos Rivais

Possivelmente a maior preocupação das autoridades antitruste é a possibilidade de que as restrições verticais, como contratos de exclusividade ou vendas casadas, provoquem o fechamento de um nível da cadeia vertical ou a elevação dos custos de acessá-lo. Este fechamento pode levar a expulsão dos rivais, aumento das barreiras à entrada¹⁴ ou mesmo a redução da intensidade da concorrência (ver Krattenmaker e Salop (1986), Aghion e Bolton (1987); Comanor e Rey (2000) e Salop e Scheffman (1983, 1987))¹⁵.

A integração vertical ou o fechamento de mercado também podem deter a entrada de novos competidores por exigir a entrada simultânea em duas etapas da cadeia vertical¹⁶. Esta possibilidade, na verdade, constitui boa parte da base ao ataque da escola da Chicago, na qual práticas verticais raramente implicam a redução da competição.

Discriminação de Preços

As restrições verticais também podem viabilizar a discriminação de preços, com efeitos ambíguos sobre o bem estar social. Vários autores mostra-

¹³ Note-se que estes argumentos são válidos somente se a competição na etapa do varejo é por preços e não por quantidade. Ver também Vickers (1985) e Bonanno-Vickers (1988).

¹⁴ Ver Rasmusen *et al.* (1991), Bernheim e Whinston (1998), Winston e Segal (2000), Whinston (1990) e Nalebuff (2004).

¹⁵ Evidentemente, este argumento supõe que a entrada seja difícil no nível que houve o fechamento, em função, por exemplo, de economias de escala ou escassez de locações convenientes.

¹⁶ Ver Non-Horizontal Merger Guidelines do Departamento de Justiça norte-americano em <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/2614.htm>, §4.21.

ram que restrições verticais como contratos de exclusividade e vendas casadas podem ser usadas pelos fabricantes para viabilizar esquemas de discriminação de preços (ver Burstein (1960), Perry (1980), e Chen e Ross (1993))

Por exemplo, a demanda pelo produto em diferentes regiões pode ter diferentes elasticidades, de modo que a maximização de lucros por parte do fabricante implique a cobrança de preços distintos. Para evitar arbitragem entre os seus distribuidores, o fabricante pode determinar exclusividade territorial.

No entanto, a discriminação de preços viabilizada ou facilitada por restrições verticais, sobretudo por parte de empresas com forte posição dominante, também pode criar poder de mercado ou mantê-lo. Estratégias de preços diferenciados segundo os distintos segmentos do mercado podem proporcionar a redução da rivalidade intermarcas e o enfraquecimento da agressividade de competidores.

No limite, a utilização de preços predatórios pode eliminar um concorrente do mercado. De fato, a exclusão de competidores por meio de preços diferenciados pode ser feita com descontos ou sistemas de fidelidade cuidadosamente desenhados para promover a exclusão. Segundo Matsura e Mello (2005, p. 19):

“A habilidade para discriminar preços varia com a fatia de mercado. Quanto maior a fatia de mercado de uma empresa em relação à de seus rivais, mais provável é que a discriminação implique restrição à competição. Grandes fatias de mercado provavelmente abrigam uma grande diversidade de elasticidades que podem ser manipuladas como fonte de dominância.”

Problemas de Comprometimento

As restrições verticais – bem como integrações verticais – podem ter efeitos negativos sobre o bem estar dos consumidores quando permitem que um produtor com poder de mercado cobre preços mais altos, isto é, exerça seu poder de mercado. Isto ocorre quando o produtor é capaz de se *comprometer* com o fornecimento de seu produto para um único distribuidor em uma determinada área (ou seja, de se comprometer em não reduzir secretamente seus preços para alguns distribuidores específicos)¹⁷. Neste caso, a competição potenci-

¹⁷ Na ausência de seu comprometimento e supondo-se contratos não observáveis com distribuidores (isto é, cujos termos não são públicos), a firma *upstream* tem incentivos para tentar renegociar seus termos. Os distribuidores, antecipando essa possibilidade, não estarão dispostos a pagar um preço de aquisição pelo produto da firma *upstream* que reflita seu poder de mercado, reduzindo seus lucros.

al entre os distribuidores pelo direito de ser o distribuidor exclusivo do produtor naquela região implicará o pagamento de um preço de aquisição do produto que reflete o poder de mercado do produtor.

Uma forma do monopolista ou uma firma com poder de mercado se comprometer da forma acima descrita é por meio de um contrato de exclusividade territorial, fechando o acesso ao produto por parte de outros distribuidores. Do ponto de vista dos impactos sociais, tal restrição vertical reduz o excedente agregado e o excedente dos consumidores. Evidentemente, quanto maior a competição intermarcas, menor é o impacto negativo do ponto de vista social, posto que essa inibiria o poder de mercado do produtor, cujo exercício *dentro da sua cadeia vertical* foi possibilitado pela restrição vertical (Motta, 2004, p. 343).

Em resumo, a literatura econômica sobre restrições verticais mostra que as mesmas podem produzir resultados socialmente indesejáveis. Essa probabilidade é tanto maior quanto menor for o grau de competição enfrentado pela cadeia vertical formada entre um determinado produtor e seus distribuidores, isto é, menor for a concorrência intermarca.

III.2. Restrições Verticais como Eficiências

As restrições verticais podem ser promotoras de eficiências econômicas na medida em que ajudam a eliminar determinadas formas de externalidades *verticais* na relação fabricante-distribuidor, bem como externalidades *horizontais* entre distribuidores e/ou fabricantes, derivadas, por exemplo, de “*free-riding*” entre eles. Uma importante observação quando se analisam as eficiências de restrições verticais está na distinção - necessária sob o ponto de vista da defesa da concorrência - entre ganhos privados e ganhos sociais.

Com efeito, diversas restrições verticais são soluções eficientes do ponto de vista dos produtores ou da estrutura vertical formada por ele e seus distribuidores, mas não do ponto de vista social: tais restrições geram maiores lucros para os fabricantes ou para a cadeia vertical, porém as custas de um menor excedente dos consumidores, sobretudo quando a concorrência intermarcas é fraca. Nestes casos, resta claro que não podem ser aceitas sob a perspectiva da defesa da concorrência e do interesse público.

Dupla Marginalização

Um problema associado à presença de poder de mercado tanto no mercado *upstream*, como no mercado *downstream* é o de dupla marginalização, tratado

inicialmente por Spengler (1950) . No caso extremo, com dois monopólios, o monopolista *upstream* cobra um preço acima de seu custo marginal; este preço é o preço do “insumo” do monopolista *downstream* , que, por sua vez, também cobrará um preço acima de seu custo marginal, resultando num preço final para o consumidor (ou quantidade) acima (abaixo) daquele que maximiza os lucros conjuntos dos dois monopolistas (isto é, de um suposto monopolista verticalmente integrado)¹⁸ .

Em outras palavras, há uma *externalidade vertical* (entre o fabricante e o distribuidor) que deriva do fato de que nenhuma das partes, quando determina seu preço, leva em consideração o efeito de seu preço sobre o lucro da outra parte.

O fabricante, neste contexto, tem incentivos privados para solucionar ou minimizar este problema. Possíveis soluções podem ser a fixação de um preço *máximo* de revenda ou, alternativamente, de quantidades mínimas de compra por parte do agente *downstream*¹⁹ . No caso de um fabricante que controle vários distribuidores, supondo-se uma competição por preço (Bertrand), o *aumento do número de estabelecimentos*, levando ao incremento da concorrência intramarca, também seria uma possível solução: ou seja, a maior concorrência entre os distribuidores também inibiria a dupla marginalização. Finalmente, a integração vertical também eliminaria a dupla marginalização.

Note-se, portanto, que quando associada ao problema da dupla marginalização, a restrição vertical gera, além de uma transferência de renda dos distribuidores para os fabricantes, um efeito pró-competitivo, isto é, *isoladamente*, resulta em menores preços e maior excedente do consumidor²⁰ .

Entretanto, a restrição vertical não é a única solução, podendo, em alguns casos, ser substituída pelo aumento da competição entre distribuidores.

¹⁸ Ver Greenhut e Ohta (1979) para uma análise de oligopólios.

¹⁹ Ou ainda o estabelecimento de preços não lineares (“*two-part pricing*”).

²⁰ Normalmente, os modelos tradicionais de dupla marginalização assumem uma única cadeia vertical, existindo um duplo monopólio (fabricante e distribuidor), um único produto, demanda determinística e todo o poder de barganha nas mãos do fabricante. Em situações mais complexas – fabricantes multiproduto, por exemplo, e distribuidores com espaço limitado -, o fabricante pode ter incentivos para utilizar outras restrições verticais. Ver Shaffer (1991). No entanto, as implicações em termos de bem estar são semelhantes às aquelas acima apresentadas. Finalmente, se existem incertezas associadas às condições de custo e de demanda do distribuidor, então as restrições verticais associadas de fixação de preços de revenda, tarifas em duas partes ou quantidades mínimas de compras deixam de ser soluções eficientes para o problema da dupla monopolização, supondo-se que os distribuidores são avessos ao risco: o melhor que o fabricante pode fazer é partilhar algum risco com o distribuidor. Ver Motta (2004, p. 309).

Finalmente, o problema da dupla marginalização seria, obviamente, agravado pela imposição de restrições *territoriais*, com impactos negativos sobre o bem estar social dos consumidores.

Serviços dos Distribuidores, Incentivos para Investimentos nos Distribuidores e Free Riding

Existem situações em que os distribuidores executam uma série de serviços que afetam a demanda pelo bem do fabricante, tais como consultoria pré-vendas, qualidade e esforço da equipe de vendas; *show-rooms*, serviços pós-venda; estacionamentos; etc. Estes esforços podem gerar externalidades *verticais* entre os fabricantes e seus distribuidores e externalidades *horizontais* entre os distribuidores e/ou os produtores. Uma distinção importante encontra-se no grau de apropriabilidade destes esforços: por exemplo, a oferta de serviços pré-venda pode dar origem a problemas de oportunismos entre distribuidores (*free riding*), enquanto que o aumento do número de caixas registradoras por parte de um determinado distribuidor, por exemplo, dificilmente geraria benefícios para os rivais desse distribuidor. Seja como for, a existência destas externalidades normalmente impede que um determinado fabricante e/ou distribuidor obtenha plenamente os benefícios associados aos serviços por ele prestados, resultando numa oferta insuficiente do nível (ou da qualidade) serviço que acompanha a venda de um produto.

Quando os serviços prestados por distribuidores são importantes na determinação dos níveis de venda dos produtos do fabricante e há possibilidade de “*free riding*” entre os distribuidores (externalidade horizontal entre distribuidores ou vertical na relação fabricante-distribuidores²¹), a fixação de preços de revenda *mínimos*²², o uso de preços não lineares ou a concessão de exclusividade territorial também podem estimular o fornecimento de um nível (ou qualidade) de serviços adequado por parte dos distribuidores, ao garantir maiores margens

²¹ Mesmo na ausência de *free riding* entre os distribuidores (externalidade horizontal), ainda pode haver uma externalidade vertical. Por exemplo, se o produtor é um monopolista e existem vários distribuidores competindo entre si, os incentivos desses para realizar uma venda adicional diferem daquele observado para o monopolista (por exemplo, a disposição para manter estoques elevados do último é maior do que os dos primeiros). Ver Carlton e Perloff (1994, p. 406).

²² Por outro lado, a fixação de preços de venda por parte de um fabricante, ao gerar maiores margens para os distribuidores, pode criar incentivos para que os mesmos “atraiam” os consumidores para determinadas marcas, ainda que estas sejam inferiores às rivais na mesma faixa de preço. Ver Grimes (1992).

de lucros e impor, portanto, grandes pedras a estes no caso do rompimento do contrato de distribuição (Klein e Murphy (1988))²³.

Note-se que, nestas situações: (i) o problema a ser resolvido deriva do fato de que cada distribuidor não pode, na ausência de qualquer restrição vertical, ser separadamente compensado pelos seus esforços individuais²⁴; (ii) há determinadas condições que devem estar presentes na indústria em que o distribuidor atua para que a restrição vertical possa de fato gerar alguma eficiência privada (e talvez social), não sendo, portanto, motivada somente pelos seus efeitos anticompetitivos; e (iii) pode surgir, quando a restrição gera poder de mercado para o distribuidor (na situação de exclusividade territorial na ausência de competição intermarcas, por exemplo), como resultado da restrição vertical, um outro problema, privada e socialmente indesejado: a dupla marginalização, fato que, por sua vez, pode ensejar a efetivação de outras restrições verticais por parte do fabricante, como a fixação de um preço máximo de revenda.

Uma outra situação, com resultados similares àquela já apresentada, ocorre quando os fabricantes que investem nos distribuidores, na promoção de seus produtos e/ou em treinamento dos gerentes dos distribuidores, por exemplo, temem que seus *competidores* peguem “carona” em seus esforços de venda, a partir de um comportamento oportunista dos distribuidores²⁵. Os contratos de

²³ Por exemplo, imagine-se um monopolista que vende seu produto por meio de diversos revendedores numa determinada cidade. Adicionalmente, suponha que; (i) a contratação de assistentes de venda bem como o treinamento desses – atividades que incrementam o custo do revendedor – incremente as vendas do produto; e (ii) os custos de busca dos consumidores sejam baixos (talvez porque os revendedores fiquem muito próximos uns dos outros). Então, cada revendedor tem pouco incentivo para investir e ofertar serviços de assistência ao consumidor porque sabe que demais rivais podem pegar “carona” em seus esforços (o consumidor pode obter informações num revendedor e comprar depois naquele que oferta o bem com preço menor). No limite, nenhum revendedor ofereceria este tipo de serviço. Obviamente, isto não interessa ao monopolista, que, para aumentar seus lucros, deverá adotar uma restrição vertical, tal como a exclusividade territorial.

²⁴ O exemplo da nota 27, ligado a propaganda, se aplica neste caso: sem algum tipo de restrição vertical, dificilmente um distribuidor investiria nesta área (supondo-se que as condições particulares da indústria em que ele atua sejam tais que a propaganda é importante e realizada por distribuidores e não pelo fabricante). Por outro lado, se os esforços do distribuidor podem ser apropriados por ele (por exemplo, como no caso de vendas a crédito), então a restrição vertical não pode ser explicada pela busca da eficiência privada.

²⁵ Por exemplo, um determinado fabricante pode investir no treinamento da equipe de vendas do distribuidor. Neste caso, fabricantes rivais, caso haja uma rede de distribuição única, podem pegar “carona” via investimentos do rival.

exclusividade podem resolver este problema, ao evitarem esta externalidade horizontal vertical do ponto de vista do fabricante. Na ausência destes contratos, investimentos potencialmente rentáveis poderiam deixar de ser realizados. Para evitar esse problema, contratos de exclusividade de produtos podem ser usados.

Seja como for, em todos estes casos, os efeitos sobre o excedente dos consumidores dependem da forma como estes valoram a variável qualidade (isto é, de suas funções utilidade), uma vez que os preços provavelmente serão mais altos²⁶. Note-se que os efeitos negativos sobre o excedente do consumidor serão tão mais prováveis quanto maior for o poder de mercado da estrutura vertical, isto é, do fabricante e seus distribuidores, ou menor o grau de competição intermarcas. Isto porque quando os consumidores têm alternativas, um incremento do preço final, bem como da qualidade dos serviços de um determinado fabricante e seus distribuidores, ensejaria a substituição por marcas rivais por parte dos consumidores insatisfeitos.

Um problema também relacionado a estrutura dos incentivos distribuidores surge nas situações em que o fabricante deseja que seus distribuidores realize investimentos *ex-ante* em capital humano ou instalações específicas (investimentos em ativos específicos, que perdem valor fora de uma determinada relação), tendo em vista a oferta de melhores serviços para os consumidores finais. Caso os distribuidores não tenham garantias de que seus investimentos estão protegidos contra comportamentos oportunistas, os investimentos não ocorrerão ou serão sub-ótimos²⁷. A exclusividade territorial pode ser uma restrição vertical capaz de corrigir este problema, embora possa, simultaneamente, como já observado, gerar poder de mercado para os distribuidores. Os efeitos finais sobre o excedente do consumidor são ambíguos.

Finalmente, deve-se destacar que sob condições de incerteza, assimetria de informações e aversão ao risco por parte dos distribuidores, nem mesmo as restrições verticais são necessariamente eficientes do ponto de vista privado. Pelo contrário, a competição entre os distribuidores pode ser a solução ideal²⁸. Como afirma Tan (2001, pp. 8 e 10, grifos meus):

²⁶ Ver Marvel e McCafferty (1984) e Spence (1975). Embora se suponha que se estes serviços não tivessem valor para os consumidores, não seriam oferecidos. Ver também Meese (2004).

²⁷ O mesmo tipo de problema pode surgir quando é o fabricante que realiza os investimentos no distribuidor.

²⁸ Ver Rey e Tirole (1986a, 1986b).

“However, when the environment involves uncertainty and asymmetric information, the manufacturer often needs to adjust these standard vertical restraints in order to provide the retailer with high incentives to invest in promotional services, to reduce information rents that the retailer can earn and to share appropriate amount of risk with the retailer. In this case, privately desirable vertical restraints may not always be socially desirable.....

Similar to the case of one retailer, in the presence of uncertainty and asymmetric information, standard vertical restraints used to correct vertical and horizontal externalities have some drawbacks. They may not allow the efficient use of retailers’ private information. They may not provide retailers with a sufficient amount of insurance when retailers are risk averse. Competition among retailers can help the manufacturer minimize these problems. It may also help improve the social welfare.

There is a trade-off regarding retail competition. To minimize the free-riding problem in providing services among retailers, the manufacturer would like to use exclusive territories and RPM over competition. However, uncertainty about the environment can affect the choice of vertical restraints. When there are demand uncertainty and retail cost uncertainty and when the retailers are risk averse, competition among retailers may provide better insurance than exclusive territories and RPM and is often preferred by the manufacturer. In some special cases, **competition yields higher consumer surplus and aggregate welfare than RPM and exclusive territories.**”

Em resumo, é importante ter em mente que as restrições verticais podem gerar, sob certas circunstâncias, eficiências privadas e sociais. Os fabricantes podem utilizar um conjunto de restrições verticais para resolver problemas privados de coordenação e *free riding* na cadeia vertical da qual participam. Normalmente, tais restrições limitam a concorrência entre os distribuidores (intramarcas), encorajando, ao mesmo tempo, esforços adicionais por parte destes para vender seus produtos. Obviamente, é do interesse do fabricante, mesmo aqueles com poder de monopólio, distribuir seus produtos segundo o menor custo possível. Em algumas situações, as restrições verticais podem até mesmo estimular a concorrência intermarcas²⁹.

²⁹ Por exemplo, ao estimularem maior promoção junto aos consumidores entre os diferentes fabricantes de um determinado produto, supondo-se que a promoção leve a um aumento da demanda total pelo produto.

O quadro abaixo sintetiza a relação entre possíveis problemas na cadeia vertical e as práticas restritivas verticais que podem eliminá-los.

Quadro I – Eficiências e Práticas Restritivas Verticais

Problemas na Distribuição	Resposta dos Fabricantes
Dupla Marginalização	<ul style="list-style-type: none"> - gerar maior competição entre distribuidores - preços não lineares - fixação de preços máximo de revenda ou quantidades mínimas
<i>Free riding</i> entre distribuidores	<ul style="list-style-type: none"> - exclusividade territorial ou restrição ao número de distribuidores - fixação de preços mínimos de revenda - monitoramento ou pagamento pelos esforços dos distribuidores - centralização dos esforços de propaganda
<i>Free riding</i> entre fabricantes	- exclusividade de produtos

Fonte: Carton e Perloff, 1994, p. 407

No entanto, no exame de casos concretos, é fundamental uma análise profunda das condições de concorrência intermarcas nos mercados relevantes sob estudo, bem como das características do relacionamento entre fabricantes e distribuidores e das condições de comercialização dos produtos (incluindo o “ambiente informacional”), tendo em vista determinar:

- (i) em que medida *de fato* as restrições verticais podem gerar eficiências privadas *relevantes*;
- (ii) se são realmente necessárias para atingir esse objetivo, ou se outras socialmente mais desejáveis produziram (por exemplo, ao invés de exclusividade territorial, uma simples restrição ao número de distribuidores numa certa região) os mesmos efeitos privados; e

(iii) se tais eficiências também têm uma natureza *social*, não sendo, portanto, mais do que compensadas negativamente pelos efeitos anticompetitivos elas provocados (situação em que deveriam ser coibidas pelas autoridades de defesa da concorrência).

IV. Conclusões

A análise dos impactos das práticas restritivas verticais sobre os mercados é significativamente complexa, seja porque tais condutas se caracterizam por se manifestarem sob uma ampla variedade de formas e instrumentos contratuais, seja porque os efeitos concretos de cada prática dependem fundamentalmente, em sua natureza e magnitude, do contexto em que a mesma é implementada. Assim, uma correta avaliação da ilegalidade de uma prática concreta, em um mercado específico, não pode ser realizada sem levar em conta um conjunto amplo de informações – tecnológicas, mercadológicas e contratuais – acerca das condições específicas do caso em foco pelas autoridades de defesa da concorrência. Em particular, práticas restritivas verticais implementadas por empresas com forte posição dominante devem ser examinadas com extrema cautela por parte dos órgãos antitruste, tendo em vista o elevado risco de que geram efeitos anticompetitivos líquidos, isto é, redução do excedente dos consumidores.

V. Referências

- Aghion, P. e Bolton, P. (1987), “Contracts as Barriers to Entry”, *American Economic Review*, 77: 388–401.
- Areeda, Phillip e Herbert Hovenkamp (2002), *Fundamentals of Antitrust Law Volume 2*, Aspen Law and Business, New York.
- Bernheim, B. Douglas e Michael Whinston (1998), Exclusive Dealing, *Journal of Political Economy*, 106(1), 64-103.
- Besanko, David e Martin Perry (1993), Equilibrium Incentives for exclusive dealing in a differentiated products oligopoly, *RAND Journal of Economics*, 24(4), 646-667
- Bonanno, Giacomo, and John Vickers, 1988, “Vertical Separation,” *Journal of Industrial Economics*, 36, 257-265.
- Bork, Robert (1978), *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books, New York.
- Burstein, Martin L., 1960, “The Economics of Tie-In Sales,” *Review of Economics and Statistics*, 42, 68-73.

Caillaud, Bernard & Rey, Patrick, 1995. "[Strategic aspects of vertical delegation](#)" *European Economic Review*, Elsevier, vol. 39(3-4), pages 421-431.

Carlton, Dennis, e Michael Waldman (1998), "The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries," NBER Working paper No. 6831, December.

Carlton, Dennis e Michael Waldman (2002), "The Strategic Use of Tying to Preserve and Create Market Power in Evolving Industries," *Rand Journal of Economics*, 33, 194-220

Carlton D., Perloff, J. (1994). *Modern Industrial Organization*. N. York: Harper Collins, 2ª ed., cap. 20.

Chipty, Tasneem (2001), Vertical Integration, Market Foreclosure, and Consumer Welfare, *American Economic Review*, 91(3), 428-453

Chen, Z. e Ross, T. (1993) "Refusals to Deal, Price Discrimination, and Independent Service Organization," *Journal of Economics and Management Strategy*, 2: 593-614.

Comanor, W.S. e H.E. Frech (1985), The Competitive Effects of Vertical Agreements, *American Economic Review*, 75, 539-546.

Fagundes, J. (2003) Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência. Ed. Singular, 2003

Fagundes, J. (2003a) Os Objetivos das Políticas de Defesa da Concorrência: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. *Revista do IBRAC*, v. 10 n.3, Dezembro.

Fagundes, J. (2003b) Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste: O Modelo do Price Standard. *Revista do IBRAC*, v. 10 n.5 Dezembro.

Greenhut, M.L. e Ohta, H. (1979) "Vertical integrations of successive oligopolists." *American Economic Review*, 69: 137-141.

Hart, Oliver, e Jean Tirole, 1990, "Vertical Integration and Market Foreclosure," *Brookings Papers on Economic Activity* (Microeconomics Issue), 1990, 205-286.

Hausman, Jerry, Gregory Leonard e J. Douglas Zona (1994), Competitive Analysis with Differentiated Products, *Annales D'Economie et Statistique*, 34, 159-180.

Jordan, John e Bruce Jaffe (1987), The Use of Exclusive Territories in the Distribution of Beer: Theoretical and Empirical Observations, *The Antitrust Bulletin*, 32(1), 137-64.

Jullien, B. and P. Rey (2002), "Resale Price Maintenance and Collusion," mimeo, University of Toulouse.

Klein, Benjamin e Kevin Murphy (1988), Vertical Restraints as Contract Enforcement Mechanisms, *Journal of Law and Economics*, 31(4), 265-297.

- Krattenmaker, T. e Salop, S.C. (1986) “Anti-competitive Exclusion: Raising Rival’s Costs to Achieve Power over Price.” *Yale Law Journal*, 96: 209–293.
- Marvel, H. e McCafferty, S. (1984) “Resale Price Maintenance and Quality Certification,” *Rand Journal of Economics*, 15: 340–359.
- Marvel, H (1982), “Exclusive Dealing,” *Journal of Law & Economics*, 25, 1-25.
- Mathewson G.F. e R.A. Winter (1986). “The economics of vertical restrains in distribution”. IN: Stiglitz, J e Mathewson, G.: *New Developments in the Analysis of Market Structure*. Macmillan, London.
- Mathewson G.F. e R.A. Winter (1987), *The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment*, *American Economic Review*, 77, 1057-1062.
- Matsura, E. e Mello, M. (2005) Estudo I.3.2: Restrições Verticais. In: *Seminário Estudos em Métodos Quantitativos Aplicados à Defesa da Concorrência e Regulação Econômica*, SDE.
- Motta, M (2004). *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press.
- Meese, A. J. (2004) “Property Rights and Intrabrand Resstraints,” *Cornell Law Review* 89: 553–620.
- Nalebuff, Barry, 2004, “Bundling as an Entry Barrier,” *Quarterly Journal of Economics*, February, 159-187.
- Ornstein, Stanley (1989), *Exclusive Dealing and Antitrust*, *The Antitrust Bulletin*, vol 34, 65-98.
- Perry, M. (1980) “Forward Integration by Alcoa: 1888-1930,” *Journal of Industrial Economics*, 29: 37–53.
- Posner, R (1976), *Antitrust Law – An Economic Perspective*, Chicago.
- Rasmusen, Eric, J. Mark Ramseyer e John Wiley Jr. (1991), *Naked Exclusion*, *American Economic Review*, 81(5), 1137-1145.
- Reiffen, David, 1998, “Partial Ownership and Foreclosure: An Empirical Analysis,” *Journal of Regulatory Economics*, 12, 227-244.
- Rey, P. e J. Tirole (1986a), “The Logic of Vertical Restraints,” *American Economic Review* 76: 921-939.
- Rey, P. e J. Tirole (1986b), “Vertical Restraints from a Principal-Agent Viewpoint,” in: L. Pellegrini and S.K. Reddy, eds., *Marketing Channels: Relationships and Performance*, Lexington Books, MA, 3-30.
- Resolução nº 20 do CADE/MJ, reproduzida na *Revista do IBRAC*, vol. 6 nº 4, 1999
- Salinger, Michael A., 1988, “Vertical Integation and Market Foreclosure,” *Quar-*

terly Journal of Economics, 103, 345-356.

Salop, Steven C. e David T. Scheffman, 1987, "Cost Raising Strategies," *Journal of Industrial Economics*, 36, 19-34.

Salop, Steven e David Scheffman (1983), Rising Rivals Costs, *American Economic Review*, 73(2), 267-271.

Sass, Tim (2002), The Competitive Effects of Exclusive Dealing: Evidence from the US Beer Industry, Florida State University Working Paper.

Sass, Tim e David Saurman (1996), Efficiency Effects of Exclusive Territories: Evidence from the Indiana Beer Market, *Economic Inquiry*, 34(3), 597-615.

Segal, Ilya and Michael Whinston (2000), Exclusive Contracts and Protection of Investments, *RAND Journal of Economics*, 31(4), 603-633

Schwartz, M. (1987), The Competitive Effects of Vertical Agreements: Comment, *American Economic Review*, 77, 1063-1068.

Scherer e Ross (1990), *Industrial Market Structure and Economic Performance*, 3rd edition, Boston.

Shaffer, G. (1991), "Capturing Strategic Rent: Full-line Forcing, Brand Discounts, Aggregate Rebates, and Maximum Resale Price Maintenance," *Journal of Industrial Economics* 39: 557-575.

Shaffer, G. (1991), "Slotting Allowances and Resale Price Maintenance: A Comparison of Facilitating Practices," *RAND Journal of Economics* 22: 120-135.

Spengler, Joseph J. (1950): "Vertical Integration and Antitrust Policy," *Journal of Political Economy*, 58, 347-352.

Spencer, A.M. (1975), "Monopoly, Quality and Regulation", *Bell Journal of Economics*, Vol. 6, pp. 417-429.

Tan, G. (2001) *The Economic Theory of Vertical Restraints*. Relatório preparado para o Competition Bureau, Canada

Vickers, John, 2004, "Abuse of Market Power," Office of Fair Trading working paper.

Warren S. Grimes (1992), *Spiff, Polish and Consumer Demand Quality: Vertical Price Restraints Revisited*, 80 CAL. L. REV. 815, 834-36.

Whinston, Michael D. (1990): "Tying, Foreclosure, and Exclusion," *American Economic Review*, 80, 837-859.

REVISITANDO AS TABELAS

João Bosco Leopoldino da Fonseca (1)

“STATUS QUAESTIONIS”

1. Posicionamento do CADE

Vem sendo periodicamente submetida à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE -, a tormentosa questão das “*tabelas de honorários*”, que já foi objeto de decisões, mas que merece uma nova análise à luz de novas possibilidades de visualização do problema.

O problema do alinhamento de preços, através de tabelas ou outros instrumentos de comunicação e de informação já foi objeto dos seguintes processos:

I. Sindicância nº 100/89 – Utilização de tabela de preços mínimos - Associação Nacional de Armazéns Gerais – ANAG (2).

II. Processo Administrativo nº 53/92 – Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe – AHES (3).

III. Processo Administrativo nº 54/92 - Sindicato dos Hospitais, Clínicas, Casas de Saúde e Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas do Estado de Pernambuco.

IV. Processo Administrativo nº 61/92 – FENASEG v. AMB, decidido em 14 de fevereiro de 1996.

V. Processo Administrativo nº 62/92 - Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo – AHESP.(4).

VI. Processo Administrativo nº 145/93 - Sindicato Brasiliense de Hospitais.

¹ Professor Titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Ex-Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

² Franceschini, J. I. G., *Introdução ao Direito da Concorrência*, São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 433.

³ Revista do IBRAC V. 2, nº 2, p. 27.

⁴ CADE, *Relatório de Atividades do Período Compreendido entre 09.03.94 e 08.03.96*, s.d., mimeo. p. 13.

VII. Processo Administrativo nº 011518/94-06 por provocação do CIEFAS - Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – contra Comissão Estadual de Honorários Médicos do Estado de Sergipe; Sociedade Médica do Estado de Sergipe – SOMESE; Conselho Regional de Medicina do Estado de Sergipe – CREMESE; e Sindicato dos Médicos do Estado de Sergipe, julgado em 28 de julho de 1999.

VIII. Processo Administrativo nº 08000.011520/94-40: CIEFAS contra Sociedade de Medicina de Alagoas, Conselho Regional de Medicina do Estado de Alagoas, sociedade Alagoana de Radiologia, Sindicato dos Estabelecimentos de Serviços de Saúde do Estado de Alagoas-SINDHOSPITAL.

IX. Processo Administrativo nº 08000.020238/94-52 - Associações de Armazéns Gerais de Mato Grosso, Goiás, Minas Gerais e Tocantins.

X. Processo Administrativo nº 08000.000125/95-02 - Sindicato dos Despachantes Aduaneiros de Santos.

XI. Processo Administrativo nº 08000.018302/96-99 - Associação Brasileira da Indústria de Armazenagem Frigorificada.

XII. Processo Administrativo nº 08012.007460/97-74 – COOPANEST-SE – Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas de Sergipe.

XIII. Processo Administrativo nº 0801 - COOPANEST-BA - Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia, julgado em 27 de setembro de 2000.

No PA nº 61/92, no qual a Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização apresentou representação contra a Associação Médica Brasileira - AMB, acusando-a de impor uniformização de conduta entre concorrentes, através da elaboração, divulgação e recomendação de tabelas de honorários médicos, a Conselheira Neide Malard, emitiu o seguinte entendimento:

“Os argumentos da AMB não são de natureza concorrencial, e sim corporativistas. Insiste a Associação em sua prerrogativa de proteger a classe médica, afirmando que sua atuação não está sujeita à legislação de defesa da concorrência. Não tem, porém, autorização legal para disciplinar a formação de preços no mercado de prestação de serviços médicos”.

No PA nº 62/92, em que a Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo foi acusada de influenciar a adoção de conduta uniforme entre seus associados ao editar tabela de preços, o Conselheiro Carlos Eduardo Vieira de Carvalho assim se expressou sobre a questão:

“Ao admitir, entretanto, que a adoção de tabelas de preços é, em princípio, prejudicial à concorrência, por certo não estarei acolhendo o entendimento de que a adoção de tabelas se constitua em uma ilegalidade per se, mesmo porque, como assinala a ilustre Conselheira-Relatora⁵, o nosso ordenamento jurídico, após a edição da Lei 8.884/94, consagrou o sistema do abuso, em que se requer que a determinação da ilicitude de determinada conduta se faça no contexto do mercado, na análise das circunstâncias que cercam cada caso,...

Adiante, acrescenta o mesmo Conselheiro:

“De fato, é mesmo de se inferir que tais tabelas não terão trazido qualquer benefício aos usuários dos serviços, inibidos que são de exercer livremente sua escolha, em um mercado não competitivo, em que os preços são artificialmente idênticos; também, preços tabelados tampouco beneficiam as entidades contratantes dos serviços, que não conseguem negociar, individualmente, preços, prazos e condições de pagamento.”

No PA nº 08000.011520/94-40, o Conselheiro Ruy Santacruz deixou elucidada a divergência entre a consideração de classe de preço justo para o preço justo de mercado:

“(...) o preço justo é, por definição, aquele que surge como resultante das forças de mercado, isto é, das condições da oferta e da demanda. Não existe preço justo se fixado por uma das partes. Tabelas de preços elaboradas por concorrentes, ou por entidades que congregam concorrentes, visam, de uma maneira geral, a obtenção de preços que não seriam alcançados na sua ausência.

“Sendo assim, é preciso admitir que o artigo 20 é bastante restritivo. A letra da lei não fixa como critério para a determinação do ilícito à concorrência, por exemplo, o fato da tabela gerar ou não efeitos sobre o mercado, uma vez que considera infração da ordem econômica atos que tenham por objeto ou possam produzir efeitos nocivos sobre o mercado, ainda que tais efeitos não

⁵ A Conselheira-Relatora Neide Terezinha Malard havia proposto o arquivamento do processo, vez que a representada teria reconhecido *“que sua conduta pode infringir a ordem econômica e declara sua total submissão à lei, determinando à suas regionais a imediata cessação da prática, em clara demonstração de que o objeto de sua conduta não era causar prejuízo à concorrência.”*

sejam alcançados. Por outro lado, não é necessário nem mesmo que o ato vise tais efeitos, desde que eles possam ser alcançados como resultado. Tampouco exige a lei que a elaboração da tabela de preços venha acompanhada de mecanismos de imposição aos demais concorrentes - mesmo porque maiores lucros constituem-se no melhor incentivo -, uma vez que, nesse caso, seu objetivo explícito é o de coordenar mercado. (...)”.

No voto que proferi no PA nº 011518/94-06, manifestei-me sobre o conteúdo do processo, do seu encaminhamento e da defesa elaborada pelas entidades, nos seguintes termos:

“Os autos comprovam a existência de conduta concertada de agentes, manifestada pela imposição de tabela aos prestadores de serviço médico, mediante ameaças de punição ao movimento classista de boicote à prestação de serviço aos beneficiários do Grupo CIEFAS.

A defesa das representadas, baseada na legitimidade de representatividade da classe médica e de defesa por remuneração condigna, não justificou a conduta ilícita de imposição de uniformidade de preços. Em nenhum momento as Representadas deixaram de admitir a fixação de preços e a imposição aos seus associados. Esse ato ilícito pode ser confirmado às fls. 18-19, nas quais consta comunicado ao CIEFAS, nos seguintes termos:

“Somente atenderemos aos beneficiários desse órgão de Assistência Médica, mediante a utilização plena da Tabela de Honorários Médicos da AMB, em vigência”.

Os elementos existentes no processo levaram-me a proferir o voto, cujo cerne está nos seguintes termos:

“Concluindo, não se questiona que as entidades representativas da classe médica detenham o direito de lutar pela valorização do trabalho de seus associados, que se interponham na relação médico - Planos de Assistência, quando se acharem lesados de alguma forma por esses, ou mesmo nas negociações pacíficas para a formação de convênios, visto que, como assinala Lúcia Helena Salgado, “os custos de transação envolvidos na renegociação de contratos são sem dúvida elevados, e associações e sindicatos apresentam-se como intermediários naturais nesse processo”. Com certeza também não lhes é proibido elaborarem uma planilha de custos, dando origem a uma tabela ou lista de procedimentos, que seja. Não

obstante, não há nenhuma justificativa legal e econômica para que ditem aos médicos associados o preço que devem atribuir a seus serviços.

“A liberdade de mercado é princípio vital protegido pela legislação antitruste tanto do consumidor, quanto do ofertante, em arbitrar seu próprio preço, disputando as preferências do consumidor. O equilíbrio entre essas duas forças se dá de forma natural e qualquer tentativa de imposição artificial de preços é causa de mal-estar econômico.

“Os sindicatos, associações e conselhos não têm a sua atividade caracterizada como intuito de cartelização, pois são entidades sem fim lucrativo legitimamente dotadas de representatividade para deliberar sobre as condições de trabalho de seus associados. Todavia, são agentes cartelizadores na medida que obrigam aos prestadores de serviço que são agentes de mercado, sujeitos pois às leis concorrenciais, a estabelecerem preços uniformes de seus serviços. Esse fato, prejudica os dois lados do mercado. Em relação aos médicos, colocam-se em igualdade de valor serviços que são desiguais, posicionando num mesmo patamar médicos mais preparados e melhores prestadores de serviço que outros, da mesma forma, igualando atendimentos de melhor qualidade com outros inferiores. Da parte do consumidor, é ele desfavorecido ao ser destituído de sua liberdade de escolha, pois não pode utilizar-se do critério de qualidade e de valor-utilidade para definir suas preferências em relação ao serviço oferecido.

Assim sendo, considero ilícita a conduta das Representadas...”

No Processo Administrativo nº 08000.011517/94-35, em que foi relator o Conselheiro Mércio Felsky, em voto que delineou todo o contexto da matéria discutida, foi mais uma vez condenada a adoção de tabela para orientação de preços de serviços médicos. Em decorrência daquela decisão, levantou-se uma onda de protestos.

No Processo Administrativo: 08000.012252/94-38, em que figuraram como representados o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro – CRM-RJ, Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro e Sociedade Médica do Rio de Janeiro, decidiu-se mais uma vez contrariamente à adoção da “*tabela de honorários médicos*”.

2. Jurisprudência internacional

Uma análise do tratamento conferido por tribunais dos Estados Unidos e da União Européia revela que a questão da proibição de adoção de tabelas

deixa evidente a rejeição comum da adoção de tabelas num relacionamento de mercado, porque teria como efeito eliminar a concorrência.

Um primeiro caso, referente a tabela de serviços advocatícios, foi objeto de decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *GOLDFARB v. VIRGINIA STATE BAR*. Ante a tabela de honorários advocatícios elaborada pela Associação de Advogados no Estado da Virgínia, o Juiz *BURGER* observa que as tabelas de honorários, mesmo que indicativas ou aconselhadoras (*advisory*), constituem combinação de preço (*price fixing*), condenáveis por isso mesmo⁽⁶⁾. Não se admite exceção para qualquer atividade, mesmo que exercida por profissionais liberais⁽⁷⁾.

Igual posicionamento foi adotado pela Suprema Corte no caso *National Society of Professional Engineers v. United States*, decidido em 1978⁽⁸⁾, em que, à defesa da Sociedade de Engenheiros da tabela de honorários como uma forma de garantia da segurança para o público e da ética entre os profissionais, o Juiz *STEVENS* salienta que a concorrência é a melhor forma para a boa alocação de recursos num mercado, em que intervêm todos os elementos de um contrato, a qualidade, o serviço, a segurança e a durabilidade, e não somente o custo imediato⁽⁹⁾.

⁶. “Moreover, in terms of restraining competition and harming consumers like petitioners the price-fixing activities found here are unusually damaging. A title examination is indispensable in the process of financing a real estate purchase, and since only an attorney licensed to practice in Virginia may legally examine a title, consumers could not turn to alternative sources for the necessary service. All attorneys, of course, were practicing under the constraint of the fee schedule. ... These factors coalesced to create a pricing system that consumers could not realistically escape. On this record respondents’ activities constitute a classic illustration of price fixing” (421 U.S. 773).

⁷. “In arguing that learned professions are not ‘trade or commerce’ the County Bar seeks a total exclusion from antitrust regulation. Whether state regulation is active or dormant, real or theoretical, lawyers would be able to adopt anticompetitive practices with impunity. We cannot find support for the proposition that Congress intended any such sweeping exclusion. The nature of an occupation, standing alone, does not provide sanctuary from the Sherman Act.” (421 U.S. 773).

⁸. 435 U.S. 679.

⁹ “The Sherman Act reflects a legislative judgment that ultimately competition will produce not only lower prices, but also better goods and services. ... The assumption that competition is the best method of allocating resources in a free market recognizes that all elements of a bargain - quality, service, safety, and durability - and not just the immediate cost, are favorably affected by the free opportunity to select among alternative offers. ... In sum, the Rule of Reason does not support a defense based on the assumption that competition itself is unreasonable.”

Poder-se-iam invocar também as decisões proferidas nos casos *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, decidido pela Suprema Corte em 1979 ⁽¹⁰⁾ e também no caso *Arizona v. Maricopa County Medical Society* ⁽¹¹⁾.

A jurisprudência européia também vem trilhando o mesmo entendimento. O Conselho da Concorrência francês, ao apreciar a elaboração de tabela de honorários advocatícios (“*mercuriale*”) pela seção de advogados da região de Rennes, mesmo admitindo que não tivesse força constringente, ainda que fosse meramente informativa para os advogados e para a clientela, entendeu que aquela tabela se constituía numa ação concertada para fixação uniforme de honorários e condenou a seção de Rennes a não mais publicar a tabela e ao pagamento de multa correspondente a 40.000F ⁽¹²⁾.

Decisão análoga foi proferida em caso de uma difusão da “recomendação tarifária”, substituída pelo “documento de análise dos orçamentos” e de um coeficiente de margem aconselhada, promovida pelo sindicato dos produtores de filmes publicitários. O documento estabelecia, a título indicativo, a fixação de valor de cada rubrica orçamentária, incluindo os salários, o valor de pagamentos por prestações, encargos sociais, acrescentando-se uma margem aconselhada à razão de 33,33%. O Conselho da Concorrência francês, mais uma vez, entendeu que estaria havendo uma incitação manifesta para alinhamento de preços das prestações, entravando o livre jogo da concorrência ⁽¹³⁾.

¹⁰ 441 U.S. 1, Justice White delivered the opinion of the Court.

¹¹ 457 U.S. 332. Justice Stevens delivered the opinion of the Court.

¹² Décision n° 96-D-79, de 3 de dezembro de 1996. Dentre os “*consideranda*”, destaque-se o seguinte: “Mais considérant que, par la diffusion du document en cause, le barreau des avocats de Rennes a pu conduire ses membres à fixer leurs honoraires, non selon les propres conditions d’exploitation de leurs cabinets, mais à partir des indications reproduites dans la “*mercuriale*”; que, d’ailleurs, par déclaration du 12 avril 1994, le bâtonnier a indiqué que la “*mercuriale*” constituait “pour la clientèle... une première approche des honoraires proposés et pour les confrères une incitation à respecter une certaine mesure... Etant rappelé que les avocats peuvent être salariés depuis le 1er janvier 1992, la *mercuriale* était susceptible de s’appliquer aux honoraires perçus par les avocats stagiaires ou collaborateurs pour leur clientèle propre”; qu’ainsi, la ‘*mercuriale*’ a pu avoir un effet anticoncurrentiel”.

¹³ Décision n° 92-D-32, de de maio de 1992. Afirma o Conselho: “Considérant que l’élaboration et la diffusion par le S.P.F.P. d’un pourcentage uniforme de marge plus frais généraux destiné à être appliqué sur la base d’un document également établi par lui et faisant ressortir, d’une part, des taux de salaires déterminés par application de majorations aux salaires mentionnés dans des conventions collectives, d’autre part, les prix que

Também o Conselho Superior da Ordem dos Peritos Geômetras foi condenado a cessar a prática do alinhamento de preços de serviços, com a condenação das tabelas (“*barèmes d’honoraires*”), com multas que chegaram a 5.000.000F⁽¹⁴⁾.

Observe-se que, em todos esses casos, existe um órgão de classe que determina a profissionais liberais a adoção de uma tabela para prestarem serviços diretamente aos clientes. Diante disso, os clientes não terão escolha de “*preço*”, pois que todos os profissionais liberais cobrarão dos clientes o mesmo “*preço*”. Saliente-se que os clientes/consumidores é que vão pagar o “*preço*” = “*honorários*”.

Fixação de conceitos

Há que indagar-se se o posicionamento acima assumido reflete uma colocação abrangente e definitiva do problema ou se ela admite uma nova abordagem em que se destaque uma diferença de foco. Ou seja, pergunta-se se o conceito de “*tabela*” inclui todas as formas de pagamento de um bem que se ofereça a qualquer tipo de demanda. Pergunta-se, destarte, se “*tabela*” inclui a fixação de *preços*, de *honorários*, de *salários*, de *remuneração*.

pratiqueraient les principaux prestataires constituant, pour les producteurs de films publicitaires, une incitation manifeste à aligner les prix de leurs prestations; que ledit syndicat ne peut utilement prétendre que ces initiatives avaient pour seul objet une meilleure information de ses membres, alors qu’elles excèdent manifestement les limites de l’objet social d’un syndicat et qu’elles avaient pour objet et en tout cas pourraient avoir pour effet d’entraver le libre jeu de la concurrence; que la circonstance que le système de détermination des prix ainsi recommandé n’a pas été appliqué par la totalité des producteurs ou qu’il a fait l’objet d’une application discontinue ne suffit pas à retirer à cette pratique son caractère anticoncurrentiel”.

¹⁴ Décision n° 91-D-55, de 3 de dezembro de 1991, do Conselho da Concorrência, de que se extrai o seguinte texto: “’Mais considérant, sur le premier point, qu’il suffit que l’information diffusée ait pu entraîner des effets anticoncurrentiels pour qu’elle entre dans le champ de l’article 7 de l’ordonnance du 1er décembre 1986; que la recommandation d’utiliser l’indice I.G.E., fût-ce uniquement pour actualiser ou réviser les contrats en cours, revêtait en elle-même un caractère anticoncurrentiel; que cette recommandation n’était pas nécessaire à la mise en oeuvre de la décision du Conseil Supérieur de ne plus fixer la valeur de l’unité de compte; ... qu’en fixant ainsi, de manière normative et détaillée, le contenu des prestations facturées par les géomètres experts, sans relation avec les éléments de coûts réels constatés dans chaque cabinet, lesquels peuvent varier en fonction de leur productivité, la nomenclature confère aux prix un caractère artificiel”.

Quando se inicia uma discussão que envolve o **sentido das palavras** empregadas, é conveniente, para poder assumir uma posição, deixar patente qual o **sentido** de cada palavra. E o sentido das palavras não é algo que se defina isoladamente. Uma palavra não significa por si só. Ela significa dentro de um **contexto**, e esse contexto, em se tratando de Direito, depende intrinsecamente da **situação fática** e do **sistema** do ordenamento jurídico. É bom lembrar a lição de FERDINAND DE SAUSSURE, que ensina que o **signo é arbitrário**. Cada signo tem o significado que lhe é dado **pelo contexto**. Quando digo, por exemplo, “*sua manga está suja*”, posso estar dizendo que “*a fruta (manga) que está na sua mão está suja*”, ou posso estar dizendo que “*a manga (de sua camisa) está suja*”. O sentido da palavra “*manga*” vai depender do contexto: no primeiro caso, estou diante de uma pessoa com uma “*manga*” (*fruta*) na mão; no segundo caso, estou analisando a roupa de uma pessoa que está diante de mim, e vejo que a “*manga*” de sua camisa está suja.

É óbvio que será necessário, primeiramente, definir cada **situação jurídica**, cada grupo de **relações jurídicas** em que se coloca cada um desses conceitos. É certo que o padeiro que oferta pães em sua padaria, não recebe nem *honorários* pelo pão que vende, nem *salário*, nem *remuneração stricto sensu*. Da mesma forma, o profissional liberal, que estabelece o valor do seu serviço, também não recebe *preço*, nem *salário*, nem *remuneração*. Cada um desses termos expressa um *conceito* que decorre naturalmente da **relação jurídica** em que se insere.

Não resta dúvida de que o termo “*preço*” reflete a contrapartida que se dá em resposta ao recebimento de um bem, quer seja ele material, quer seja imaterial. Mas, num sentido estrito, *preço* significa a contrapartida pela oferta de um *bem material*. Desta forma, o *preço* é a contrapartida de uma oferta de pães, de um livro, de um saco de cimento, etc. Mas “*preço*”, em sentido estrito, não é a contrapartida pela realização de uma palestra.

Donde se deduz que o **tipo de relação jurídica** é que vai determinar o conceito dessa contrapartida por um bem que se ofereça a um demandante.

Quando se trate de uma relação jurídica de **prestação de serviço liberal**, em que cabe falar-se de “*honorários*”, não tem cabimento falar-se em “*tabela de honorários*”, porque isto significaria ou a *imposição* ou o *acordo* para fixação do valor a ser pago. O profissional liberal fixa o “*preço*” que entende dever ser pago pelo seu trabalho, levando em conta a sua *competência profissional*, a *dificuldade* da questão com que se defronte, os *riscos* eventualmente decorrentes de sua atuação, a *capacidade financeira* de quem requisita seus serviços, o *local* em que seus serviços devam ser prestados, o *tempo* que

vai depender para executar o serviço, o *proveito* que poderá ser obtido por aquele que é alvo dos serviços, etc.

Não tem qualquer sentido, em se tratando dessa situação, fixar-se qualquer “*tabela*”. É por isso que, nos casos acima, referentes a “*honorários advocatícios*” ou “*honorários de engenheiros ou de geômetras*”, os tribunais se posicionaram contra o “*efeito tabela*”. E foi esse também o enfoque utilizado pelo CADE quando decidiu as questões acima mencionadas.

Trata-se, nestas situações, de um órgão de classe que “*tabela*” o valor dos trabalhos a serem prestados, por profissionais que se encontram numa relação de **horizontalidade**, quando, aí sim, se poderia falar de um efeito de **cartelização** e, conseqüentemente, da eliminação do direito de escolha do consumidor.

O mesmo enfrentamento conceitual se apresenta quando se trate de uma relação de **verticalidade**, entre o fabricante de um produto e os distribuidores. Nestes casos se põe a discussão da **fixação de preço mínimo**, ou de **fixação de preço máximo**, ou de **preços de venda aconselhados**. Será interessante, a este respeito, uma leitura do Regulamento nº 2790/1999, de 12 de dezembro de 1999, e da Comunicação nº 2000/C 291/01, de 13 de outubro de 2000, da Comunidade Européia, que regem com amplitude esses aspectos.

Pergunta-se então qual será o termo que definirá corretamente a contrapartida da **prestação de serviços médicos**. Dois aspectos se abrem, aqui, à indagação. Em um grupo de casos o médico, profissional liberal, fixa por ele mesmo o valor que pretende cobrar pelos seus serviços. Aqui se fala estritamente em **honorários médicos**. Noutro grupo, o médico tem o valor da contraprestação de seus serviços fixada em decorrência do **confronto entre dois grupos de negociadores**. No primeiro caso se fala de um valor fixado livremente pelo prestador – **honorários** -, no segundo trata-se de um valor fixado por dois grupos de negociadores e o médico recebe o que foi por eles fixado – “**remuneração**”.

Este campo de **relações jurídicas - de caráter trabalhista** - é paralelo àquele que no Direito da Concorrência se esclarece com recurso ao conceito de **mercado relevante** ⁽¹⁵⁾.

¹⁵ Cf. Comunicação nº 97/C 372/03, da Comissão, de 9 de dezembro de 1997. Este mesmo conceito é trabalhado no Regulamento nº 2790/99, e na Comunicação nº 2000/C 291/01 de 13 de outubro de 2000 – Linhas Diretrizes sobre as Restrições Verticais.

3. Novo caso - Necessidade de reflexão

Em julho de 2004 ajuizou-se uma representação contra as Entidades representativas dos médicos de Minas Gerais, tendo como motivação, apresentada de forma errônea e enganosa, a questão das “*tabelas de honorários*” - (Processo nº 08012.005101/2004-81).

É necessário, para o reexame que ora se propõe, apreender o contexto da questão, e, para isso será útil extrair do relatório elaborado pela Secretaria de Direito Econômico os itens que revelam o cerne da questão, e nos quais se afirma:

Ø Que a conduta denunciada pelo representante “*é a prática concertada para imposição da Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (“CBHPM”) a seus associados.*”

Ø Que, para isso o Conselho Regional de Medicina editou a Resolução 253/2004.

Ø Que o mercado relevante identificado pela SDE é o da “*prestação de serviços médico-hospitalares*”.

Ø Que os representados, CRM/MG, AMMG, SINDMED/MG e FEMCOM, são entidades representativas da categoria médica no Estado de Minas Gerais e, “*por serem os Representados entidades de destaque que representam a categoria médica no Estado de Minas Gerais, deflagra-se que têm inequívoca capacidade de influenciar seus filiados/associados na medida em que, presumidamente, detêm, conjuntamente, considerável poder de mercado*”.

Ø Que os termos da Resolução nº 253/2004 não deixam dúvidas quanto ao poder de influência que detêm no tocante à adoção da tabela CBHPM, que afirma ser violação a postulados éticos da medicina a cobrança de honorários em desconformidade com a CBHPM.

Para servir de sustentáculo para a decisão, o Relatório menciona a decisão do CADE no voto proferido no PANº 08000.000125/95, de 6 de maio de 1998, *verbis*: “*O sindicato de categoria econômica ou associação de empresas pode ser um instrumento capaz de influenciar conduta comercial uniforme. Para caracterizar essa prática anticoncorrencial é preciso que haja restrição concreta da liberdade individual do agente de decidir por si só*” (Sindicato dos Despachantes Aduaneiros de Santos).

Ao analisar a “**conduta**” que teria sido a motivadora da representação, a Secretaria de Direito Econômico afirma:

Ø Que transparecem nos autos indícios de que os Representados, conjuntamente, estão atuando ativa e organizadamente para direcionar os médicos do Estado de Minas Gerais a uma **conduta concertada**;

Ø Que os representados estariam conduzindo os médicos ao movimento de suspensão do atendimento médico;

Ø Que esta suspensão seria uma forma de impor “**tabela uniforme de preços**”;

Ø Que estariam assim os representados interferindo no mecanismo natural de formação dos preços dos honorários médicos.

Ø Que estariam eles tentando implantar a “**tabela**” denominada Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos (“CBHPM”).

Ø Que estas medidas teriam como “**efeito**” a uniformização dos preços dos honorários cobrados pelos procedimentos médico-hospitalares no Estado de Minas Gerais;

Ø Que tais medidas teriam como efeito, ainda, a “*criação de um verdadeiro bloco econômico em atuação no Estado de Minas Gerais*”.

Ø Que a “*suposta influência para a adoção de tabela uniforme de honorários médicos por parte dos Representados poderá dificultar o funcionamento e o desenvolvimento não só das operadoras atingidas pelo movimento, mas também, em médio a longo prazo, de grande parte ou de todas as operadoras em atuação no mercado*”.

Invoca-se ainda o pensamento da Conselheira Neide Teresinha Mallard, no processo PA nº 53/92, *verbis*: “*Não há dúvida de que a elaboração de tabela de preços só pode ter o objetivo de obstar a atuação dos mecanismos de mercado para a formação do preço, ou seja, prejudicar a concorrência. Principalmente quando se trata de uma associação. (...) O fato inegável é que a adoção de tabela de preços por concorrentes faz com que estes escapem das leis de oferta e procura, restringindo a concorrência*” (Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe – AHES).

4. Relacionamentos jurídicos distintos

O simples ingresso de uma “*representação*” junto aos órgãos competentes para adotar medidas de proteção à concorrência no mercado deixa claro que o representante, ou a autoridade que inicia o processo de ofício, entende que se trata de uma **relação jurídica de direito da concorrência**. É óbvio que a fundamentação adotada deverá centrar-se em argumentos concorrenciais e apoiar-se na legislação de concorrência.

O relatório da SDE partiu de pronto para a conclusão antecipada de que se trata de uma relação de concorrência no mercado.

Não se pode olvidar, entretanto, a existência de **diferentes tipos de relações jurídicas dentro do mercado**. Podem manifestar-se relações jurídicas entre empresas que produzem, vendem, distribuem, **concorrentemente** umas com as outras.

Verificam-se no mercado relações **horizontais**, entre elementos que se situam no mesmo nível da cadeia de produção. Existem relações **verticais**, que se estabelecem entre elementos que se situam em diferentes níveis da cadeia, apresentando-se a relação entre **produtor e distribuidor**.

Existem também no mercado as relações entre **fornecedores e consumidores**, quer sejam estes consumidores finais, numa visão minimalista (protegidos pela Lei nº 8.078/90), quer sejam consumidores numa visão maximalista, aí compreendidas empresas que fornecem matéria prima e os consumidores desses insumos.

Situam-se no contexto de mercado as relações de proteção e de garantia do ambiente, protegidas por legislação específica e centradas em **conceitos** específicos para esse campo de relações jurídicas.

Existem também no mercado as **relações de trabalho**, quer sejam as relações entre empregadores e empregados, quer sejam as **amplas relações de trabalho**.

As relações **horizontais** e as **verticais** estão indubitavelmente disciplinadas pela Lei de Concorrência, a Lei nº 8.884/94.

Mas as **relações de trabalho não se incluem** entre as relações disciplinadas pela Lei de concorrência. Seu contexto é absolutamente outro.

Atentos a essa diversidade de contextos jurídicos, em que o **contexto dá sentido ao texto**, é importante indagar se a representação consubstanciada no PA nº 08012.005101/2004-81, em que se ataca a **CBHPM – Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos**, teria visualizado corretamente o problema, ou se teria cometido um **erro de focalização**.

Não é próprio nem adequado incluir dentro de um **contexto de relações de trabalho** conceitos que são próprios de um outro contexto jurídico, o **contexto de relações de concorrência**.

Em se tratando de formas e valores adequados para **remuneração** do trabalho dos médicos, elemento fundamental decorrente de um **contexto de relações de trabalho**, pode-se afirmar que são incompatíveis com esse contexto os conceitos de *“tabelas”* ou *“honorários”*, e conseqüentemente não cabe

falar de “*tabelas de honorários*”. Em todo contexto deve haver sempre uma **coerência de linguagem**.

Posso, pois, afirmar que num contexto de relações jurídicas de trabalho:

- Não existem “tabelas”;
- Não há que falar-se em “honorários”;
- Não há imposição de qualquer “tabela”;
- Não existem “condutas concertadas”;
- Não há qualquer violação da lei de concorrência.

Pode-se, a toda evidência, afirmar, como será demonstrado pelas razões a seguir expostas, que:

- As associações e sindicatos são “**categorias profissionais**”;
- Estas categorias se relacionam dentro de um contexto de **relações de trabalho**;
- Estas categorias discutem os **níveis de “remuneração”** do trabalho dos médicos;
- A CBHPM é uma verdadeira “**planilha de custos do trabalho médico**”;
- O que tem havido é um clima de “**negociação**” entre atores da **relação de trabalho**;
- Dentro de um contexto de **conflito** a forma de pressão é a **greve** (ou algo semelhante).

5. Contexto de relações de trabalho

Para um encaminhamento lógico do raciocínio, é importante salientar que, no PA n° 08012.005101/2004-81, que agora tomo como elemento de provocação, o representante **reconhece** essa diferença de **contextos**, pois, ao expor suas razões, afirma peremptoriamente:

“Sem embargo, a discussão sobre reajustes na remuneração de todo e qualquer profissional e/ou serviço, aí incluídos, evidentemente, os profissionais da saúde, está suficientemente regulada, quer pela Consolidação das Leis do Trabalho, que, em seus artigos 611 a 624, estabelece as regras para a negociação dos salários de médicos celetistas, quer por normas de Direito Civil e Econômico, que disciplinam os contratos em geral, a exemplo das Leis n°s 8.880/94, 8.884/94 e 9.069/95.”

Esta afirmativa é profundamente provocadora de uma análise mais detalhada do problema. Fica a indagação criativa: a questão que se apresenta para discussão e para decisão dos órgãos governamentais de proteção da concorrência seria realmente uma questão de **concorrência**, ou será essencialmente uma questão de **relação jurídica de trabalho**?

Para o correto enquadramento da questão, devem-se expor os fundamentos **constitucional e legal**, que regem a espécie.

Depois dessa exposição do ordenamento jurídico brasileiro relativo à matéria que se discute, será oportuno apresentar o pensamento consubstanciado na jurisprudência do **Tribunal de Justiça da Comunidade Européia**, em que se expõem todos os fundamentos jurídicos pertinentes à questão.

6. Embasamento constitucional

O **artigo 8º** da Constituição Federal, no inciso III, determina que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. É obvio, portanto, que os sindicatos e as associações não podem furtar-se ao dever constitucional de discutir com os empregadores ou fornecedores de trabalho as **relações de trabalho**, especialmente as referentes a **remuneração**.

Vai mais adiante o texto constitucional, ao determinar, no mesmo **artigo 8º**, no inciso VI, que “é **obrigatória** a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho”. Ora, as entidades representativas da categoria profissional dos médicos, no caso do processo que agora serve de provocação, são exatamente os ali mencionados - CRM/MG, AMMG, SINDMED/MG e FEMCOM. Se intervieram em defesa dos interesses de seus representados, nada mais fizeram do que cumprir o mandamento constitucional, ao participar da luta dos médicos por **melhores salários**, por uma **remuneração mais digna**.

A Constituição Federal, no **artigo 7º**, inciso V, estabelece que é direito dos trabalhadores “piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho”. Donde se vê que é um direito de todos os trabalhadores, independentemente de serem empregados, o estabelecimento de um **piso salarial**, que leve em conta a **complexidade do trabalho**.

Ainda o texto constitucional, no **artigo 7º**, inciso VI, impõe o princípio da “irreduzibilidade do salário, salvo o disposto em **convenção ou acordo coletivo**”. Donde se infere que o salário estabelecido como **piso** não pode ser alvo de redução, nem mesmo por renúncia do trabalhador.

E o texto constitucional, no **artigo 7º**, inciso XXVI, impõe o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho” de todos os **trabalhadores**, quer urbanos quer rurais.

Ainda o texto constitucional impõe: “É assegurado o direito de **GREVE**, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”. Com isto quer o Constituinte **munir** o trabalhador com a força necessária para **pressionar** o empregador ou o fornecedor de trabalho a participar das negociações.

Não se pode olvidar que o texto constitucional se refere genericamente a **direitos dos trabalhadores**, urbanos e rurais, que visem à melhoria de sua condição social.

7. Embasamento legal

É importante salientar, mais uma vez, que o próprio sindicato representante **reconhece**, como transcrito acima, que se devem aplicar ao presente caso as disposições constantes dos **artigos 611 a 624 da Consolidação das Leis do Trabalho**.

Ora a Consolidação das Leis do Trabalho não trata de “*tabelas*”, menos ainda de “*tabelas de honorários*”. Transparece, assim, que a disputa entre associações representativas de médicos e as associações que representam as empresas “*financiadoras dos serviços médicos*” se situa no campo da “**remuneração**” ou dos “**salários**”. Não há qualquer tipo de “tabela”, muito menos “tabela de **honorários**”.

Fica claro que os conceitos jurídicos de “**remuneração**”, de “**salário**” estão situados em campos de **relações jurídicas** diferentes daqueles de “**honorários**”.

Honorários são aqueles cobrados por **profissionais liberais**, que fixam, de acordo com sua competência, sua celebridade, seus honorários. É neste caso que se proibem as “*tabelas*”. Basta ver a jurisprudência internacional, quer norte-americana, quer européia, em que se condena a elaboração de “*tabela*” por um órgão de classe para direcionar os **honorários mínimos** a serem cobrados por **profissionais liberais**.

8. Normas da CLT

No processo que analiso, o representante invoca expressamente a **aplicabilidade das normas da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT**, e especificamente os artigos 611 a 624..

Pois vamos a elas.

O **artigo 611** define a **Convenção Coletiva de Trabalho** como “o acordo de caráter **normativo**, pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de **categorias econômicas e profissionais** estipulam **condições de trabalho** aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho”.

Aí estão os elementos fundamentais estabelecidos com caráter vinculativo:

- A convenção tem caráter **normativo**;
- Aplica-se à categoria econômica e profissional: no caso presente, **aos médicos**.
- Estabelece **condições de trabalho: remuneração**.

Prosseguindo na trilha admitida e invocada pelo representante, deve-se ver que o **artigo 613** determina que *as convenções e os acordos deverão conter **obrigatoriamente**, dentre outros itens, “condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência”*.

O **artigo 616** determina que “os sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva”.

E o **artigo 619** impõe que “nenhuma disposição de contrato individual de trabalho que contrarie normas de Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho poderá prevalecer na execução do mesmo, sendo considerada nula de pleno direito”.

E o **artigo 622** dispõe que “os empregados que celebrarem contratos individuais de trabalho, estabelecendo condições contrárias ao que tiver sido ajustado em Convenção ou Acordo que lhes for aplicável, serão passíveis da multa neles fixada”.

Desse **contexto legal**, que o representante expressamente invoca, reconhecendo sua aplicabilidade ao caso agora analisado, decorre a legitimidade da fixação de condições de trabalho **vinculativas**. Do que se deduz com estrita lógica:

- Tem apoio constitucional e legal a fixação de uma **remuneração básica**;
- Tem apoio constitucional e legal a fixação de uma remuneração básica **obrigatória e vinculante** para todos;

- Tem apoio constitucional e legal a imposição da **obrigação de obediência** às condições estabelecidas;
- Tem apoio constitucional e legal a imposição de **penalidades** àqueles que celebrarem contratos individuais **infringentes das normas coletivas**.

9. Natureza jurídica da CBHPM

Traçado esse contexto jurídico de **confronto** disciplinado pela Constituição e pela Lei entre **duas categorias**, a dos médicos representada por suas associações, e a das empresas financiadoras de serviço médico representadas também por suas associações, é óbvio que nenhuma delas se aparelha para o confronto sem ter em mãos **instrumentos de luta e de convencimento**.

Em se tratando de **serviços médicos**, a serem prestados por profissionais daquela categoria, e de **financiamento dos serviços médicos**, a ser efetuado por empresas que detenham poder de cobrir as despesas com pagamento daqueles profissionais e dos serviços, terão ambas as partes que colocar na mesa de debate e de discussão **uma planilha de custos**, que deverá ser avaliada.

Os médicos e suas associações deverão demonstrar por que querem receber uma **remuneração mais elevada**. Para isso têm que discriminar os **custos** que incidem sobre seu trabalho.

As empresas financiadoras de serviço médico, ao se opor à pretensão dos médicos e de suas associações, deverão também **demonstrar** de maneira calculada por que querem pagar menos do que o pretendido pelos médicos.

Trata-se de uma disputa entre pessoas de elevado nível de conhecimento, de elevado nível ético. Não se compadece com esse elevado nível de profissionalismo a colocação em mesa de pretensões levianas, sem qualquer suporte **técnico, tecnológico, científico, ético**.

Não se trata de dizer somente “*nós queremos x por cento de aumento*”, ou “*nós somente concordamos com menos x de aumento*”. É preciso demonstrar as razões, os fundamentos fáticos, científicos e éticos da pretensão ou da negativa de pretensão.

A “*Classificação Brasileira Hierarquizada de Procedimentos Médicos*” dá resposta adequada a essa exigência de **fundamentação fática, científica e ética** da pretensão. É a partir dessa “*CBHPM*” que terá sentido e seriedade uma discussão.

Dentro do contexto das **relações jurídicas de trabalho**, este é o caminho a ser percorrido. Chegando-se ao termo das negociações, o resultado

adquire **vinculatividade**. A própria Consolidação das Leis do Trabalho, nos dispositivos acima mencionados fulmina de **nulidade de pleno direito** qualquer contratação particular que desobedeça ao resultado final da **negociação coletiva**.

Não se pode, pois, falar em “*tabela*”, menos ainda de “*tabela de honorários*”, menos ainda de “*cartelização de preços médicos*”.

10. Preços?

Não há dúvida de que os bens adquiridos num supermercado têm um **preço**. Trata-se de mercadoria que adquirimos para a subsistência, para o bem estar, ou mesmo para o deleite e diversão. Mas são **mercadorias**. E elas têm um **preço**.

Em se tratando de prestação de serviços médicos, não estamos diante de mercadorias. Aqui o trabalho do profissional médico tem, sim, um custo operacional, mas tem, sobretudo, um **conteúdo ético**.

A esse bem de suma complexidade não se paga com **preço**. **Remunera-se**. E aqui as duas vertentes já acima assinaladas: ao profissional liberal pagam-se **honorários médicos**, fixados livremente por ele, de acordo com a sua competência, com a dificuldade dos procedimentos a serem adotados, e também (por que não?) de acordo com o ambiente social em que vive; já o profissional médico que se vincula a um Plano de Saúde ou a uma Seguradora, recebe dessas empresas uma **remuneração**, cujo valor é fixado numa **negociação coletiva entre as respectivas associações**.

Conflitos de normas?

Vê-se, pois, que a Constituição e as normas da Consolidação das Leis do Trabalho estabelecem **um contexto normativo** específico para as **relações de trabalho**. Por outro lado, a mesma Constituição e as normas contidas na Lei nº 8.884, de 1994, criam um outro **contexto normativo**. Entendido o ordenamento jurídico como um **sistema**, em que as normas disciplinam **campos fáticos** diferentes, deve-se deduzir a **compatibilidade** desses diversos sub-contextos e a sua **compossibilidade**.

Do que se deduz que as normas que regem o contexto das relações de trabalho não devem ser aplicadas ao contexto criado pela **aplicação da Lei nº 8.884**, de 1994. E a situação inversa é também verdadeira: as normas que regem a concorrência empresarial não podem ser utilizadas para reger o campo normativo das relações de trabalho.

Aquelas normas trabalhistas, que protegem toda e qualquer **relação de trabalho**, não conflitam com as normas contidas na Lei nº 8.884/94. São dois campos de aplicação **distintos**.

A relação entre as operadoras de Planos de Saúde e de Seguros de Saúde e os médicos que prestam serviços médicos aos clientes **é uma relação de trabalho**. E a contraprestação pelo trabalho desenvolvido pelos médicos se chama **remuneração**.

Os Planos de Saúde e as Seguradoras estabelecem os **valores das mensalidades**, independentemente de os **segurados** se valerem, ou não, dos serviços dos médicos.

Os médicos não se colocam numa situação de **concorrência**, nem com os Planos de Saúde, nem com os consumidores de serviços médicos. **Não existe relação concorrencial** no presente caso.

Donde se depreende que houve grave equívoco, tanto na representação, quanto no r. despacho do Sr. Secretário de Direito Econômico, que enquadrou como concorrencial uma situação jurídica **completamente alheia ao contexto do Direito da Concorrência**.

11. A jurisprudência europeia atual

Esta questão de uma relação jurídica de trabalho e de sua diferença da relação jurídica de concorrência foi analisada por vez primeira pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, no caso Albany International BV contra Stichting Bedrijfspensionenfonds Textielindustrie⁽¹⁶⁾, decidido em 1999. Saliente-se que foi a primeira vez em que o Tribunal de Justiça se pronunciou sobre o aparente **conflito** e a **compatibilidade** e **compossibilidade** entre **relações de trabalho** e **relações de concorrência**.

Naquele caso será importante apreender a suma do pensamento do Tribunal, mas a lição mais contundente se recebe nas palavras do Advogado-Geral.

A ementa do acórdão do Tribunal traz o seguinte pensamento:

“2 Resulta de uma interpretação útil e coerente dos artigos 3, alíneas g) e i), do Tratado [que passou, após alteração, a artigo 3, n. 1, alíneas g) e j), CE], 85, n. 1, do Tratado (atual artigo 81, n. 1, CE), 118 e 118-B do Tratado (os artigos 117 a 120 do Tratado foram substituídos pelos artigos 136

¹⁶ Caso C-67/96, de 21 de setembro de 1999.

CE a 143 CE) que acordos concluídos no âmbito de negociações coletivas entre parceiros sociais com vista a atingir objetivos de política social, tais como o melhoramento das condições de emprego e de trabalho, devem ser considerados, em razão da sua natureza e do seu objeto, como não abrangidos pelo artigo 85, n. 1, do Tratado.”

O conteúdo da decisão assim ementada é que as relações decorrentes de negociações coletivas escapam ao âmbito de aplicação das normas de concorrência contidas no **artigo 85, n. 1**, do Tratado de Roma, cuja numeração foi alterada para **artigo 81, n. 1**. Logicamente, a fixação de **remuneração** e de outras condições de trabalho estão ao largo da incidência do artigo 81, n. 1 do Tratado.

O Advogado-geral **JACOBS** salienta que é a primeira vez, em 1999, que o Tribunal é chamado a analisar a questão da **relação entre as regras da concorrência** e os **acordos realizados por negociação coletiva entre parceiros sociais**.

Procura demonstrar que essa posição não é absolutamente original, pois que posicionamentos idênticos já eram praxe em outros ordenamentos jurídicos. Parte, então, **JACOBS** do estudo comparativo das legislações e dos posicionamentos jurisprudenciais.

- Na **FRANÇA**, o Conselho da Concorrência, depois de ter examinado os efeitos restritivos das convenções coletivas concluídas entre parceiros sociais, ou depois de ter feito uma apreciação global dos fatores anticoncorrenciais que elas comportam e de suas vantagens no plano social, considerou que a maioria das cláusulas submetidas a seu exame **eram compatíveis com as regras francesas da concorrência** ⁽¹⁷⁾.

- Na **FINLÂNDIA**, a lei de concorrência **exclui** de seu campo de aplicação os **acordos relativos ao mercado de trabalho**.

¹⁷ Decisão nº 92-A-01, de 21 de janeiro de 1992, Syndicat français des assureurs-conseils. Deliberou o Conselho que “a designação de um organismo de previdência, que é a expressão da escolha exercida pelos parceiros sociais, não é, enquanto tal, contrária ao direito da concorrência, por outro lado, a cláusula de designação de um organismo de previdência e a escolha do regime correspondente são elementos constitutivos da economia da convenção. O Conselho sustenta ademais que a extensão das cláusulas relativas à previdência é um elemento de igualização das condições de exploração das empresas que se encontram no campo de aplicação da convenção ao mesmo tempo em que é um fator de progresso econômico e social”.

- Na **DINAMARCA**, o artigo 3º da lei de concorrência prevê sua **não-aplicação às condições de remuneração e de trabalho**.

- Na **ALEMANHA**, a lei de concorrência exclui certos domínios da economia e certos acordos de seu campo de aplicação material. A Corte Federal do Trabalho afirmou que “*as convenções coletivas concluídas entre parceiros sociais escapavam em princípio ao campo de aplicação material das regras de concorrência. O Bundesarbeitsgericht fundamentou seu posicionamento em diversos pontos. O Bundesarbeitsgericht constatou, a título preliminar, que as negociações coletivas constituem uma das atividades protegidas em virtude dos direitos fundamentais conferidos pelo artigo 9, parágrafo 3, da Grundgesetz (Lei Fundamental alemã). Afirma ainda que o mercado do trabalho beneficia-se, politicamente, de um estatuto especial.*”

- No **REINO UNIDO**, é tradição que o direito da concorrência não seja invocado para tratar das questões de direito do trabalho (18).

- Nos **ESTADOS UNIDOS**, as atividades dos sindicatos escapam em princípio à interdição dos acordos enunciada no artigo 1º da Lei Sherman, como consequência de uma **isenção** das relações de trabalho da aplicação das regras de concorrência (**‘labor exemption’**), resultante quer da lei (**‘statutory exemption’**), quer da jurisprudência da Suprema Corte (**‘non statutory exemption’**).

- O **CLAYTON ACT** exclui do direito da concorrência os atos unilaterais realizados pelos sindicatos no quadro de conflitos do trabalho. O Clayton Act afirma que **‘o trabalho assalariado não pode ser tratado como um objeto de comércio’**.

- O Congresso promulgou em 1932 o **Norris-La-Guardia Act** destinado a estender o campo de aplicação da **isenção**.

- No caso **United States v. Hutcheson**, a Suprema Corte aponta **três condições** de aplicação da isenção:

¹⁸ O Advogado-geral invoca o ensinamento do Professor Richard Whish, na terceira edição de seu livro (1993), para quem, em conformidade com o Restrictive Trade Practices Act 1976, os acordos relativos aos salários, às condições de trabalho, aos horários de trabalho, não deviam ser notificados. Já na quinta edição (2003), o mesmo professor, invocando a decisão *Albany International (1999)* afirma que o Tratado de Roma inclui não somente a adoção de uma política de concorrência, mas também uma política na esfera social.

- 1) Que haja um **conflito de trabalho**;
- 2) Que o sindicato aja no quadro de perseguição de suas próprias finalidades;
- 3) Que o sindicato não aja em concerto com grupos não sindicais.

- No caso **Connell Construction v. Plumbers and Steamfitters Local Union** ⁽¹⁹⁾, a Suprema Corte afirmou:

*«A isenção extra-legal tem origem numa política laboral forte, que promove a associação do trabalhadores com vista a eliminar a concorrência no domínio dos salários e das condições de trabalho. O êxito obtido pelos sindicatos na organização dos trabalhadores e na **uniformização dos salários** acabará por afetar a concorrência de preços entre os empregadores, mas os fins que a legislação laboral se propõe jamais seriam atingidos se esses efeitos no jogo da concorrência entre as empresas fossem considerados como uma violação da legislação antimonopólio. Por essa razão, o Tribunal reconheceu que a política laboral requer uma atitude tolerante no que respeita à diminuição da concorrência empresarial baseada nas diferenças de salários e de condições de trabalho... Contudo, os imperativos da política laboral não conferem aos sindicatos liberdade para imporem diretamente restrições à concorrência entre as empresas que empregam os seus membros. Portanto, se a isenção legal autoriza os sindicatos a implementar certas restrições ao agirem de forma unilateral..., já a isenção sem carácter legal não oferece semelhante proteção quando um sindicato e uma parte não ligada ao interesse dos trabalhadores concordam em restringir a concorrência num mercado de bens ou serviços.»*

Para bem apreender a análise do confronto entre relações jurídicas trabalhistas e relações jurídicas concorrenciais, é importante recorrer a três outras decisões da Suprema Corte norte-americana.

Na primeira dessas decisões, **United Mine Workers of América v. Pennington** ⁽²⁰⁾ a maioria dos juízes (6 contra 3) entendeu que “uma convenção coletiva relativa aos preços de venda do carvão constituiria, manifestamente, uma violação das regras de concorrência. Pelo contrário, os salários encontravam-se no âmago das negociações coletivas entre os sindicatos e as entidades patronais. Por isso, o efeito no mercado de produtos decorrente da elimina-

¹⁹ Decisão de 2 de junho de 1975, 421 US 616.

²⁰ Decisão de 7 de junho de 1965, 381 US 657.

ção da concorrência baseada nos salários entre os empregadores reunidos para **negociar convenções coletivas** sobre essa matéria não constituía, em princípio, o tipo de restrições que o Congresso pretendia interditar ao adotar o Sherman Act «[not] the kind of restraint Congress intended the Sherman Act to proscribe». Portanto, os sindicatos tinham o direito de celebrar acordos salariais com um grupo de entidades patronais negociando em conjunto e procurar obter, no seu próprio interesse e não por acordo com todos ou parte das entidades patronais desse agrupamento, os mesmos níveis de salários junto de outros empregadores.

Num segundo caso, **Meat Cutters v. Jewel Tea Co.** ⁽²¹⁾ os juízes entenderam que negociações coletivas relativas a assuntos que podem legalmente constituir conteúdo de negociações em virtude do direito do trabalho escapavam ao direito da concorrência. Afirmaram ainda que a **contratação coletiva** referente a matérias que obrigatoriamente são objeto de negociação ao abrigo das leis do trabalho **não estava, pela sua própria natureza, subordinada à legislação antimonopólio.**

Num terceiro caso, **Brown v. Pro Football** ⁽²²⁾ a maioria dos juízes (8 contra 1) considerou que a isenção por via não legislativa escudava os acordos celebrados após o fracasso das negociações entre várias entidades patronais com o objetivo de fazer vigorar as condições constantes da última proposta em matéria de salários por eles formulada de boa-fé, no pressuposto de que tal conduta pertencia indubitavelmente ao domínio do direito do trabalho e da política laboral. Essa maioria sustentou, em primeiro lugar, que a negociação envolvendo uma multiplicidade de entidades patronais constituía um método bem assente, importante e generalizado de contratação coletiva, apresentando vantagens tanto para o patronato como para os trabalhadores.

Procurando fazer uma síntese da visualização do direito comparado, o Advogado-geral expõe o seguinte quadro:

- *Podemos resumir as conclusões desta síntese comparativa como segue:*
- *Em todos os sistemas examinados as convenções coletivas entre parceiros sociais estão, em certa medida, excluídas da interdição de formação de cartéis anticoncorrenciais. No entanto, essa exclusão não é ilimitada.*
- *Os fundamentos legais dessa isenção e os mecanismos jurídicos do seu reconhecimento diferem largamente. Assim, deparamos com:*

²¹ Decisão de 7 de junho de 1965, 381 US 676.

²² Decisão 116 S. Ct. 2116 (1996).

- *O primado do direito fundamental de contratação coletiva (Alemanha);*
- *Uma disposição expressa de isenção contida na legislação antimonopólio ou noutras leis (Dinamarca, Finlândia, isenção legal nos Estados Unidos);*
- *Elaboração jurisprudencial (isenção por via jurisprudencial nos Estados Unidos);*
- *A exigência de determinado requisito para que se verifique a violação da proibição da formação de cartéis, que normalmente não está presente nos acordos em questão (Alemanha);*
- *A aplicação das condições gerais de violação da proibição de formação de cartéis de forma que conduzem ao resultado pretendido (França);*
- *A prática tradicional de não aplicar as regras de concorrência às relações laborais (Reino Unido).*

12. Conflitos e convergências

O ordenamento jurídico é uma organização normativa de todos os aspectos da vida social. Tais aspectos refletem tendências de diversos setores da coletividade, e esta diversidade leva a conflitos que se resolvem sempre na unidade por força dos princípios estabelecidos na Constituição. Essa permanente tensão entre as diversas categorias que integram o sistema jurídico, longe de ser negativa, é altamente criadora e incentivadora da vitalidade do ordenamento.

Assim é que um contrato estritamente obediente aos cânones do Direito Comercial tem que ser submetido ao órgão de concorrência para que este, à luz dos princípios do Direito da Concorrência, se pronuncie sobre a aceitabilidade daquele contrato num contexto de mercado.

O Direito reflete normativamente a diversidade fática da atuação do homem na sociedade. A uma diversidade fática corresponde uma diversidade jurídica. Na vida real existem diferentes contextos em que o homem se integra, sem viver em perpétuo conflito. Desde o nascimento faz ele parte do contexto fático familiar (em que existem regras específicas), com o seu crescimento e desenvolvimento passa a fazer parte do contexto fático educacional (também com seu conjunto de regras específicas), mais adiante se defronta com um contexto em que lhe é necessário trabalhar (aí também surge um conjunto de normas peculiares), pode então optar por trabalhar por conta própria constituindo uma empresa (surge novo contexto de normas). Mas verifica, logo, que há outros trabalhadores e outras empresas (com normas específicas de convivência, conflitos e soluções específicas). Na medida em que se concretiza esse desen-

volvimento, a vida real e a normatividade se **complicam** e se **interimplicam, sem se excluírem**.

Em estudo em que analisa a **articulação** entre o direito civil, o direito comercial e o direito da concorrência, LOUIS VOGEL⁽²³⁾ salienta que ao direito civil compete a proteção subjetiva dos operadores, enquanto ao direito da concorrência, a proteção objetiva do mercado. O direito da concorrência tem por vocação assegurar o bom funcionamento do mercado, estabelecendo regras para impedir o poder de monopólio.

Diferentemente desse objetivo econômico do direito da concorrência, o direito comercial e o direito civil têm em sua própria origem a vocação para reger as relações privadas, garantindo o respeito à liberdade contratual e reparando os danos provenientes do desrespeito a essa mesma liberdade.

Como já dissemos, no mercado encontramos relações de trabalho que são objeto de normas específicas, mas que devem ser vistas como integrantes do mesmo **sistema** normativo a que pertencem as normas que regulam a concorrência. Essa análise revelará a compatibilidade ou a incompatibilidade de cada conjunto normativo.

As convenções coletivas de trabalho são acordos e, como todo acordo, restringem. Resta saber se essa restrição é razoável, aceitável e mesmo criadora dentro do sistema. Não se pode deixar de lembrar, a este propósito, a lição de Louis Brandeis no julgamento do caso Board of Trade of City of Chicago, em 1918. Disse ele, e a Suprema Corte vem repetindo esse ensinamento reiteradamente em inúmeros julgamentos, que “a legalidade de um acordo não pode ser determinada por um teste tão simples quanto afirmar que ele restringe a concorrência. Todo acordo relativo ao comércio, toda regulação do comércio, restringe. Vincular, restringir, é de sua própria essência. O verdadeiro teste da legalidade é se a restrição imposta é de tal sorte que meramente regula e talvez por isso mesmo promove a concorrência ou se é de tal sorte que possa suprimir ou mesmo destruir a concorrência. Para aferir esta questão o tribunal deve ordinariamente considerar **os fatos** peculiares ao negócio a que a restrição é aposta, sua condição antes e depois que a restrição foi imposta, a natureza da restrição e seu efeito, concreto ou provável. A história da restrição, o perigo que se supõe existir, a razão para adotar o remédio em questão, o propósito ou a finalidade que se procura alcançar, são todos fatos relevantes”⁽²⁴⁾.

²³ VOGEL, Louis. L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence. *Revue de la Concurrence et de la Consommation*. n° 115, Mai-Juin 2000, p. 6-11.

²⁴ But the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation

Donde se vê que um acordo que aparentemente ou verdadeiramente restringe, como é da própria essência de qualquer acordo restringir, não cai, somente por isso, no campo de aplicação do direito da concorrência, por estar submetido a regras de outro campo de organização jurídica.

Como se evidenciou acima, um ordenamento jurídico alberga vários campos de organização fática e normativa. Assim, as normas que estabelecem regras para a convivência no âmbito do trabalho não conflitam com as que regulam a atividade concorrencial dos agentes do mercado. No mundo real os participantes de cada um desses âmbitos interagem, interrelacionam-se, dão origem a conflitos. O que verdadeiramente compõe estes focos de tensão e de convergência é o ordenamento jurídico. Observa a este respeito o Advogado-geral JACOBS:

*“todos os sistemas jurídicos encerram, potencialmente, tensões entre estas duas categorias de disposições. É admitido que as convenções coletivas normais sobre matérias que **constituem a essência das negociações coletivas**, tais como os salários ou outras condições de trabalho, restringem a concorrência entre os trabalhadores: estes não se podem oferecer para trabalhar por um salário de nível inferior ao mínimo acordado. No entanto, o objetivo principal dos sindicatos e do processo de negociação coletiva é precisamente **evitar uma «corrida ao mais baixo»** dos empregados no tocante aos salários e às condições de trabalho. Essa é a razão pela qual as negociações coletivas são encorajadas por todas as ordens jurídicas nacionais, por instrumentos jurídicos internacionais e, especificamente, pelo próprio Tratado; além disso, a legislação comunitária no domínio do emprego contém disposições detalhadas sobre as medidas a pôr em prática, tanto por meio de negociações coletivas como por via legislativa. Se tais acordos estivessem sujeitos à proibição do artigo 85, n. 1, seria necessário solicitar à Comissão um certificado negativo ou uma isenção. Porém, e devido à sua própria natureza, **tais acordos não se inserem facilmente no quadro das regras de concorrência.**”*

of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual or probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. (Board of Trade of City of Chicago v. United States (1918) 246 U.S. 231).

*“Os autores do Tratado ou não estavam conscientes do problema ou não conseguiram chegar a acordo sobre uma solução para o mesmo. Por esse motivo, o Tratado não fornece indicações claras nesta matéria. Nestas circunstâncias, há que seguir uma orientação de acordo com princípios de interpretação bem estabelecidos. Uma vez que ambas as categorias de disposições constituem normas do Tratado, **situadas ao mesmo nível da hierarquia das fontes de direito**, nenhuma delas deveria ter primazia absoluta sobre a outra, e nenhuma delas deveria ser completamente esvaziada de conteúdo. Uma vez que as disposições do Tratado que promovem as negociações coletivas pressupõem que as convenções coletivas são, em princípio, legítimas, **o artigo 85, n. 1, não pode ter sido concebido com vista à sua aplicação às negociações coletivas entre parceiros sociais sobre temas essenciais das mesmas, tais como os salários e outras condições de trabalho. Logo, as convenções coletivas entre parceiros sociais em matéria de salários e de condições de trabalho deveriam ficar automaticamente fora do âmbito de aplicação da legislação da concorrência.**”*

13. Os planos de cargos e salários

Faz parte das disputas em negociações coletivas de trabalho a pretensão de implantar-se um **Plano de Cargos e Salários**.

Ao levar adiante esta pretensão, os sindicatos e associações representativos de empregados elaboram eles próprios o Plano de Cargos e Salários que entendem aceitável. Como o próprio nome está a dizer, o Plano **hierarquiza os cargos e fixa os salários de acordo com essa hierarquia**.

Ninguém, ao que se saiba, alguma vez insurgiu-se contra tais Planos de Cargos e Salários, ninguém impugnou a **hierarquização dos cargos e dos salários**. Sempre se entendeu que essa “*tabela*” de cargos e salários é uma necessidade no mundo das **relações de trabalho**.

Ora, este foi também o pensamento do Advogado-geral JACOBS, acolhido pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia:

“Existem ainda considerações de ordem prática que reforçam esta conclusão de princípio.

“Admite-se geralmente que a negociação coletiva entre parceiros sociais permite evitar conflitos laborais onerosos, reduz os custos inerentes aos compromissos graças a um processo de negociação coletiva regido por determinadas regras e aumenta a previsibilidade e transparência. Um certo equilí-

brio no poder de negociação de ambos os lados favorece a adoção de soluções equilibradas para cada um dos parceiros e para a sociedade em geral.

“Além disso, se bem que suscetíveis de restringir a concorrência entre trabalhadores assalariados, as convenções coletivas em matéria de salários, duração ou outras condições de trabalho provavelmente não terão um efeito restritivo significativo na concorrência entre empregadores. Quanto à concorrência no lado da procura no mercado de trabalho, normalmente cada empregador continua a ser livre de oferecer condições mais vantajosas aos seus trabalhadores. Quanto à concorrência nos mercados de produtos ou serviços em que os empregadores operam, faço notar, em primeiro lugar, que as convenções em matéria de salários ou de condições de trabalho só harmonizam um de entre os vários fatores de produção. Logo, somente um aspecto da concorrência é afetado. Em segundo lugar, e como demonstra a prática da Comissão, a proximidade do mercado do fator em causa constitui um importante critério de avaliação do caráter sensível das restrições. No caso das convenções coletivas em matéria de salários e condições de trabalho, o preço final dos produtos ou serviços em causa será influenciado por muitos outros fatores antes de estes chegarem ao mercado. Em terceiro lugar, e este constitui, talvez, o elemento mais importante, os custos dos fatores de produção só aparentemente são harmonizados, uma vez que, em termos econômicos, e ao contrário do que acontece com as matérias-primas, **o trabalho não é um bem homogêneo**. O fato de os trabalhadores auferirem a mesma remuneração nominal não significa que os seus custos reais para os respectivos empregadores sejam idênticos. Os custos reais só se podem determinar tendo em conta a produtividade dos trabalhadores. A própria produtividade é determinada por muitos fatores como, por exemplo, a qualificação profissional, a motivação, o ambiente tecnológico e a organização do trabalho. Todos estes fatores podem ser influenciados pelos empregadores e, na realidade, são-no. É precisamente isso que constitui o objetivo de uma gestão eficiente dos recursos humanos. Logo, existe realmente uma forte concorrência no capítulo do trabalho enquanto fator de custo. **Finalmente, poderemos considerar que dois fatos apóiam empiricamente a tese da inexistência de efeitos significativos na concorrência: por um lado, foi preciso esperar 40 anos para que fosse submetido ao Tribunal de Justiça o primeiro caso de compatibilidade entre uma convenção coletiva e o artigo 85 do Tratado e, por outro, na resenha da questão nos direitos nacionais que acima apresentei, não existe um único caso que se refira a convenções normais versando sobre salários e condições de trabalho.**

14. Acordo entre sindicatos

A Lei Sherman e o Tratado de Roma, ao instaurarem uma política antitruste ou uma política de defesa da concorrência, referem-se a “*acordos*” que sejam suscetíveis de afetar o comércio. O Tratado explicita melhor o alcance desses “*acordos*”, mostrando que se trata daqueles que tenham por objetivo ou por efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência.

A Lei nº 8.884, de 1994, tanto no artigo 20 quanto no 54, refere-se mais genericamente a “*atos*” que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência.

Os sindicatos e associações não se caracterizam como empresas, embora o legislador, no artigo 15 da Lei 8.884/94, estenda a aplicação da lei a quaisquer associações de entidades ou pessoas. Não exercem eles nenhuma atividade econômica nem têm qualquer finalidade de lucro. Sua finalidade é a de proteger os interesses de seus associados. E uma das formas de concretizar essa proteção é entabular **negociações coletivas**, com vista à formalização de um “*acordo*”, principalmente para fixação de condições de trabalho, dentre elas a fixação de **remuneração adequada e condizente**.

Indaga-se, pois, se este “*acordo*” estaria incluído no conceito abrangido pelo artigo 1º da Lei Sherman, pelo artigo 81, n. 1, do Tratado de Roma, ou ainda pelos artigos 20 e 54 da Lei nº 8.884, de 1994.

Lembre-se mais uma vez a lição de BRANDEIS, de que todo contrato restringe, pois que é da natureza do contrato restringir. Deve-se aplicar a esse contrato, a esse “*acordo*” um teste de **conformidade com a Constituição e com a Lei**. Existindo essa conformidade, ver-se-á que aquele “*acordo*” é uma forma de regular as relações num determinado grupo de relações jurídicas. E será, pois, uma forma prevista pelo ordenamento jurídico para promover a concorrência. E, para isso, o Tribunal tem que conferir os **fatos**, numa apreciação **caso a caso**.

Pode-se comparar essa posição de Brandeis com aquela assumida pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia, ao adotar o pensamento do Advogado-geral JACOBS, já citado acima:

”se bem que suscetíveis de restringirem a concorrência entre trabalhadores assalariados, as convenções coletivas em matéria de salários, duração ou outras condições de trabalho provavelmente não terão um efeito restritivo significativo na concorrência entre empregadores. Quanto à concorrência no lado da procura no mercado de trabalho, normalmente cada emprega-

dor continua a ser livre de oferecer condições mais vantajosas aos seus trabalhadores. Quanto à concorrência nos mercados de produtos ou serviços em que os empregadores operam, faço notar, em primeiro lugar, que as convenções em matéria de salários ou de condições de trabalho só harmonizam um de entre os vários fatores de produção”.

15. Acordo ou forma de concertação

É indiscutível que o próprio conceito de negociação coletiva implica em que cada uma das partes defenda os seus próprios interesses.

É certo que nem os trabalhadores nem seus órgãos representativos são empresas. Em assim sendo, pergunta-se se uma **convenção coletiva** celebrada entre eles poderia ser equiparada a um acordo celebrado entre empresas concorrentes.

Além das motivações de ordem social, em que se procura o benefício maior de cada categoria profissional, existem motivações econômicas. O debate que se trava entre as associações representativas tem por finalidade evitar maiores conflitos, com custos mais elevados, quer para as categorias envolvidas quer também, indiretamente, para a sociedade como um todo, conseguindo-se ao final maior previsibilidade e transparência relativamente aos custos de produção.

O acordo que tem como conteúdo e finalidade estabelecer a **remuneração justa e adequada** é a própria essência das negociações coletivas realizadas entre entidades representativas de categorias profissionais que se defrontam no mercado, e não afeta outras entidades. Daí porque as regras de concorrência não se aplicam a essas situações. É com esse direcionamento que o Advogado-geral JACOBS se dirige ao Tribunal de Justiça:

*“Concluo que o artigo 85, n. 1, não é aplicável **ratione materiae** às convenções coletivas celebradas entre as duas partes de um setor de atividade pelas quais as entidades patronais acordam pagar determinada contribuição de pensão por cada trabalhador pertencente a esse sector, uma vez que tais acordos são acordos coletivos celebrados de boa-fé entre parceiros sociais sobre matéria que constitui a própria essência das negociações coletivas, tais como salários e condições de trabalho, que não afetam diretamente mercados terceiros nem outras entidades. Nem nos casos vertentes o artigo 85, n. 1, se aplica **ratione personae** aos trabalhadores assalariados ou aos sindicatos porque, no contexto das negociações coletivas, nenhum deles está a agir como uma empresa, na aceção das regras de*

concorrência. Quanto aos dois acordos tácitos entre as entidades patronais, visando um deles o estabelecimento de um regime de pensões setorial único gerido em conjunto pelos parceiros sociais e o outro a apresentação, juntamente com os sindicatos, de um pedido ao ministro competente solicitando a declaração da obrigatoriedade de participação, o artigo 85, n. 1, embora aplicável em princípio, não é infringido, uma vez que nenhum dos acordos restringe a concorrência.

16. Posição dominante

Não tem qualquer sentido afirmar-se que os sindicatos ou associações representativas de médicos sejam detentores de posição dominante no mercado. Aliás, no confronto entre sindicatos ou associações de trabalhadores que lutam por melhores condições de trabalho, por melhor remuneração, e os sindicatos de entidades que representam empresas que se valem da mão-de-obra desses trabalhadores, o que se pode afirmar com toda segurança é que estes últimos é que detêm **poder de mercado**.

Os sindicatos que reúnem Planos de Saúde e Seguradoras que oferecem serviços de saúde são detentores de enorme poder de mercado, competindo entre eles para dominar os mercados. Basta ver decisões do CADE referentes a Planos de Saúde que dominam o mercado, opondo barreiras à entrada de outros Planos em determinada localidade.

Às associações e sindicatos de trabalhadores assiste o direito, e até mesmo a **obrigação** decorrente de **mandamento constitucional** (artigo 8º, inciso VI, da Constituição Federal) de promover **negociações coletivas de trabalho**.

E quando tais associações, em nome de seus médicos associados, se propõem **recusar-se a trabalhar** para determinados Planos, estão eles valendo-se de **direito constitucionalmente assegurado** (art. 9º, da Constituição Federal). Assim sendo, o recusar-se a trabalhar para quem não quer participar de negociações coletivas, descumprindo o mandamento constitucional que diz ser “*obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho*”, é um **direito constitucionalmente garantido**.

17. Conclusão

As considerações acima desenvolvidas nos permitem chegar a algumas conclusões, que podem ser sucintamente expostas:

1. O ordenamento jurídico brasileiro, como um **sistema complexo de todas as relações jurídicas**, estabelece as normas que regem o bloco de relações de trabalho e o de relações de concorrência.
 2. As normas pertencentes a esses dois blocos estão numa relação de **compatibilidade** e de **compossibilidade**.
 3. As normas que regem as **relações de trabalho** convivem harmoniosamente com as que disciplinam as **relações de concorrência**.
 4. A Constituição brasileira e a legislação infraconstitucional disciplinam as **relações de trabalho**, em que se inserem as normas que regem convenções coletivas destinadas a estabelecer de forma vinculante as condições de trabalho, dentre elas, a remuneração.
 5. No embate entre entidades representativas de trabalhadores e as que representam as empresas, criam-se **condições** de trabalho, que **obrigam** as partes negociadoras e seus associados.
 6. A remuneração estabelecida através desses **acordos** se traduz em **parâmetros remuneratórios** iguais para todos os pertencentes a estas categorias.
 7. A estes acordos e parâmetros salariais **não se aplicam as regras** próprias do contexto normativo da concorrência.
 8. Daí porque se conclui que não tem qualquer sentido falar-se em “*tabelas de honorários médicos*” como tentativa de incluí-las no contexto do Direito da Concorrência, porque a ele efetivamente não pertencem, até mesmo porque não é adequado falar-se de “*tabelas*”, menos ainda de “*tabelas de honorários*” e menos ainda de “*tabelas de honorários médicos*” em se tratando de relações de trabalho.
 9. Onde poder-se dizer que os órgãos de concorrência são **absolutamente incompetentes, racione materiae e racione personae**, para analisar a questão, obviamente, porque não se trata de questão de concorrência, nem entre concorrentes.
- (Artigo registrado na Biblioteca Nacional)

ASPECTOS JURÍDICOS E REGULATÓRIOS DO COMPARTILHAMENTO DE INFRA-ESTRUTURA NO SETOR FERROVIÁRIO

*Maurício Portugal Ribeiro**

1. Considerações iniciais

O direito de passagem e o tráfego mútuo se caracterizam, do ponto de vista jurídico, como obrigação dos concessionários de ferrovias (“concessionário(s) visitado(s)”), prevista nos respectivos contratos, de permitir o uso por outros concessionários (“concessionário(s) visitante(s)”) dos recursos operacionais da ferrovia sob a responsabilidade do visitado, para que o visitante complete prestação de serviço iniciada na sua malha.

Cuida, pois, de obrigação dos concessionários visitados de compartilhar os recursos operacionais sob a sua responsabilidade com o concessionário visitante, de modo a viabilizar que a prestação do serviço iniciada na malha dos concessionários visitantes possa ser devidamente completada.

O objetivo desta obrigação é assegurar a permeabilidade da malha ferroviária do país e maximização da eficiência do uso do sistema ferroviário como um todo.

No setor ferroviário, esta maximização da eficiência visa, ao mesmo tempo, permitir que o transporte se desenvolva por distâncias que o tornem competitivo¹ e viabilizar a chegada da carga originária de uma malha em destino na outra malha.

Busca-se, assim, em última análise, garantir que os usuários finais do transporte ferroviário não tenham seu interesse de fazer chegar a carga em determinado destino (e de ter acesso à forma mais barata de fazê-lo) frustrado pela segmentação da exploração da malha ferroviária e pela atribuição do monopólio de exploração de suas secções a concessionários diversos.

* Diretor da Unidade de PPP do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Ex-Consultor na Área de Direito Administrativo do BID - Banco Interamericano de Desenvolvimento e do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para implementação de PPP - Parcerias Público Privadas, condição na qual participou da equipe que redigiu a minuta do projeto de lei que se tornou a Lei de PPP; Mestre em Direito pela Harvard Law School; Professor da SBDP - Sociedade Brasileira de Direito Público

¹ Já é senso comum que o transporte ferroviário de carga geralmente não é competitivo nas condições brasileiras em distâncias inferiores a algo em torno de 500 km.

Portanto, em contexto em que a malha ferroviária foi praticamente toda desestatizada (a exceção é a Ferrovia Norte-Sul, que continua sob a égide de empresa pública federal), por meio de modelo que criou monopólios privados na exploração de cada secção da malha, trata-se de evitar que o “encastelamento” de tais monopolistas nas respectivas malhas que lhe foram concedidas crie empecilhos à prestação de serviço adequada ao usuário.²

Doutro lado, como no caso do Brasil, por razões de ordem institucional³, a desestatização do setor ferroviário se fez por regiões, e não por corredores⁴, a garantia da permeabilidade da malha pela obrigação de realizar tráfego mútuo ou direito de passagem tem ainda maior relevância que em outros países.

É que, como a concessão da malha por região levou alguns concessionários a receberem trecho da malha com acesso a áreas produtoras relevantes, mas cujo acesso aos destinos da carga só podem se fazer por meio da utilização de recursos operacionais de uma outra concessionária, a obrigação de operar em tráfego mútuo ou direito de passagem é condição de sobrevivência das concessionárias sem acesso aos destinos. Tais concessionárias são na prática dependentes daquelas que detêm o acesso aos destinos das cargas, que, por essa razão, figuram nesta relação como dominantes.

Essa situação ressalta a imbricação da obrigação de dar direito de passagem ou de realizar tráfego mútuo com o problema do abuso do poder econômico entre concessionárias.

É que a concessionária com acesso ao destino da carga (“concessionária dominante”) poderia tentar usar o seu monopólio sobre a malha como meio para locupletar o concessionário que depende dela (“concessionário dependente”), pressionando-o a pagar pelo acesso ao destino valores muito acima dos custos, o que prejudicaria o interesse dos usuários (pois tais valores seriam repassados para a tarifa, até atingimento dos tetos tarifários da concessionária dependente), podendo, inclusive, a curto ou médio prazo, resultar na inviabilização do negócio da concessionária dependente.

Trata-se, pois, de situação que torna possível o exercício pela concessionária dominante do abuso de poder de monopólio, com prejuízos para outros operadores de ferrovia e para os seus clientes.

² Cf.: art. 6º, *caput* e § 1º, da Lei 8.987/95, e, diversos artigos da Lei 10.233/01.

³ A razão principal pela qual a desestatização se fez por região foi a diferença de cronograma entre a desestatização da rede da FEPASA – Ferrovias Paulistas S/A em relação à rede da RFFSA – Rede Ferroviária Federal S/A.

⁴ Que seria, aliás, mais racional do ponto de vista econômico.

Esse tipo de situação exige, em regra, atuação preventiva da agência reguladora do setor, que, pela emissão de regras substantivas claras deve estabelecer as condições mínimas de exercício do direito de passagem e do tráfego mútuo pelas concessionárias dependentes.

Assinale-se que os próprios contratos de concessão contemplam essa situação, quando, ao descreverem a obrigação das concessionárias de operarem em tráfego mútuo e em direito de passagem enunciam logo a seguir que: “*Serão definitivas as exigências que a CONCEDENTE venha a fazer com relação às cláusulas de tais contratos referentes ao controle do abuso de poder econômico e à segurança do tráfego ferroviário*” (cf.: inciso XXI, da Cláusula Nona, item 9.1, do Contrato de Concessão da Estrada de Ferro Carajás, que utilizamos neste estudo como exemplo).

A Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, entretanto, após reiterados problemas na relação entre concessionárias, resolveu, em 2004, regulamentar a questão do direito de passagem e tráfego mútuo pela sua Resolução nº 433/04, que adotou o sistema de livre-negociação entre as concessionárias para definição das condições de compartilhamento de infra-estrutura.

Neste contexto, é preciso voltar atenção, ainda que sumariamente, para dois temas relacionados à questão. O primeiro são as condições para funcionamento do sistema da livre-negociação adotado pela ANTT. O segundo é o problema de saber o que exatamente são as condições mínimas de exercício do direito de compartilhamento de infra-estrutura, mesmo porque, malgrado a necessidade da agência criar proteção para as concessionárias dependentes, é preciso que tal proteção não se constitua em privilégio injustificado.

É o que trataremos nas rubricas a seguir.

2. Condições de funcionamento do sistema da livre-negociação adotado pela Resolução nº 433/04 da ANTT

Do ponto de vista regulatório, a premissa do sistema de livre negociação adotado pela ANTT é a interdependência entre os operadores das infra-estruturas.

Em contexto em que de fato há interdependência, o sistema de livre negociação pode ser adotado como mecanismo para maximizar a eficiência do compartilhamento das redes, pois as partes têm os incentivos adequados para estabelecerem as condições de compartilhamento e conexão que maximizam o bem estar de ambas, o que em última análise – supondo que existam mecanismos adequados de transferência dos ganhos de eficiência para o usuário – beneficia o poder público e o usuário.

Contudo, se um dos prestadores de serviço tem o seu negócio completamente dependente do acesso à rede do outro, e não é possível ao prestador de serviço dependente criar uma opção à rede do outro⁵, então inexistirá a interdependência, que dá sentido ao sistema da livre-negociação.

Neste caso, é indispensável a atuação do órgão regulador (a ANTT), inclusive independentemente de provocação das partes, para estabelecer *a priori*, as condições mínimas para que o prestador de serviço dominante não locuplete o dependente. Tais “condições mínimas” são inclusive pré-requisito para que ocorra negociação entre dominante e dependente.

A atuação da ANTT, neste contexto, se destinaria a estabelecer o equilíbrio mínimo entre as partes para que elas, então, nesta posição de equilíbrio mínimo, possam buscar a forma de compartilhamento e conexão que maximize a eficiência na prestação do serviço.

Esta intervenção da ANTT, como ocorre amiúde em mercados sujeitos a forte regulação teria por base o seu mister de prevenir abusos de poder econômico e utilização indevida pelos concessionários do seu poder de monopólio. Essa questão, aliás, foi tratada explicitamente nos contratos de concessão ferroviários. O contrato da EFC – Estrada de Ferro Carajás, por exemplo, determina, na sua Cláusula Nona:

“9.1 – DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

(...)

XXI) Garantir tráfego mútuo, ou no caso da sua impossibilidade, permitir o direito de passagem a outros operadores de transporte ferroviário, mediante a celebração de contrato, dando conhecimento de tais acordos à CONCEDENTE no prazo de 30 (trinta) dias. Serão definitivas as exigências que a CONCEDENTE venha a fazer com relação às cláusulas de tais contratos referentes ao controle do abuso de poder econômico e à segurança do tráfego ferroviário;” (grifou-se)

Portanto, deveria a ANTT emitir resolução estabelecendo as condições mínimas de compartilhamento dos recursos entre concessionária visitante e visitada quando o grau de dependência da visitante da visitada torna o negócio da visitante dependente do acesso à malha da visitada, **com o objetivo exatamente**

⁵Típico caso que caracteriza na experiência internacional, que a rede do dominante é uma *essential facility*, ou seja, recurso essencial para a existência do negócio do prestador de serviço dependente.

de controle do abuso do poder econômico. Como bem diz o contrato de concessão, as determinações da agência sobre esse assunto serão definitivas.

É importante frisar que isso é, aliás, parte das atribuições legais da agência que, nos termos da Lei 10.233/01, pode não apenas prevenir, quanto coibir os abusos de poder econômico. O art. 12 menciona o assunto quanto trata das diretrizes do gerenciamento do setor de transporte:

“Art. 12. Constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infra-estrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre: (...)

VII – reprimir fatos e ações que configurem ou possam configurar competição imperfeita ou infrações da ordem econômica.”

E o art. 20, da Lei 10.233/01, ao tratar das atribuições da ANTT é absolutamente claro:

“Art. 20. São objetivos das Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestre e Aquaviário:

(...)

II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infra-estrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:

(...)

*b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses **e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica.**”* (grifou-se)

Aliás, além de ter o dever de adotar regras preventivas do abuso do poder econômico, nos casos em que detectar tais abusos, a ANTT tem também obrigação de reportá-los ao CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, à SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, ou à SEAE – Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme determina o art. 31, da Lei 10.233/01.

No caso específico do tráfego mútuo e do direito de passagem, esta competência é ainda reforçada pelo disposto no art. 25 da Lei 10.233/01, que dispõe, *verbis*:

“Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário:

(...)

V – regular e coordenar a atuação dos concessionários, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes;” (grifou-se).

Tem, portanto, a ANTT, claramente, competência legal para estabelecimento das condições mínimas que impeçam a ocorrência do abuso do poder econômico nas negociações sobre compartilhamento de infra-estrutura entre concessionárias de ferrovias.⁶

3. As condições mínimas para exercício do direito de compartilhamento de infra-estrutura ferroviária

Questão que requer análise específica é saber quais são efetivamente as condições mínimas para exercício do direito de compartilhamento de infra-estrutura ferroviária no caso de dependência do visitante do visitado.

A rigor, a definição das condições mínimas para o acesso à infra-estrutura sob controle do concessionário dominante deve se verter sobre os recursos:

- (a) que são indispensáveis para que o concessionário visitante tenha acesso ao destino;
- (b) em relação aos quais seja inviável a criação pelo concessionário dependente de meios alternativos à sua utilização, seja por impossibilidade técnica para tanto, seja por impossibilidade econômica, jurídica etc.

No setor ferroviário, os recursos operacionais que preenchem as condições acima são, em qualquer caso, a via permanente e o sistema de

⁶Em outros setores regulados, as respectivas agências exercem esse tipo de competência há muito. Por exemplo, no caso da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, a nova proposta de regulamento para a remuneração do uso de redes das prestadoras do STFC – Serviço de Telefonia Fixo Comutado diferencia os casos em que há operadoras com PMS – Poder de Mercado Significativo, para os quais a agência estabelece a remuneração com base nos custos do uso da rede, dos casos onde não há PMS e que são, por isso, sujeitos à livre pactuação entre as operadoras.

licenciamento de trens. Há, entretanto, situações em que é possível que outros recursos também preencham as condições acima.

A via permanente porque a construção de uma via alternativa à do concessionário dominante na estrutura econômica do transporte ferroviário seria, para o concessionário dependente, um custo de difícil recuperação, com a mera cobrança de tarifas, especialmente se a via vier a ter uso marginal em relação à capacidade que disponibiliza.

Por outro lado, o investimento necessário para ampliar a capacidade em via existente sob controle do concessionário dominante é absolutamente marginal em comparação com o de construção de uma nova via. Isto porque o incremento de capacidade de infra-estrutura ferroviária existente pode ser realizado de forma gradativa, por meio da implantação de pátios de cruzamento.

Já o sistema de licenciamento de trens, é o instrumento de controle de acesso pelos trens à malha visitada. Como a disciplina das condições mínimas de compartilhamento da infra-estrutura não pode prescindir, por razões de segurança, do controle centralizado do acesso dos trens a uma dada malha (controle esse que é de responsabilidade da concessionária visitada), será indispensável o uso pela concessionária visitante do sistema de licenciamento de trens operado pela visitada.

É certo que outros recursos poderão preencher as condições enunciadas nos itens “a” e “b” acima. Essa, entretanto, é uma análise que tem que ser realizada caso a caso.

Note-se que não é inovação da experiência brasileira a disciplina das condições mínimas de uso dos recursos para os quais o concessionário visitante não pode criar alternativa e que são essenciais para a existência do seu negócio. Na experiência internacional, esses recursos operacionais são chamados de “*essential facilities*”, que são os recursos, equipamentos, instrumentos aos quais o dominante não pode negar ao dependente o acesso, especialmente quando esse acesso se faça para implementação de competição na atividade fim do dominante.⁷

⁷ Considera-se geralmente que a origem da doutrina das *essential facilities* é a decisão da Suprema Corte Americana no caso de 1912 intitulado *Terminal Railroad*. A doutrina é aplicada até a atualidade e se tornou uma das idéias-chaves cujo desenvolvimento possibilitou a superação do direito do dominante de não contratar o uso por terceiros de recursos necessários à prestação do serviço. Esse direito do dominante até então podia ser utilizado para criar barreira de entrada e inibir a competição. Em diversos casos posteriores ao *Terminal Railroad* a Suprema Corte especificou os limites da doutrina. Cf., entre outros: *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945), the Supreme Court, *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143, 146-49 (1951), *Otter Tail Power Co. v.*

Enfim, o estabelecimento pela ANTT das condições mínimas de acesso pelos concessionários visitantes e dependentes à malha dos concessionários visitados dominantes, deve se verter especificamente sobre as *essential facilities*.

Mesmo porque, em relação aos demais recursos operacionais cujo compartilhamento não seja essencial à sobrevivência do concessionário dependente, o dever da ANTT, como agência reguladora do setor, é criar incentivo para que os concessionários operem em regime de máxima eficiência (conforme art. 11, inciso IV, e art. 20, inciso II, alínea “a”, ambos da Lei 10.233/01), o que, superado o problema da assimetria de poder entre os concessionários dominante e dependente (por meio da regulação das condições mínimas de acesso), poderia ser resolvido pela adoção do sistema da livre negociação.

Por exemplo, em relação ao material rodante, se o preço exigido pelo concessionário dominante para disponibilizar material rodante ao concessionário dependente for incompatível com as condições de mercado, certamente o concessionário dependente poderá ou adquirir vagões e locomotivas, ou arrendá-los de terceiros.

Superado, portanto, o problema da assimetria de poder entre as partes por meio do estabelecimento preventivo pela ANTT das condições de compartilhamento das *essential facilities*, estarão criadas as condições para que as operadoras de transporte ferroviário busquem, por meio da livre negociação, a forma mais eficiente de realização do transporte da carga.

Dito isto, a questão que emerge é saber quais devem ser as balizas mestras para a remuneração pelo visitante/dependente do acesso aos recursos operacionais essenciais para completar o serviço de transporte para os seus clientes. Ora, essa remuneração deve cobrir:

- (a) Custo de uso da via, de maneira a repassar para o concessionário visitante uma parte do valor do arrendamento que o concessionário visitado paga ao poder público pelo uso da via;
- (b) o desgaste sofrido pela via, para cobrir o custo adicional de manutenção gerado pela sua utilização pelo visitante;
- (c) o investimento que o concessionário visitado terá que fazer para criar disponibilidade de capacidade para uso pelo visitante.

Enfatize-se que a realização do investimento mencionado no item “c” acima requer que o pagamento pelo visitante seja realizado independentemente

United States, 410 U.S. 366, 377-79 (1973). A atividade das agências reguladoras americanas também desdobrou e especificou o conceito para cada setor.

do efetivo uso da via, ou seja, que o pagamento esteja vinculado à mera disponibilidade da capacidade.

Do ponto de vista econômico, isto exigirá a celebração de contratos com a estrutura de *take or pay*, ou seja que estabeleçam o compromisso do concessionário visitante pagar ao visitado valor pela capacidade disponibilizada, independentemente do seu uso.

Por essa razão, cremos que o mais conveniente é que as regras da ANTT sobre o assunto, ao contemplar as condições mínimas de acesso pelo visitante dependente à malha do visitado dominante, venham a estabelecer que o quantitativo exato a ser disponibilizado pelo visitado ao visitante seja objeto de manifestação prévia do visitante.

É que como a disponibilidade imporá ao visitante ônus fixo, e como o visitante dependente é o melhor conhecedor do seu próprio mercado, somente ele poderá dizer qual a sua necessidade de capacidade de transporte na malha do visitado.

Além disso, é conveniente que as regras emitidas pela ANTT sobre o assunto prevejam procedimento de revisão pelo qual o visitante tenha oportunidade, periodicamente, de solicitar aumento da sua capacidade mínima disponível na malha do dominante.

Note-se que a obtenção de fórmula para cálculo de valor de pagamento que contemple os objetivos mencionados acima não traz dificuldades técnicas maiores. Aliás, fórmula com essas características não é estranha à experiência ferroviária brasileira.

A RFFSA – Rede Ferroviária Federal S/A já dispunha de fórmula com essas características para regular o compartilhamento de recursos operacionais com a FEPASA – Ferrovias Paulistas S/A, fórmula esta que, com pequenas adaptações, foi utilizada pela ANTT na arbitragem para resolver as divergências em torno do compartilhamento da infra-estrutura entre a MRS Logística S.A. e a Ferrovias Bandeirantes S.A. – FERROBAN no acesso ao Porto de Santos (cf.: Resolução 945/05, da ANTT).

Por fim, vale lembrar, que apesar do presente trabalho ter focado atenção nos aspectos que têm relevância jurídica mais óbvia (como, por exemplo, o preço para exercício do compartilhamento da infra-estrutura ferroviária), o estabelecimento das condições de compartilhamento da malha não se cingem apenas a tais aspectos.

De qualquer modo, parece-nos relevante lembrar que a Resolução 945/05 da ANTT, que regulou o direito de passagem da FERROBAN na malha MRS para acesso ao Porto de Santos estabeleceu ponto de partida em relação às condições técnicas que devem ser disciplinadas nestas situações.

CONTROLE JUDICIAL DAS DECISÕES DO CADE

*José Elaeres Marques Teixeira**

1. Introdução

O Brasil vive momentos de afirmação do Direito da Concorrência. É natural, então, as muitas dúvidas sobre uma infinidade de questões que têm surgido, na medida em que as proposições legais são aplicadas aos casos concretos e, ao mesmo tempo, é revelada a gama de poderes que a legislação confere ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão capaz, por exemplo, de vetar operações entre grandes conglomerados econômicos e de aplicar pesadas multas às empresas acusadas de formação de cartel. Uma séria dúvida diz respeito à abrangência do controle judicial das decisões do tribunal administrativo da concorrência. É um tema delicado e, sem dúvida, um dos mais palpitantes do momento, o qual requer abordagem serena, isenta, sem extremismos, levando-se em conta o sistema jurídico ao qual nos filiamos. Essa é a pretensão do presente trabalho.

2. Unidade e dualidade da jurisdição

Em se tratando de atuação do Judiciário em face das decisões oriundas de entidade da Administração Pública, o ponto de partida das nossas reflexões deve ser a jurisdição, naqueles aspectos que interessam.

Existem hoje, basicamente, dois sistemas de jurisdição: o sistema da *unidade da jurisdição* e o sistema da *dualidade da jurisdição*. O primeiro, também conhecido como *sistema inglês*, confere ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição. O segundo, chamado de *sistema francês*, atribui a solução de certos litígios envolvendo a Administração Pública ou suas autarquias a tribunais administrativos, vinculados ao Poder Executivo.

A principal diferença entre um e outro é que, no *sistema inglês*, somente as decisões oriundas dos órgãos do Poder Judiciário é que adquirem autoridade de coisa julgada, ou seja, tornam-se imutáveis; as decisões administrativas apenas sofrem os efeitos da preclusão no âmbito da própria Administração, sujeitando-se, sem exceção, ao reexame, pelo Judiciário, quanto à sua legalidade e constitucionalidade.

* (Mestre em Direito pela UFSC. Procurador Regional da República. Representante do MPF junto ao CADE)

Diversamente, no *sistema francês*, os juízes não detêm o monopólio da jurisdição: essa atividade é compartilhada com os chamados tribunais administrativos, que decidem as matérias de sua competência com eficácia vinculativa plena, o que significa dizer que seus pronunciamentos também transitam materialmente em julgado, não podendo, portanto, ser reexaminados pelos órgãos do Poder Judiciário.

O Brasil teve uma única experiência de contencioso administrativo no período do Império. O Conselho de Estado, além da tarefa de assessorar o Imperador, também decidia certas lides de Direito Administrativo. Registra Celso Agrícola Barbi¹, entretanto, que não eram poucas as controvérsias sobre a fixação dos limites da jurisdição dos tribunais judiciais e dos tribunais administrativos, controvérsias essas que tinham origem, por um lado, na tradição lusitana de unidade da jurisdição, e, por outro, nas idéias extraídas de livros franceses que aqui chegavam abordando a dualidade da jurisdição vigente na França.

Com o advento da República, o Brasil optou definitivamente pelo sistema da *unidade da jurisdição*, embora a Constituição de 1969 tenha previsto, no art. 111, que a lei poderia criar contencioso administrativo para julgar as causas ali mencionadas, além de estabelecer, no art. 205, que lides entre entidades maiores de direito público e suas respectivas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista seriam decididas, *com eficácia vinculativa plena*, pela autoridade administrativa, ressalvado ao acionista da sociedade de economia mista o direito de recurso ao Judiciário, por meio de ação anulatória. Mas a lei referida no art. 111 nunca foi editada e o art. 205 não chegou a ser implementado, porque, segundo o Supremo Tribunal Federal – STF, dependia de lei regulamentadora², também não editada pelo Congresso Nacional.

Na vigente Constituição Federal, a regra da *unidade da jurisdição* está consagrada no art. 5º, inciso XXXV, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

É de se consignar que a mesma Constituição que consagra o sistema da *unidade da jurisdição* admite, entretanto, dois casos de *jurisdição anômala*, porque, conforme Athos Gusmão Carneiro, é exercida por “órgãos alheios ao Poder Judiciário”³.

¹ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 3. ed. Rio e Janeiro: Forense, 1977, p. 40.

² STF. Recurso Extraordinário nº 90.102/SP. Relator: Ministro Moreira Alves. *DJ* de 19/02/1979, p. 1.064.

³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 13.

O primeiro caso de *jurisdição anômala* é aquele em que o Senado Federal, nos processos de *impeachment*, julga, por crimes de responsabilidade, o Presidente da República, o Vice-Presidente e os Ministros de Estado, depois de admitida a acusação pela Câmara dos Deputados. Nessa hipótese, também se inclui o processo e julgamento, ainda pelo Senado Federal, de Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União, igualmente, nos crimes de responsabilidade (arts. 51, I, e 52, I e II, da CF).

O segundo caso de *jurisdição anômala* prevista na Constituição diz respeito ao Tribunal de Contas da União, incumbido de “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos” (art. 71, II, da CF). No que concerne ao *aspecto contábil – a regularidade das próprias contas* –, o julgamento do TCU impõe-se ao Judiciário.

Fora esses casos excepcionados na própria Constituição Federal, considerando o sistema ao qual nos filiamos, que é o da *unidade da jurisdição*, nenhum outro pode ser suprimido da apreciação do Judiciário, sempre que colocado sob a forma de um pleito judicial e no qual se alegue violação ou ameaça de violação a direito. Nas palavras de Athos Gusmão Carneiro:

“A existência de órgãos da *justiça administrativa* ou *contencioso administrativo* (Conselhos de Contribuintes, *Tribunais* de Recursos Fiscais) não implica ofensa ao monopólio exercido pelo Poder Judiciário. As decisões proferidas pelos colegiados administrativos não se revestem de caráter jurisdicional; portanto, não transitam materialmente em julgado, ficando sujeita a matéria ao reexame dos Tribunais, a instâncias de quem demonstre jurídico interesse”⁴.

3. Controle judicial dos atos administrativos

Firmado que no Brasil é o Poder Judiciário quem detém o monopólio da jurisdição e que a Constituição Federal excepciona apenas dois casos de *jurisdição anômala*, avancemos no tema, ingressando agora na seara da sindicabilidade das decisões emanadas da Administração Pública, focando a análise naquelas decisões que decorrem do exercício de um poder discricionário.

Vale lembrar que o instituto da discricionariedade administrativa tem origem no Conselho de Estado francês. Em um primeiro momento, o conceito era amplo, excluindo do controle dos tribunais todas as chamadas *matérias de*

⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 9.

polícia que diziam respeito à segurança e à ordem pública⁵. Posteriormente, já na segunda metade do século XIX, houve um pequeno avanço, quando então apenas os *atos de pura administração* eram tidos como discricionários, não sujeitos ao controle jurisdicional. Essa característica de discricionariedade deixava de existir quando o ato, de alguma forma, tocasse em direitos individuais, submetendo-se, então, ao referido controle.

Mas o grande passo dado pelo direito francês no sentido de estabelecer limites à discricionariedade administrativa, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ocorreu com a elaboração da *teoria do desvio de poder*. Por meio dessa teoria, “o Conselho de Estado passou a examinar se os fins visados pelas autoridades supostamente competentes e obedecendo a forma legal estavam em consonância com o interesse público”. O entendimento que passou a vigorar é o de que o ato administrativo é passível de invalidação sempre que a autoridade dele se utiliza “com finalidade diversa daquela para a qual foi outorgado o poder de praticá-lo”⁶. Desde então, a idéia de *ato discricionário* perdeu força, preferindo o direito francês a expressão *atos praticados no exercício de poder discricionário*.

Essa doutrina foi acolhida no Brasil. Embora a maioria dos autores brasileiros admita a convivência das expressões *atos discricionários* e *atos praticados no exercício de poder discricionário*, entende-se que o ato administrativo pode ser controlado pelo Judiciário no tocante à sua finalidade.

Hely Lopes Meirelles afirmava que o *desvio de poder* ou *desvio de finalidade* ocorre sempre que a autoridade “pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público”⁷. Quando há *desvio de poder*, identifica-se na prática do ato *violação ideológica ou moral da lei*, posto que o agente deixa de observar os fins por ela pretendidos.

Por seu turno, Celso Ribeiro Bastos lembra que há desvio de poder administrativo na medida em que o agente “serve-se do ato para atingir finalidade alheia à sua natureza”. E acrescenta:

“Os vícios que podem incidir nos elementos motivo e finalidade ganham um nome abrangente de *desvio de finalidade*. Consiste este na utilização

⁵ Vide SOUZA, António Francisco de. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Editora Danúbio, 1987, p. 36-37.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 89-90.

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 112.

de uma competência legal, mas para o atingimento de finalidade diversa da contemplada no instituto ou para fins não condizentes com o interesse público”⁸.

Nesse mesmo diapasão é a lição de Diogenes Gasparini, para quem “o desvio de finalidade e o excesso de poder são defeitos do ato, em face da legalidade (...)”⁹. Assim, ocorre *desvio de finalidade* quando o agente pretende fim diverso do interesse público; quando utiliza determinado instrumental jurídico previsto em lei, com um certo fim para obter outro, mesmo que de interesse público; enfim, quando o próprio conteúdo do ato excede os limites legais.

Não se pode deixar de registrar que, apesar de a doutrina brasileira há décadas reconhecer a possibilidade do exercício de um controle judicial baseado nos fins do ato administrativo discricionário, com algumas exceções, os autores asseveraram que o *mérito* do ato é insuscetível de apreciação pelos juízes, ou seja, os aspectos de *oportunidade* e *conveniência* estão reservados à Administração Pública.

Todavia, essa “*perigosa indisposição, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, para o controle meritório dos atos discricionários*”¹⁰ vem sendo superada após o advento da Constituição de 1988, que, de forma extraordinária, constitucionalizou a Administração Pública, promovendo uma verdadeira dependência constitucional do Direito Administrativo.

Desde então, paulatinamente, tem-se firmado um pensamento novo sobre os limites do controle judicial dos atos e decisões administrativas. Apenas para ilustrar, lembrem-se aqui as lições de Cláudio Ari Mello, Andréas J. Krell e Maria Sylvania Zanella Di Pietro.

Segundo Cláudio Ari Mello:

“Esse processo de constitucionalização tem permitido inserir a dogmática do direito administrativo nas grandes discussões conduzidas dentro da teoria constitucional, que (...) mantém hoje um intenso debate com a filosofia moral e política e com as ciências sociais. O contato com o direito constitucional tem produzido uma autocritica do direito administrativo e uma revisão dos conceitos nucleares da sua dogmática, dentre eles justamente a doutrina da discricionariedade admi-

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002, p. 151-152.

⁹ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 138.

¹⁰ CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 186.

nistrativa, do que tem resultado um refluxo consistente e sustentável da tese da injusticialidade dos atos discricionários”¹¹.

Por sua vez, Andréas J. Krell pontua o seguinte:

“Não há mais dúvida, no Brasil, de que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados de prognose, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado nos princípios constitucionais e nos princípios gerais de Direito. Na atual fase ‘pós-positivista’, que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade. Essa ‘princípioalização’ do Direito brasileiro (proibição da arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima, etc.) aumentou a margem da vinculação dos atos discricionários”.

E prossegue o mencionado autor:

“Nesse controle, ganham fundamental importância os princípios da Administração Pública, consagrados no art. 37 da Carta Federal: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência delimitam a margem de interpretação de todo o sistema jurídico e estabelecem os limites da juridicidade de qualquer ato estatal (...)”¹².

Por fim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, apesar de reconhecer que ao Judiciário é vedado exercer o controle do mérito do ato administrativo discricionário, adverte que “é necessário colocar a discricionariedade em seus devidos limites, para impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito”¹³. Para tanto, ela discorre sobre o que chama de “princípios limitadores da discricionariedade administrativa”, entre os quais inclui o princípio da moralidade, os princípios gerais de Direito, o princípio da razoabilidade e o princípio do interesse público.

¹¹ MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 232.

¹² KREEL, Andréas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 53-54.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 130.

Ao tratar dos princípios gerais de Direito, a eminente professora paulista ressalta que o Judiciário está legitimado a apreciar os atos discricionários à luz de tais princípios. E dando colorido novo àquele velho conceito de legalidade, como limite à discricionariedade, sustenta:

“(…) em vez de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pela *lei*, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo *Direito*. O princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em *Estado de Direito* propriamente dito”¹⁴.

De outra parte, quando aborda o princípio da razoabilidade, fundamentada em lições dos mais respeitáveis autores nacionais, como Ada Pellegrini Grinover, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Lúcia Valle Figueiredo e Celso Antônio Bandeira de Mello, Di Pietro conclui que a razoabilidade constitui um dos princípios limitadores à discricionariedade administrativa¹⁵.

Essa tendência em limitar a discricionariedade administrativa também tem sido constatada no âmbito do Judiciário. Com efeito, ao julgar o Resp nº 575.280/SP, a Primeira Turma do STJ registrou o seguinte: “(…) não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea”¹⁶.

E em outro julgado (Resp nº 443.310/RS), a mesma Primeira Turma deixou consignado que:

“(…)

2. A atuação da Administração Pública deve seguir os parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarda uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim a que a lei almeja alcançar. 3. A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do qual é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a *contrario sensu*; vale dizer, escapa à razoabilidade

¹⁴ Id. op. cit., p. 173.

¹⁵ Id. op. cit., p. 206.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal. Resp nº 575.280/SP. Relator Ministro Luiz Fux. DJ de 25/10/2004, p. 228.

‘aquilo que não pode ser’. A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado”¹⁷.

No STF, entre os precedentes sobre o tema, vale lembrar o RE nº 131.661/ES. Do acórdão, extrai-se esta mensagem:

“Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível (Discricionariedade e Controle Judicial)”¹⁸.

Ainda sobre essa tendência jurisprudencial de ampliação do controle judicial dos atos discricionários, não se poderia deixar de fazer referência aqui ao julgamento, pelo STF, do RE nº 167.137/TO¹⁹. Nesse caso, estava em discussão a nomeação de conselheiros do Tribunal de Contas Estadual. Dizia-se que dois dos nomeados para a recém-instalada Corte de Contas de Tocantins não preenchiam, entre outros, os requisitos do art. 73, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, aplicável à espécie, por força do seu art. 75, ou seja, *notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública*.

Por unanimidade, a Segunda Turma do Tribunal entendeu que “deve haver um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar”. No seu voto, o Ministro Paulo Brossard, relator do recurso, registrou que:

“(…) a *comprovada* idoneidade e o *notório* saber, como a própria adjetivação ressalta, são elementos objetivos que não podem ser desconsiderados pela discricionariedade, pela vontade, pela simples avaliação do Governador. Esta visão distorcida do ato administrativo praticado já seria, por si só, suficiente para demonstrar a sua contaminação”.

¹⁷ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 443.310/RS. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. *DJ* de 03/11/2003, p. 249.

¹⁸ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 131.661/ES. Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. *DJ* de 17/11/1995, p. 39.209.

¹⁹ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 167.137/TO. Segunda Turma. Relator: Ministro Paulo Brossard. *DJ* de 25/11/1994, p. 32.312.

Por sua vez, o Ministro Néri da Silveira, ao proferir o seu voto, afirmou que, na escolha dos membros da Corte de Contas, não pode o Governador, “no exercício desse poder discricionário”, deixar de atentar para os limites estabelecidos na Constituição. E acrescentou:

“Se esses aspectos básicos, quanto à qualificação dos escolhidos, não se cumpriram, as nomeações não estão em condições de subsistir, por descumprimento aos indesviáveis preceitos da Constituição Federal”.

Como se pode ver, consolida-se tanto na doutrina como na jurisprudência a idéia de que, no atual estágio do direito nacional, não é mais possível sustentar a tese da imunidade judicial dos atos administrativos discricionários, não só no que diz respeito aos aspectos formais, mas também no tocante ao próprio mérito.

Em face do texto constitucional e dos princípios ali contidos, destacadamente aqueles inseridos no art. 37, que dão as diretrizes fundamentais à Administração Pública, nenhuma autoridade está totalmente livre para agir ao seu talante. Assim, ainda que no exercício de poderes discricionários, no que toca à conformidade do ato com as normas e os princípios constitucionais, não há liberdade, e sim vinculação. O móvel da autoridade pública investida de poderes discricionários não pode ser outro senão o de dar eficácia às normas e aos princípios constitucionais relacionados à Administração Pública. Sempre que verificado o desvio de finalidade – o descompasso do ato ou decisão administrativa com a vontade da Constituição –, a interposição judiciária se coloca, com amplo prospecto de conhecimento.

4. Discricionariedade técnica

A discricionariedade administrativa assume relevância na abordagem do tema controle judicial das decisões do CADE na medida em que os seus pronunciamentos constituem *decisões administrativas técnicas*²⁰, resultantes, portanto, do exercício de uma *discricionariedade técnica*. Além disso, há sérias controvérsias doutrinárias sobre a relação entre *conceitos jurídicos indeterminados* – dos quais a Lei nº 8.884/94 está repleta – e discricionariedade administrativa²¹.

²⁰ Vide OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 326-328.

²¹ Vide DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 98.

Ao tratar da *discricionarietà técnica*, Marcos Juruena Villela Souto ressalta que ela “envolve a aplicação de regras experimentadas, comprovadas e comumente certas, ou, em outras palavras, a valoração de fatos opináveis segundo pautas técnico-administrativas”. E sobre o controle judicial de decisão dessa natureza, ele afirma:

“O controle da discricionarietà técnica não pode, assim, envolver o mérito, salvo por erro de fato, irrazoabilidade de contradição (que seria o excesso de poder) ou por violação da lei. (...) Quando a ordem jurídica se remete a questões técnicas complexas de difícil compreensão ou de impossível reprodução probatória (por sua característica intrínseca), o juiz deve se contentar com o ‘juízo do tolerável’, ou seja, uma decisão motivada da Administração (já que o estado da arte ainda não permitiu a certeza absoluta)”²².

Em posição diametralmente oposta coloca-se Eros Roberto Grau. Com efeito, seguindo a doutrina crítica do português António Francisco de Souza²³, ele não admite que a inegável dificuldade para o exercício do controle de decisões *altamente técnicas* resulte em autorização para a Administração Pública deliberar conforme a sua livre apreciação subjetiva. Na sua concepção, quando o juiz se deparar com matéria que não conhece, deve ouvir peritos, os quais esclarecerão os fatos sobre os quais decidirá²⁴.

Essa mesma linha de pensamento é desenvolvida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, depois de lembrar que a discricionarietà técnica pode proporcionar lesão ou ameaça de lesão a direito, ensejando, portanto, a correção judicial, reitera e explicita a sua posição:

“Alias, tenho entendido que, entre os *conceitos jurídicos indeterminados* contidos na lei, os *conceitos técnicos* são precisamente os que menos geram discricionarietà, pelo simples fato de que a indeterminação pode desaparecer com a manifestação do órgão técnico (cf. Di Pietro, 1991:92). No direito brasileiro, os peritos são considerados auxiliares da Justiça e, com a sua manifestação, o

²² VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 358-360.

²³ SOUZA, António Francisco de. *A discricionarietà administrativa*. Lisboa: Editora Danúbio, 1987, p. 308-309.

²⁴ GRAU, Eros Roberto. Discricionarietà técnica e parecer técnico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, p. 114-121, jan./mar. 1990.

Poder Judiciário pode transformar em determinado um conceito que, na lei, aparece como indeterminado. Se a definição feita por ato administrativo for incorreta e causar dano ou ameaça de dano, ela pode ser invalidada pelo Judiciário”²⁵.

Cabe referir aqui, ainda, a lição de Tércio Sampaio Ferraz Jr., quando aborda as decisões do CADE em atos de concentração. Após fazer a distinção entre *discricionariedade técnica própria* e *discricionariedade técnica imprópria*, o eminente professor paulista consigna que as decisões que aprovam ou desaprovam atos de concentração pertencem a esta última categoria. Isso implica em reconhecer que, com essas decisões, o CADE “não expressa um juízo de conveniência e oportunidade mas uma vinculação a ditames legais referentes à proteção da livre iniciativa e da livre concorrência.” E, ao concluir, ressalta:

“Se tais atos são vinculados, a possibilidade de recurso ao Judiciário deve ser aprovada. O juiz há de apreciar o mérito da decisão e não apenas questões formais de competência e moralidade. Cabe-lhe, assim, examinar a solidez dos critérios técnicos embaixadores da decisão”²⁶.

O que se verifica, portanto, no que toca à *discricionariedade técnica*, é que, apesar de respeitáveis posicionamentos em contrário, há uma forte tendência doutrinária em reconhecer que ela não confere liberdade à autoridade administrativa. Assim, ao decidir uma questão que envolve conhecimentos técnicos, deve essa autoridade buscar sempre a solução técnica mais adequada ou a melhor solução para o caso. Quanto mais se afastar dessa proposição, maior a probabilidade de a decisão ser alterada mediante revisão judicial.

5. Conceitos jurídicos indeterminados

No que se refere aos *conceitos jurídicos indeterminados*, é bom lembrar que só recentemente esse tema passou a ser abordado pela doutrina e a inspirar certas decisões judiciais, apesar de já consagrado em países como a Alemanha, a Itália, Portugal e a Espanha.

²⁵ Idem. *O papel das Agências Reguladoras nos serviços públicos concedidos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 156.

²⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, São Paulo, vol. 4, n. 6, p. 87-89, 1997.

Na avaliação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷, o direito alemão e o direito espanhol acolhem as “posições mais extremadas”, filiando-se a uma linha de pensamento segundo a qual os conceitos jurídicos indeterminados não conferem discricionariedade à Administração, já que a solução válida para cada caso concreto decorre de um trabalho de interpretação normativa.

É no direito italiano e em parte do direito alemão que se encontra a posição mais liberal, aceitando certa margem de discricionariedade à Administração Pública quando o conceito indeterminado implique em adoção de *critério de valor*. Vale lembrar, entretanto, que, para essa corrente, também fica afastada a discricionariedade no caso concreto sempre que se tratar de aplicação de *conceito de experiência* ou *conceito técnico*. Nessa hipótese, não é admitida solução alternativa à Administração.

No direito brasileiro adquire maior simpatia a segunda corrente doutrinária, mas com restrições, pois se identifica alguma preocupação dos autores em limitar a discricionariedade por meio da aplicação de princípios como o do interesse público e o da razoabilidade.

Regina Helena Costa²⁸ ilustra bem essa tendência ao destacar que, no estudo dos conceitos jurídicos indeterminados, é necessário fazer a distinção entre *conceitos de experiência* e *conceitos de valor*. Em se tratando de *conceitos de experiência*, não há margem de liberdade na definição do seu significado, porque eles são determináveis mediante interpretação. Nesse caso, é amplo o controle judicial, já que ao Judiciário é conferido o poder de dar a última palavra em matéria de interpretação das normas jurídicas.

Por outro lado, quando se apresentam *conceitos de valor*, sendo insuficiente o processo interpretativo, cabe à autoridade administrativa preencher o conceito por intermédio de uma avaliação subjetiva. Entretanto, isso não significa total liberdade ao agente, que, diante de duas ou mais alternativas possíveis, norteando a sua apreciação pelo princípio da razoabilidade, deve buscar, para o caso concreto, a solução aceitável, que, em síntese, é a única solução válida.

Na Lei nº 8.884/94, a maioria dos conceitos jurídicos indeterminados pode ser classificada na categoria dos *conceitos de experiência ou empíricos*, determináveis, portanto, mediante *critérios objetivos*. Em sendo assim, desde que

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 131.

²⁸ COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, v. 29, p. 79-108.

estudos e pareceres técnicos apontem no sentido do *abuso de posição dominante*, na existência de *ato que prejudique a livre concorrência*, ou que resulte em *dominação de mercado relevante*, uma única solução é possível de ser adotada pelo CADE, qual seja, a implementação de medidas destinadas a suprimir a violação à ordem econômica. Caso tal solução não venha, cabe a revisão judicial.

O inverso também é verdadeiro, como consigna Carlos Ari Sandfeld, ao tratar dos atos de concentração apreciados pelo CADE. Segundo ele:

“No sistema construído pela Lei n. 8884/94, a autorização é vinculada quando o processo comprovar que a operação de concentração não constitui infração atual ou potencial contra a ordem econômica; nesse caso, o interessado tem inquestionável direito subjetivo a ela, sendo o CADE obrigado a expedir-la, sob pena de ilegalidade, passível de correção judicial”²⁹.

Ressalve-se que o referido autor identifica nos §§ 1º e 2º do art. 54 da Lei nº 8.884/94 hipóteses em que, em seu modo de ver, a autorização é discricionária. Isso ocorreria nas chamadas “infrações benéficas”, quando então o CADE, seguindo critério subjetivo, poderia aprovar a operação. Entretanto, ressalta ele que essa discricionariedade não está na *identificação da natureza infracional da operação* e nem na *verificação de seus efeitos benéficos ou não*, pois na apreciação desses elementos o CADE está vinculado a parâmetros objetivos. Além disso, não afasta a incidência do princípio da razoabilidade como limite ao exercício da discricionariedade.

6. Conclusão

À exceção dos únicos dois casos de *jurisdição anômala* admitidos na Constituição Federal e entregues, respectivamente, ao Senado Federal e ao Tribunal de Contas da União, o sistema brasileiro de jurisdição única submete todos os atos e decisões da Administração Pública ao controle judicial. Não foge a essa regra as decisões do CADE, seja quando exerce a ação antitruste no *controle de condutas*, seja quando o faz no *controle de estruturas*.

Com o advento da Constituição de 1988, tanto a doutrina como a jurisprudência têm avançado no sentido de submeter ao controle judicial até mesmo o mérito do ato administrativo discricionário, abandonando antiga posição segun-

²⁹ SANDFELD, Carlos Ari. A função administrativa no controle dos atos de concentração. *Revista de Direito Público e Econômico*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 145-162, abr./jun. 2003.

do a qual os aspectos concernentes à oportunidade e conveniência estariam reservados à Administração Pública, imunes, portanto, ao poder dos juízes. Nesse sentido, até mesmo autores que admitem certa liberdade na edição de ato discricionário discorrem sobre a existência de princípios que limitam a discricionariedade, como é o caso do princípio da razoabilidade. Assim, fala-se não mais em legalidade em sentido estrito como limite ao exercício do poder discricionário da Administração Pública, mas em legalidade em sentido amplo, que abrange os princípios, em especial aqueles com assento constitucional.

O fato de as decisões do CADE decorrerem do exercício de uma *discricionariedade técnica* não significa que estejam imunes ao controle judicial, no tocante ao seu mérito. Embora haja quem defenda que nas *questões técnicas complexas* o Judiciário deve exercer um controle mínimo, no sentido de apenas conferir se a decisão administrativa está devidamente motivada, o certo é que a posição majoritária inclina-se por reconhecer que, da dificuldade para o exercício do controle dessas decisões pelo juiz, não resulta liberdade sem limites. É dever do juiz apreciar a *solidez dos critérios técnicos* que deram ensejo à decisão, valendo-se, quando necessário, de peritos no assunto.

Os conceitos jurídicos indeterminados contidos na Lei nº 8.884/94, enfim, não conferem ao CADE plena discricionariedade, porque, em se tratando de *conceitos de experiência*, não há liberdade na sua definição, sendo determináveis mediante processo interpretativo. E ainda que alguns desses conceitos venham a ser considerados *conceitos de valor*, isso não significa total liberdade, já que a sua definição deve ser buscada com a aplicação do princípio da razoabilidade.

7. Referências Bibliográficas

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. 3. ed. Rio e Janeiro: Forense, 1977.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 131.661/ES. Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. *DJ* de 17/11/1995, p. 39.209.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 167.137/TO. Segunda Turma. Relator: Ministro Paulo Brossard. *DJ* de 25/11/1994, p. 32.312.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 90.102/SP. Relator: Ministro Moreira Alves. *DJ* de 19/02/1979, p. 1.064.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 57.5280/SP. Primeira

- Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. *DJ* de 25/10/2004, p. 228.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 443.310/RS. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. *DJ* de 03/11/2003, p. 249.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, v. 29, p. 79-108.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *O papel das Agências Reguladoras nos serviços públicos concedidos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração. *Revista do IBRAC*, São Paulo, vol. 4, n. 6, p. 87-89, 1997.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. Discricionariedade técnica e parecer técnico. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, p. 114-121, jan./mar. 1990.
- KREEL, Andréas J. *Discricionariedade administrativa e proteção ambiental*. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Cláudio Ari. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- SANDFELD, Carlos Ari. A função administrativa no controle dos atos de concentração. *Revista de Direito Público e Econômico*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 145-162, abr./jun. 2003.
- SOUZA, António Francisco de. *A discricionariedade administrativa*. Lisboa: Editora Danúbio, 1987.
- VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

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 areas 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 Fávaro	Entendendo o dumping e o direito antidumping	12-6
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, Heloísa	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	Contradicciones 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
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, 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
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 Neusshwander	O setor postal brasileiro: regulação para competição?	11-1
Fagundes, Jorge	Restrições verticais: efeitos anticompetitivos e eficiências	12-6
Fagundes, Jorge	Crítérios 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
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 DIRECTV 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	Discretionariedade 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	Denunciação 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 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
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, 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
Lagrega, 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
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, Giovanni 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
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
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 Carvalhoes	Crítérios para apresentação de transações internacionais ao CADE	11-2
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	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
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
Schurtz, 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, 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
Steptoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Steptoe, 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
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, Arnoldo	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 Nº16/94 -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, Tequiza 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 Aché 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 Carbocloro 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 Sieceesp	3-11
40/92	Refrio 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 Ferençz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Européias (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 avançados 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 Policu - 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

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
IV Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	12-1
X Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	12-5

Apoio



Viver sem fronteiras

www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br