

REVISTA DO

IBRAC

10 anos

Instituto Brasileiro de Estudos  
das Relações de Concorrência e de Consumo

Doutrina  
Jurisprudência  
Legislação

volume 10 número 1

2003

# REVISTA DO IBRAC

*DOCTRINA*

*JURISPRUDÊNCIA*

*LEGISLAÇÃO*



São Paulo

Volume 10 número 1 - 2003

ISSN 1517-1957

***INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES  
DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO - 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**

**DIRETOR:** Carlos Eduardo Monte Alegre Toro

**Editor Assistente:** José Carlos Busto

**Conselho Editorial :** Alberto Venâncio Filho, Carlos Francisco de Magalhães, José Del Chiaro F. da Rosa, José Inácio G. Franceschini, Mauro Grinberg, Tércio Sampaio Ferraz, Ubiratan Mattos, Rui Pinheiro Jr, Werter Rotuno Faria, Paula Forgioni, Gesner Oliveira, Arthur Barrionuevo, Marcelo Calliari, Renault Freitas de Castro, Maria Cecília Andrade

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 2002

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](http://www.ibrac.org.br)**

[ibrac@ibrac.org.br](mailto:ibrac@ibrac.org.br)

**III CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS  
SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA  
PRÊMIO IBRAC/ESSO**



## SUMÁRIO

### III CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA PRÊMIO IBRAC/ESSO

REGULAMENTO.....	3
BANCA EXAMINADORA 2002.....	4
CLASSIFICAÇÃO.....	5
CATEGORIA PÓS-GRADUAÇÃO.....	5
CATEGORIA GRADUAÇÃO.....	6

#### PÓS-GRADUAÇÃO

O FOMENTO INDUSTRIAL E A CONCORRÊNCIA NO MERCADO INTERNO <b>Aline Lícia Klein</b> .....	9
O CONTROLE DAS AJUDAS ESTATAIS NO DIREITO CONCORRENCIAL DA INTEGRAÇÃO ECONÔMICA <b>Evandro Menezes de Carvalho</b> .....	39
A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O SIGNIFICADO DOS CANAIS DE ESPORTE NAS TV'S POR ASSINATURA <b>Vicente Bagnoli</b> .....	65
ALGUNS ASPECTOS ACERCA DA IMPORTÂNCIA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA PARA OS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO – A QUESTÃO DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES <b>Viviane de Freitas Pereira</b> .....	85
LICENÇA OBRIGATÓRIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE <b>Luiz Guilherme de Andrade Vieira Loureiro</b> .....	101

#### GRADUAÇÃO

DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR ELÉTRICO - Definição de mercado relevante no segmento de geração de energia <b>Paulo Leonardo Casagrande</b> .....	125
ACESSO AOS DUTOS DE TRANSPORTE E O CASO DO GÁS NATURAL: UMA ABORDAGEM NO ÂMBITO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA <b>Anderson Souza da Silva</b> .....	149
DEFESA DA CONCORRÊNCIA: O COMBATE AOS CARTÉIS INTERNACIONAIS <b>Ana Paula Martinez</b> .....	167

COMBATE A PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS TRANSNACIONAIS: O GRANDE DESAFIO DAS POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SÉCULO XXI.

**Fernanda Manzano Sayeg**..... 191

A DIFERENCIAÇÃO DE TARIFAS NOS SERVIÇOS PÚBLICOS E A POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

**Daniela Ramos Marques** ..... 215

A OMC E A INTERAÇÃO ENTRE COMÉRCIO E POLÍTICA ANTITRUSTE NO ÂMBITO DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: PERSPECTIVAS PARA A NOVA RODADA DE NEGOCIAÇÕES MULTILATERAIS

**Paulo Eduardo Lilla**..... 233

ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC ..... 265

## **REGULAMENTO DO III CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

### **PRÊMIO IBRAC - ESSO DE MONOGRAFIA**

O INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE CONCORRÊNCIA E DE CONSUMO, promoverá o *II CONCURSO IBRAC DE MONOGRAFIAS* destinado a alunos dos cursos de graduação e pós-graduação, tendo por tema a DEFESA DA CONCORRÊNCIA, com patrocínio da Esso Brasileira de Petróleo Limitada.

#### **REGULAMENTO**

##### **1. DA INSCRIÇÃO**

1.1 Participação: Poderão participar do Concurso todos os estudantes de graduação e pós-graduação de universidades brasileiras ou estrangeiras devidamente identificadas. Na categoria Graduação serão ainda admitidos candidatos que tenham no máximo dois anos de formado.

1.2 Condições: O candidato apresentará somente um trabalho individual, que versará especificamente sobre o tema do concurso.

1.3 Apresentação: Os trabalhos deverão ser inéditos, apresentados sob pseudônimo, impressos em computador ou datilografados, em espaço duplo e em 3 (três) vias, rubricadas, com o mínimo de 7 (sete) e o máximo de 30 (trinta) laudas formato A-4.

1.4 Identificação: Junto com o trabalho, o participante deverá entregar um envelope lacrado e identificado externamente com o pseudônimo do autor e o título do trabalho. No interior do envelope, devem ser colocados: nome completo, curso, faculdade e período, endereço, telefone e/ou e-mail. A não observância desses requisitos implicará na desclassificação do candidato.

1.5 Inscrição: Serão considerados inscritos os trabalhos enviados ou entregues ao IBRAC, no seguinte endereço: Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121, Perdizes São Paulo, SP CEP 05013-001.

1.6 Período de inscrição: Até 30/9/2002. No caso de inscrição via postal, considerar-se-á a data de postagem.

##### **2. DA PREMIAÇÃO**

###### **2.1 Dos prêmios:**

Na categoria GRADUAÇÃO: A cada um dos três primeiros colocados no concurso serão conferidos, pelo patrocinador, prêmios individuais nos valores de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), R\$ 3.000,00 (três mil reais) e R\$ 1.000,00 (mil reais), respectivamente, além da publicação dos trabalhos na Revista do IBRAC.

Na Categoria PÓS-GRADUAÇÃO: A cada um dos três primeiros colocados no concurso serão conferidos, pelo patrocinador, prêmios individuais nos valores de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) e R\$ 2.000,00 (dois mil reais), respectivamente, além da publicação dos trabalhos na Revista do IBRAC.

2.2 A Comissão Julgadora atribuirá menções honrosas aos trabalhos classificados em 4º e 5º lugares.

2.3 Da entrega dos prêmios: Será feita durante o VIII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência a se realizar em Novembro/2002, com a participação dos primeiros colocados, que terão dispensada a taxa de inscrição.

### **3. DA COMISSÃO JULGADORA**

3.1 A Comissão Julgadora será integrada pelos membros do IBRAC (Diretoria e Conselho Editorial), coordenada pelo seu Presidente.

3.2 Na apreciação dos trabalhos serão considerados, além da pertinência, os critérios de conteúdo, clareza, linguagem e apresentação.

3.3 A divulgação dos resultados será feita até o dia 10/11/2002, podendo esta data ser prorrogada a critério da Comissão Julgadora.

### **4. DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

4.1 As avaliações da Comissão Julgadora são irrecorríveis.

4.2 Ao apreciar o mérito dos trabalhos, a Comissão Julgadora final poderá recomendar sua publicação na Revista do IBRAC.

4.3 A inscrição implica autorização expressa de publicação ou reprodução do trabalho a critério do IBRAC, mediante cessão gratuita de todos os direitos patrimoniais sobre a obra, nos termos da Lei 9.610/98.

4.4 Os originais dos trabalhos passarão a compor o acervo do IBRAC.

4.5 Ao inscrever-se o concorrente adere às normas expressas neste Regulamento.

## **BANCA EXAMINADORA 2002**

Arthur Barrionuevo

Ary Solon

Carlos Eduardo Monte Alegre Toro

Cleveland Prates Teixeira

Fábio Nusdeo

Marcelo Caliani

Ronaldo Porto Macedo

Ubiratan Mattos

**PRÊMIO IBRAC - ESSO 2002****CLASSIFICAÇÃO****CATEGORIA PÓS-GRADUAÇÃO****1.º COLOCADO**

**Nome:** Aline Lícia Klein

**Trabalho apresentado:** *O FENÔMENO INDUSTRIAL E A CONCORRÊNCIA NO MERCADO INTERNO*

**Curso:** Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado

**Instituição:** Universidade Federal do Paraná - Curitiba - PR

**2.º COLOCADO**

**Nome:** Evandro Menezes de Carvalho

**Trabalho apresentado:** *O CONTROLE DAS AJUDAS ESTATAIS NO DIREITO CONCORRENCIAL DA INTEGRAÇÃO ECONÔMICA - UMA ANÁLISE DO PROTOCOLO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA DO MERCOSUL*

**Curso:** Direito - Doutorado

**Instituição:** Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP São Paulo - SP

**3.º COLOCADO**

**Nome:** Vicente Bagnoli

**Trabalho apresentado:** *A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O SIGNIFICADO DOS CANAIS DE ESPORTE NAS TV'S POR ASSINATURA*

**Curso:** Mestrado em Direito Político e Econômico

**Instituição:** Universidade Presbiteriana Mackenzie - São Paulo - SP

**4.º COLOCADO**

**Nome:** Maria Medianeira

**Trabalho apresentado:** *ALGUNS ASPECTOS ACERCA DA IMPORTÂNCIA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA PARA OS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO - A QUESTÃO DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES*

**Curso:** Mestrado em Integração Latino-Americana - Mila

**Instituição:** Universidade Federal de Santa Maria - Santa Maria - RS

**5.º COLOCADO**

**Nome:** Luiz Guilherme de Andrade Vieira Loureiro

**Trabalho apresentado:** *LICENÇA OBRIGATÓRIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE*

**Curso:** Doutorado em Direito Internacional

**Instituição:** Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP - São Paulo - SP

## **CATEGORIA GRADUAÇÃO**

### **1.º COLOCADO**

**Nome:** Paulo Leonardo Casagrande

**Trabalho apresentado:** *DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR ELÉTRICO BRASILEIRO*

**Curso:** Direito 5º ano

**Instituição:** Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP São Paulo - SP

### **2.º COLOCADO**

**Nome:** Anderson Souza da Silva

**Trabalho apresentado:** *ACESSO AOS DUTOS DE TRANSPORTE E O CASO DO GÁS NATURAL: UMA ABORDAGEM NO ÂMBITO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA*

**Curso:** Direito

**Instituição:** Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN - Natal - RN

### **3.º COLOCADO**

**Nome:** Ana Paula Martinez

**Trabalho apresentado:** *DEFESA DA CONCORRÊNCIA: O COMBATE AOS CARTEIS INTERNACIONAIS*

**Curso:** Direito 4º período

**Instituição:** Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP - São Paulo - SP

### **4.º COLOCADO**

**Nome:** Fernanda Manzano Sayeg

**Trabalho apresentado:** *COMBATE A PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS TRANSACIONAIS: O GRANDE DESAFIO DAS POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SÉCULO XXI*

**Curso:** Direito - 4º - ano

**Instituição:** Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP São Paulo - SP

### **5.º COLOCADO**

**Nome:** Daniela Ramos Marques

**Trabalho apresentado:** *A DIFERENCIAÇÃO DE TARIFAS NOS SERVIÇOS PÚBLICOS E A POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA*

**Curso:** Direito

**Instituição:** Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP São Paulo - SP

**Nome:** Paulo Eduardo de Campos Lilla

**Trabalho apresentado:** *A OMC E A INTERAÇÃO ENTRE COMÉRCIO E POLÍTICA ANTITRUSTE NO ÂMBITO DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: PERSPECTIVAS PARA A NOVA RODADA DE NEGOCIAÇÕES MULTILATERAIS*

**Curso:** Direito

**Instituição:** Fundação Armando Álvares Penteado - FAAP - São Paulo - SP



## **O FOMENTO INDUSTRIAL E A CONCORRÊNCIA NO MERCADO INTERNO**

*Aline Lícia Klein*

### **I. INTRODUÇÃO**

Na Constituição Federal, são consagrados como objetivos fundamentais da República brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades sociais e regionais, entre outros. Conta-se com a atuação do Estado e da sociedade para a realização destes objetivos. Um dos principais modos de consecução de tais finalidades é através da interferência estatal no domínio econômico.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, esta intervenção pode ocorrer de três modos.<sup>1</sup> O primeiro deles ocorre pelo exercício do poder de polícia, em que o Estado atua como agente normativo e regulador da atividade econômica. A segunda possibilidade é o Estado atuar diretamente no setor, exercendo atividade econômica mediante as pessoas que cria para tal fim. Por último, o Estado pode incentivar a iniciativa privada a exercer certas atividades cuja realização também atenda ao interesse público.

A última modalidade de intervenção pode ser denominada genericamente de “fomento”. Das três formas de atuação estatal enunciadas, é a que foi menos estudada até o presente momento pela doutrina nacional. De um lado, isso pode ser resultado da amplitude desta forma de intervenção estatal, que é exteriorizada sob as mais diversas atividades e ainda não foi objeto de disciplina legal específica. De outro, freqüentemente a execução do fomento estatal é vista de modo preconceituoso, sendo reputada como forma de “favorecimento indevido” aos particulares.

Diante disso, faz-se necessário o aprofundamento do seu estudo. Somente assim as exteriorizações desta atuação estatal poderão ser devidamente enquadradas no sistema jurídico e, especialmente, controladas sob todos os ângulos cabíveis. O presente estudo pretende analisar mais especificamente as implicações da atividade estatal de apoio e incentivo econômico à atividade industrial privada no tocante ao direito da concorrência.

### **II. A ATUAÇÃO ESTATAL DE INCENTIVO DA ATIVIDADE ECONÔMICA PRIVADA**

#### **1. O fomento como forma de intervenção do Estado no domínio econômico**

---

<sup>1</sup> Curso de Direito Administrativo, p. 610 e ss.

Para atingir os fins de interesse público no que diz respeito à ordem econômica, a atuação do Estado pode ocorrer sob a forma de apoio e estímulo das atividades dos particulares. Nestes casos, as orientações estatais não visam suprir a vontade dos agentes privados, impondo-lhes determinada conduta. São orientações veiculadas em normas dispositivas, não cogentes, de modo a estimular os particulares a adotar determinada conduta cuja realização também atende ao interesse público. Na nomenclatura de Eros Grau, são as normas de intervenção por indução.<sup>2</sup>

A ação do Estado nestes campos consiste em colocar à disposição do maior número possível de particulares os instrumentos necessários ao desenvolvimento e progresso das mais diversas atividades que apresentam interesse coletivo.<sup>3</sup> Por realizarem determinadas atividades que também atendem aos objetivos estabelecidos nas diretrizes de política econômica governamental, certos agentes passam a receber um tratamento jurídico diferenciado.<sup>4</sup>

A previsão genérica da atividade de execução fomento público está no art. 174 do texto constitucional, ao estabelecer que uma das funções a ser exercida pelo Estado é a de incentivo da atividade econômica. Ao longo do próprio texto constitucional são enumeradas diversas atividades dos particulares que serão objeto de especial apoio e estímulo pelo Estado, por sua realização ter relevância social e dar atendimento ao interesse público.<sup>5</sup>

## **2. As modalidades do fomento**

O fomento pode ser compreendido numa acepção bastante ampla, abrangendo todas as formas de apoio e incentivo dados pelo Estado para as atividades desempenhadas pelos agentes privados nos mais diversos setores.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto divide a atividade de fomento em quatro grandes grupos: o planejamento estatal, o fomento social, o fomento econômico e o fomento institucional.<sup>6</sup> Essa divisão considera os fins a alcançar e não os meios empregados, pois estes apresentam grande diversificação.

---

<sup>2</sup> A Ordem Econômica na Constituição de 1988, p. 158.

<sup>3</sup> Marcos Juruena Villela Souto, Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico, p. 53.

<sup>4</sup> Nesse contexto, Cabral de Moncada alude à “publicização” de toda a atividade econômica privada. O exercício da livre iniciativa adquire dimensão de interesse público, sendo objeto da política econômica governamental. (Direito Econômico, p. 350).

<sup>5</sup> São exemplos de atividades com previsão constitucional de tratamento diferenciado a modalidade cooperativa de atuação econômica (art. 174, §2º), o apoio às empresas de pequeno porte (art. 170, IX) e o fomento da agropecuária (art. 23, VIII).

<sup>6</sup> Curso de Direito Administrativo, p. 515 e ss.

O fomento industrial é uma das modalidades de fomento econômico e compreende todas as ajudas, benefícios e estímulos dados pelo Estado à atividade industrial. As medidas de fomento industrial podem ser de caráter geral, dirigindo-se a todos os agentes econômicos que delas poderão se beneficiar, ou medidas de caráter específico, que consistem em políticas de apoio e estímulo a determinadas empresas ou setores produtivos e são implementadas de modo seletivo, sendo dirigidas a agentes econômicos determinados.

São inúmeras as formas através das quais o Estado exterioriza seu incentivo e apoio às atividades de operadores econômicos industriais. Esses instrumentos são variados e apresentam grande mutabilidade, conforme a própria evolução da estrutura social e do aparato jurídico. Outro fator que contribui para a diversidade dos mecanismos utilizados é a constatação de que muitas destas medidas apresentam caráter conjuntural, elaboradas para atender determinadas necessidades de um momento específico.

Logo, qualquer classificação de tipos de incentivos dirigidos à atividade industrial que pretenda a exaustividade está fadada à incompletude ante a impossibilidade de exata definição dos instrumentos que têm sido utilizados nessa função estatal. Aliás, para Sílvia Faber Torres a existência de inúmeros meios pelos quais pode manifestar-se a atividade de fomento e a flexibilidade são exatamente sua característica precípua, pois em cada caso o administrador deverá selecionar o meio mais idôneo para a obtenção do resultado desejado.<sup>7</sup>

Ressalvada a impossibilidade de uma classificação exauriente, alguma forma de sistematização dos tipos de fomento econômico faz-se necessária com o objetivo de maior aproximação dos atos que exteriorizam a função estatal de que se está tratando. Exclusivamente para esse fim, enuncia-se a classificação dos tipos de fomento elaborada por Augusto de Athayde<sup>8</sup>, que considera os instrumentos jurídicos utilizados: a) benefícios e incentivos tributários; b) garantias de dívidas de empresas privadas; c) subsídios; d) empréstimos em condições favoráveis; e) assistência técnica; f) privilégios especiais; g) desenvolvimento do mercado de títulos; h) protecionismo à produção industrial; i) pólos industriais e comerciais e sociedades de capital de risco.

### **3. Aspectos de controle dos auxílios concedidos**

Conforme se pretendeu expor, uma das principais dificuldades na matéria das medidas de fomento é a exata definição a priori dos diversos meios e instrumentos que poderão vir a ser utilizados pelos Estados com o objetivo de estimular e apoiar a atividade econômica privada. Assim, apenas no caso concreto, com a análise de todas as circunstâncias envolvidas, é que se

---

<sup>7</sup> O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo, p. 167.

<sup>8</sup> Apud Marcos Juruena Villela Souto, ob. cit., pp. 56 e ss.

poderá aferir se se trata de intervenção estatal através da função do fomento econômico.

Desta forma, adquire maior relevância a necessidade de efetivo controle da utilização dos mecanismos de fomento. Dentro dos limites do presente trabalho, apenas serão enunciados os principais aspectos de controle dos auxílios estatais. Em seguida, será analisado mais detidamente um dos critérios a ser considerado.

Conforme Marcos Juruena Villela Souto, o controle dos mecanismos de fomento pode ser feito sob três aspectos:<sup>9</sup>

1. Legalidade: compreende a análise dos benefícios concedidos aos limites e objetivos previstos em lei. Consiste na observância das normas que disciplinam os instrumentos utilizados na função de incentivo. Como não poderia deixar de ser, este critério apresenta grande variabilidade conforme o meio que é utilizado. Certamente o aspecto de legalidade que mais intensamente foi analisado pela doutrina e jurisprudência nacionais foi o de direito tributário. As medidas de incentivo concedidas de modo seletivo utilizam-se principalmente do ICMS – Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços.<sup>10</sup> Sob outro ângulo, deverá adquirir cada vez maior relevância o controle no que diz respeito ao cumprimento das diretrizes de Responsabilidade Fiscal, previstas na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Ob. cit., p. 74-75.

<sup>10</sup> Diante disso, inúmeras foram as disputas acerca de benefícios concedidos sem observância da necessidade de celebração de convênios entre os Estados no âmbito do CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária para a concessão de isenções e reduções de ICMS (CF, art. 155, §2º, XII, “g”, e LC 24/75). São diversas as decisões do Supremo Tribunal Federal coibindo os benefícios concedidos sem aprovação no âmbito do CONFAZ. Entre outros, confira-se ADIN 1247-9/PA, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 8.9.95, ADIN 1.522-2/RJ, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 27.6.97, ADIN 1179-1/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12.4.97.

<sup>11</sup> São diversos os dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal aplicáveis aos auxílios estatais em suas diversas modalidades. Entre outros, o art. 14 disciplina especificamente a renúncia de receita, estipulando uma série de condicionamentos para sua concessão ou ampliação. Exige-se a elaboração de “estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e a pelo menos uma das seguintes condições: I – demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária (...) e que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; II – estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no caput, por meio do aumento de receita, proveniente da elaboração de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição”.

2. Legitimidade: diz respeito à necessidade de todos os benefícios concedidos estarem vinculados a determinado interesse global, previsto anteriormente na lei de diretrizes de planejamento (nos termos do artigo 174 da Constituição Federal). Há estreita relação entre planejamento e fomento. Os benefícios concedidos devem estar vinculados a determinados objetivos que integram o plano de desenvolvimento e metas do ente estatal, uma vez que é necessário que se procure compensar a redução de receita que os benefícios implicam com a realização de outros objetivos maiores, tais como a ampliação de investimentos e geração de novos empregos, que posteriormente propiciarão aumento da arrecadação. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o planejamento do Estado serve de “fundamento racionalizador para o exercício da função administrativa de fomento público”.<sup>12</sup>

3. Economicidade: como decorrência do dever de eficiência, esse critério indica a necessidade de obtenção dos melhores resultados com o menor custo possível. Para tanto, promove-se a análise econômica da eficiência das medidas de fomento. Sob outro ângulo, inclui também o controle da eficácia, quer seja, a efetiva obtenção dos resultados visados e que ensejaram a concessão do benefício. Gaspar Ariño Ortiz defende a necessidade de análise econômica das medidas de fomento também para avaliar sua eficácia na correção das falhas do mercado a que se propuseram, sem que tenham sido criados outros problemas ou surgido novas falhas.<sup>13</sup>

A função estatal de incentivo também deve ser realizada em conformidade com os demais princípios constitucionais.

Nesse contexto, outra limitação que se coloca às medidas de fomento é o princípio da igualdade. Como as medidas de fomento beneficiam apenas alguns sujeitos em detrimento de outros, há sempre o risco de tratamento desigual dos administrados.<sup>14</sup> É necessário que todos os interessados e potenciais destinatários do benefício tenham iguais possibilidades de acesso à ajuda estatal.

A exigência de obediência ao princípio da igualdade pode ser traduzida em duas diretrizes principais.<sup>15</sup> A primeira é sob o ponto de vista econômico, na acepção de que as medidas de fomento não podem comprometer as regras de concorrência, discriminando aqueles que não foram favorecidos pelas ajudas. A segunda considera o plano jurídico, que impõe a obediência a

---

<sup>12</sup> Curso de Direito Administrativo, p. 516.

<sup>13</sup> Principios de Derecho Público Económico, p. 315.

<sup>14</sup> Ariño Ortiz anota que a jurisprudência do Tribunal Constitucional e do Tribunal Supremo na Espanha firmou o entendimento no sentido de que o princípio da igualdade é um dos critérios de controle das medidas de fomento (ob. cit., p. 295).

<sup>15</sup> Ariño Ortiz, ob. cit., p. 296.

um procedimento administrativo para a outorga dos benefícios, procedimento este realizado sob as regras da transparência, publicidade, objetividade e livre concorrência, sendo recomendada a utilização, na medida do possível, de mecanismos competitivos.

Muito embora existam diversos critérios de controle, a avaliação das práticas de fomento não têm sido muito positiva. Nesse sentido, cabe mencionar as considerações manifestadas por Gaspar Ariño Ortiz acerca das medidas de fomento.<sup>16</sup>

Sob o ponto de vista econômico, o doutrinador pondera que os benefícios, na maior parte dos casos, são inúteis ou supérfluos, distorcem o mercado e significam má aplicação dos recursos públicos. No aspecto jurídico, constata-se que a concessão dos auxílios dificilmente atende ao princípio da legalidade próprio dos atos administrativos. Os princípios da publicidade, concorrência e objetividade como base de controle são bastante flexíveis, restando larga margem para apreciação discricionária do administrador.

Ariño Ortiz conclui no sentido de ser difícil a jurisdicionalização das medidas de ajuda do Estado Social. Isso seria uma decorrência do próprio sistema em que, ao Estado Social manejar recursos públicos para prestação de auxílio, facilmente deixa de ser Estado de Direito e se converte em Estado de “amiguismo”.

Apesar de ser estudo contextualizado na Espanha, muitas destas constatações são aplicáveis às medidas de fomento praticadas no Brasil. Aliás, tais conclusões devem merecer especial atenção entre nós, considerando-se a nossa ausência de tradição no controle das medidas de fomento estatal para além dos critérios de legalidade tributária.

#### **4. Os auxílios concedidos pelos Estados federados – a “Guerra Fiscal”**

Para os fins do presente estudo, em que se procura analisar os reflexos da atividade de incentivo estatal na concorrência interna, dar-se-á ênfase aos auxílios econômicos concedidos às indústrias pelos Estados-membros. No contexto nacional, é especialmente nestes auxílios que pode ser encontrado o aspecto seletivo. Em regra beneficiam apenas determinadas empresas ou setores produtivos, sem que todos os concorrentes tenham possibilidade de acesso ao benefício.

No âmbito dos Estados federados brasileiros, o que se verifica é que cada qual procura atrair os investimentos de empresas privadas para o seu território para geração de receitas e empregos. É a denominada “Guerra Fiscal”.

---

<sup>16</sup> Ob. cit., p. 307 e ss.

Em termos econômicos, o fenômeno da “Guerra Fiscal” pode ser conceituado como sendo a “disputa fiscal no contexto federativo, ou seja, refere-se à intensificação de práticas concorrenciais extremas e não-cooperativas entre os entes da Federação, no que diz respeito à gestão de suas políticas industriais”.<sup>17</sup>

Devem ser feitas duas ressalvas acerca da abrangência do conceito “Guerra Fiscal”. A primeira delas é que, apesar de ser geralmente referida aos Estados-membros, os municípios também participam da “Guerra Fiscal”, na maioria das vezes atuando de modo coordenado com os Estados para atrair investimentos para seu território. A segunda ressalva a ser feita é a de que, apesar da denominação “Guerra Fiscal”, os mecanismos utilizados pelos Estados vão muito além dos incentivos tributários. A redução e isenção de tributos pelos Estados é o principal mecanismo para a atração de investimentos. Porém, geralmente são acompanhadas de uma série de outras medidas na tentativa de se fazer a “melhor oferta” para a empresa que está sendo disputada.

Há de se considerar que, diante da aplicação generalizada dos expedientes de isenção e redução de ICMS pelos Estados, seus efeitos tendem a se anular<sup>18</sup> e deixam de ser um instrumento decisivo para a atração de investimentos para determinada região. Diante disso, ganham relevância os outros benefícios concedidos que não os tributários. Estas outras medidas são as mais variadas possíveis, envolvendo desde a doação de terrenos para implantação de unidades industriais e oferecimento de infra-estrutura em determinada região até a construção de creches e escolas visando ao atendimento dos funcionários de determinada empresa.

Com essa ponderação acerca da extensão do termo, utilizar-se-á a expressão “Guerra Fiscal” por já ser consagrada, porém abrangendo todo e qualquer mecanismo utilizado pelos Estados e municípios na execução da função de fomento da atividade industrial privada.

Os benefícios e incentivos fiscais foram e continuam sendo um dos principais instrumentos para atração de investimentos. No âmbito dos Estados-membros, o tributo especialmente utilizado para esse fim é o ICMS. Em parte, essa estratégia foi acentuada com o advento da Constituição Federal de 1988, que conferiu maior autonomia aos Estados quanto ao ICMS e acabou por ampliar a disputa para atração de investimentos.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> André Eduardo da Silva Fernandes e Nélio Lacerda Wanderlei, “A questão da guerra fiscal: uma breve resenha” em Revista de Informação Legislativa 148:6.

<sup>18</sup> Nesse sentido, Marcelo Piancastelli e Fernando Perobelli, ICMS: Evolução Recente e Guerra Fiscal, p. 27.

<sup>19</sup> Uma das principais diretrizes das propostas de reforma do sistema tributário é a transferência para o Estado consumidor do encargo de cobrar seus próprios impostos

Nos termos do art. 155, §2º, inciso XII, “g” da Constituição Federal, cabe à lei complementar “regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados”. A Lei Complementar nº 24/75, que foi recepcionada pelo texto constitucional, veda a concessão de incentivos fiscais referentes ao ICMS, salvo nos casos estabelecidos em convênios firmados no âmbito do CONFAZ – Conselho Nacional de Política Fazendária (que dependem de decisão por unanimidade dos Estados-membros).

Para José Souto Maior Borges, é bastante ampla a abrangência do disposto no art. 155, §2º, inc. XII, “g” do texto constitucional. O autor comenta que “a referência aí a incentivos e benefícios é uma cláusula de ‘abertura’: submete à sua regência qualquer vantagem (exoneração), qualquer retirada do ônus fiscal. Por isso, não só os incentivos fiscais: qualquer ‘benefício’, i.é, tudo que reduza o ‘ônus’ do ICMS sujeita-se ao seu império”.<sup>20</sup>

Com essa interpretação bastante ampla, é possível submeter à exigência de aprovação pelo CONFAZ a maior parte dos mecanismos utilizados na “Guerra Fiscal”. Quase todas as modalidades de benefícios oferecidos acabam por repercutir de algum modo no recolhimento do ICMS.<sup>21</sup>

Para além dos diversos aspectos do sistema tributário, é de extrema relevância a constatação de que “todos os estados brasileiros têm concentrado mais esforços em políticas voltadas à atração de investimentos e à geração de empregos, baseadas em concessões fiscais derivadas do ICMS, do que em propriamente implementar políticas fiscais estáveis e duradouras”.<sup>22</sup> Verifica-se que a diversidade de instrumentos adotados pelos Estados na “Guerra Fiscal” acaba beneficiando todo e qualquer investimento, sem identificação precisa de qual área ou segmento econômico os governos desejam realmente incentivar.<sup>23</sup>

---

(implantação do princípio de destino em substituição ao princípio de tributação na origem vigente). Visa à redução dos desequilíbrios regionais ao aumentar a arrecadação dos Estados consumidores. Pretende-se, com isso, coibir a utilização do ICMS no contexto da “Guerra Fiscal”.

<sup>20</sup> “Incentivos Fiscais e Financeiros” em RTDP 8:99-100. No mesmo sentido, confira-se Paulo de Barros Carvalho, Incentivos Fiscais – Conflitos entre Estados em RTDP 9:140.

<sup>21</sup> Ademais, a concessão de incentivos fiscais por determinado Estado é passível de violar o art. 152 da Constituição Federal, que veda o estabelecimento de “diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”.

<sup>22</sup> Marcelo Piancastelli e Fernando Perobelli, ob. cit., p. 25.

<sup>23</sup> Marcelo Piancastelli e Fernando Perobelli, ob. cit., p. 26.

Marcelo Piancastelli e Fernando Perobelli enfatizam que um dos resultados da “Guerra Fiscal” travada entre os Estados sem estar vinculada a um planejamento para o setor é a perda de receita fiscal sem que tenha sido avaliada a relação entre custo e benefício dos investimentos privados. Anotam que “as disputas fiscais generalizadas fazem com que os estados não definam políticas de investimento explícitas, nem prioridades setoriais compatíveis com as vantagens comparativas locais”.<sup>24</sup>

No mesmo passo, estudo preparado pelo BNDES afasta o argumento redistributivista, frequentemente utilizado para argumentar ser a “Guerra Fiscal” instrumento de desenvolvimento das regiões mais pobres. Constata que “o mais provável é que a medida em que incentivos são disseminados, inclusive com a participação crescente dos Estados mais desenvolvidos, o efeito final redistributivo da guerra fiscal torna-se neutro. Estatísticas recentes do PIB por Estado não evidenciam uma desconcentração da renda nacional. Alguns Estados menos desenvolvidos e que notoriamente foram mais agressivos na guerra fiscal chegaram a sofrer perdas em suas participações no PIB nacional, inclusive industrial”.<sup>25</sup>

Outro aspecto apontado pelo BNDES é o de que a “Guerra Fiscal” é travada predominantemente no setor industrial e empresas beneficiadas são as de maior porte, que podem arcar com os custos necessários para buscar e obter incentivos dos Estados. O estudo conclui que “com o aumento das renúncias fiscais, os Estados de menor poder financeiro perdem capacidade de prover serviços e a infra-estrutura de que as empresas necessitam para produzir e escoar a produção. As batalhas da guerra fiscal passam a ser vencidas somente pelos Estados mais desenvolvidos, que têm poder financeiro, sendo, por isso, capazes de suportar o ônus das renúncias e, ainda assim, assegurar razoável qualidade dos serviços públicos”.<sup>26</sup>

Logo, uma das conseqüências a longo prazo é justamente a concentração regional da produção industrial. É a denominada “aparente neutralidade distributiva no longo prazo” da guerra fiscal.<sup>27</sup>

O mais relevante no contexto do presente estudo é que todos esses benefícios concedidos na disputa da “Guerra Fiscal” entre Estados e municípios são passíveis de violar o princípio da livre concorrência consagrado no texto constitucional (art. 170, inc. IV). As empresas beneficiadas pelas diversas medidas de fomento econômico individualizado são artificialmente dotadas de vantagens em relação aos seus concorrentes no território nacional. Ou

---

<sup>24</sup> Ob. cit., p. 26.

<sup>25</sup> BNDES, Informe SF nº 4, janeiro 2000, p. 1.

<sup>26</sup> Ob. cit, p. 2

<sup>27</sup> BNDES, ob. e loc. cit.

seja, as empresas poderão ocupar posição privilegiada no mercado não como consequência de sua maior eficiência e sim da atuação estatal de incentivo seletivo a determinadas empresas.

### **III - AS MEDIDAS DE INCENTIVO ESPECÍFICAS CONCEDIDAS PELOS ESTADOS E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

#### **1. Intervenção estatal e concorrência**

No âmbito nacional, muito mais se tem discutido a “Guerra Fiscal” no tocante ao sistema tributário, deixando-se de lado os efeitos por ela provocados sobre a livre concorrência entre os agentes econômicos. Um dos fatores aos quais isso pode ser atribuído é a implantação relativamente recente dos empreendimentos. No entanto, como se trata de grandes grupos empresariais atuando em setores geralmente oligopolizados, há de se considerar a possibilidade de que a situação vantajosa de tais empresas falseie significativamente a concorrência.

A aceitação dos benefícios concedidos pelos Estados a título de incentivo à atividade privada coloca determinado agente econômico em posição diferenciada.<sup>28</sup> A questão é que diversas medidas de incentivo não são acessíveis a todos os concorrentes de determinado mercado. Conforme visto, é de grande relevância o fenômeno da “Guerra Fiscal” travada entre os Estados-membros. Nesses casos, os Estados concedem incentivos para determinadas empresas ou setores de produção, que irão concorrer com empresas de outros Estados que não têm acesso aos mesmos benefícios. Logo, não se trata de uma questão de aderir ou não à política governamental de indução à prática de determinada atividade. São incentivos oferecidos de modo seletivo, apenas para determinados operadores econômicos.

É nesse ponto que ganha relevância a questão das distorções no mercado concorrencial interno provocadas pela intervenção estatal de incentivo.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior, analisando especificamente a questão da “Guerra Fiscal”, constata que “a concorrência e a ação do Estado que procura fomentar sua própria economia podem implicar-se mutuamente. De um

---

<sup>28</sup> Eros Grau constata que “a sedução à adesão ao comportamento sugerido é, todavia, extremamente vigorosa, dado que os agentes econômicos por ela não tangidos passam a ocupar posição desprivilegiada nos mercados. Seus concorrentes gozam, porque aderiram a esse comportamento, de uma situação de donatário de determinado bem (redução ou isenção de tributo, preferência à obtenção de crédito, subsídio, v.g.), o que lhes confere melhores condições de participação naqueles mesmos mercados” (A Ordem Econômica na Constituição de 1988, p. 159).

lado, a concorrência deve ocorrer dentro dos marcos legais e constitucionais. De outro, ao fomentar sua economia, o Estado pode estar favorecendo um concorrente, em detrimento de outro”.<sup>29</sup>

### **1.1. A defesa da concorrência e o Estado**

A positivação da concorrência entre os princípios da ordem econômica corresponde à mudança de perspectiva do comportamento do Estado ante o mercado.<sup>30</sup> De garantidor de direitos subjetivos, o que supostamente seria suficiente para a garantia da livre concorrência consoante os postulados liberais da economia, passa o Estado a ser defensor ativo da concorrência, assegurando-a através de sua ação normativa e reguladora do mercado.

Com isso, não se pretende o estabelecimento de modelo de concorrência perfeita, por ser inviável diante das características do mercado atual. Deve-se garantir que a concorrência seja efetiva, com níveis aceitáveis de concorrência tanto para a oferta quanto para a procura.<sup>31</sup>

As ameaças à concorrência podem decorrer do comportamento dos próprios agentes econômicos privados que, atuando de forma concertada, acabam por concentrar excessivamente o poder comercial e financeiro e impedem o pleno funcionamento dos mecanismos naturais do mercado. De outro lado, a concorrência também pode ser ameaçada pela própria intervenção estatal, violando o “princípio da equidade econômica”, que consiste na “preservação da igualdade de oportunidades dos operadores econômicos, proporcionando-lhes as mesmas condições de concorrência, sem privilegiar nenhum”.<sup>32</sup>

É nesse contexto que se insere o controle dos diversos benefícios e auxílios concedidos pelos Estados aos agentes econômicos privados. Ao ajudar determinada empresa ou atividade através das diversas medidas de fomento, é o próprio Estado que acaba favorecendo esses agentes econômicos em relação aos seus concorrentes nacionais e estrangeiros.

### **1.2. Correntes jurisprudenciais norte-americanas acerca da intervenção do Estado na economia e o direito antitruste**

---

<sup>29</sup> “Concorrência e Guerra Fiscal” em Folha de São Paulo de 9.2.98, p. 2-2.

<sup>30</sup> Manuel Afonso Vaz, *Direito Económico*, p. 187.

<sup>31</sup> Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Económico*, p. 315.

<sup>32</sup> Manuel Afonso Vaz, *ob. cit.*, p. 198.

Há duas tendências jurisprudenciais paralelas no direito norte-americano acerca da intervenção do Estado no domínio econômico e o direito antitruste.<sup>33</sup>

Uma primeira corrente é denominada *State Action Doctrine*. Em razão da grande autonomia atribuída aos Estados norte-americanos, são freqüentes as situações em que o poder regulamentar dos Estados entra em conflito com a legislação antitruste federal. Discute-se se a regulação dos Estados possui ou não imunidade em relação à aplicação do direito antitruste federal. São utilizados dois critérios para avaliar essa circunstância.

Primeiro, analisa-se se o ato praticado é consequência “de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação”.<sup>34</sup> Consiste em examinar se há a expressa intenção do Estado de que a competição entre os agentes econômicos seja substituída pela regulamentação. Para tanto, é necessário que as variáveis econômicas fundamentais (quantidade e preço) sejam determinadas pelo órgão regulamentar.

Além disso, exige-se o preenchimento do segundo requisito, que é a existência de um sistema de supervisão ativo e constante do cumprimento das obrigações estipuladas na regulamentação. Tal controle destina-se principalmente à verificação dos resultados desta política no que diz respeito à concorrência e aos consumidores.

A segunda corrente extraída da jurisprudência norte-americana é a *Persuasive Power Doctrine*, aplicada aos atos das agências governamentais federais americanas. Consiste na verificação dos poderes atribuídos às agências, se sua competência afasta ou não a incidência da legislação antitruste.

Apenas em dois casos seria possível imunizar os atos das agências em relação ao direito concorrencial. A primeira hipótese é verificada quando o poder do órgão estatal é extenso o suficiente para afastar outra competência. Define-se “poder extenso o suficiente” como sendo “aquele poder que é conferido com o intuito de substituir o sistema concorrencial”.<sup>35</sup> O segundo caso ocorre quando, apesar do poder não ser extenso o suficiente, é profundo o bastante para afastar a aplicação do direito antitruste. Consiste em verificar se a competência atribuída à agência governamental já inclui o poder de aplicação da legislação concorrencial federal, afastando o controle desta matéria pelo órgão específico.

---

<sup>33</sup> Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, p. 201 e ss. e Gesner Oliveira, “Atuação Estatal e Ilícito Antitruste” em *Revista de Direito Econômico* 24:1-14.

<sup>34</sup> Calixto Salomão Filho, *ob. cit.*, p. 202.

<sup>35</sup> Calixto Salomão Filho, *ob. cit.*, p. 204.

Pode-se dizer que, no tocante às agências federais norte-americanas, a não incidência da legislação antitruste é uma questão de competência para sua aplicação. Se o poder de que for dotada a agência não for extenso ou profundo o suficiente para afastar o controle sob o ponto de vista concorrencial, a regulamentação por ela expedida que desrespeitar o direito antitruste federal será ilegal. Portanto, não se trata da pura e simples possibilidade de desconsideração das regras concorrenciais.

### **1.3. A orientação norte-americana e o direito brasileiro**

Para os fins do presente estudo, são especialmente relevantes as diretrizes lançadas pela corrente da *Station Action Doctrine*. Trata-se do questionamento acerca da possibilidade do particular que exerce atividade mediante apoio e incentivo do Estado tornar-se imune à aplicação do direito concorrencial. Ou seja, o problema é determinar se os atos que implementam uma determinada política pública de fomento industrial podem ser questionados sob o ângulo do direito concorrencial.

O texto constitucional não cria imunidade expressa das regras de concorrência para nenhum setor. Diante disso, é necessário avaliar as diversas formas de intervenção estatal na economia e os poderes envolvidos em cada caso.

Para Calixto Salomão Filho, a aplicação dos critérios norte-americanos no sistema brasileiro “levaria à conclusão necessária de que apenas quando o Estado permite a alguém a exploração de serviço público mediante concessão haveria a imunidade”.<sup>36</sup> Ou seja, apenas nestes casos é que haveria a clara intenção estatal de substituição da concorrência e existiriam poderes suficientes para a supervisão ampla e ativa do cumprimento das regras estipuladas e das conseqüências de tal política.

Na função estatal de incentivo da atividade econômica, não há intervenção estatal ao ponto de substituir as decisões próprias da livre iniciativa, até mesmo porque a adesão aos incentivos é facultativa. Também nesses casos o Estado não assume a realização da atividade nem determina as variáveis econômicas fundamentais. Logo, o agente econômico beneficiado pelos incentivos estatais deverá ser tratado como qualquer outro sob o ponto de vista concorrencial. Não há porque beneficiá-lo mais do que já está sendo pela atuação estatal.

Como não há imunidade genérica à incidência da legislação antitruste nesses casos, há de se analisar a possibilidade de serem permitidos atos restritivos da concorrência em casos específicos, em razão dos objetivos de

---

<sup>36</sup> Ob. cit., p. 204. No mesmo sentido, Gesner de Oliveira, ob. cit., p. 6 e ss.

interesse público a que se propõem. No entanto, antes deve ser analisado o modelo de concorrência adotado pela legislação nacional.

## 2. Modelos de defesa da concorrência

Pode-se distinguir dois modelos básicos de sistemas de defesa da concorrência.

O primeiro deles considera a concorrência como um bem em si mesmo (teoria da concorrência-condição). Estabelece uma vedação genérica de todos os acordos e práticas que poderão vir a comprometer a concorrência, tendendo a realizar um controle prévio dos referidos atos. Ou seja, “abstrai dos resultados efetivos das restrições à concorrência, para centrar a sua atenção no perigo que estas, por si mesmas, representam”.<sup>37</sup>

O segundo sistema avalia comportamentos efetivos dos operadores económicos, tutelando a concorrência como um bem entre outros e não como um bem em si mesmo (teoria da concorrência-meio). Nesse passo, em determinados casos a defesa da concorrência poderá vir a ser afastada para que sejam tutelados outros bens ou realizados outros fins de relevância social. Em regra o controle é realizado a posteriori, reprimindo-se os atos que geraram efeitos negativos sobre a concorrência sem estarem amparados em outra justificativa.

O Direito antitruste norte-americano é o exemplo clássico da primeira categoria. Inicialmente tinha um carácter absoluto e rígido, proibindo todos os atos que pudessem restringir ou monopolizar o livre comércio. Porém, ao longo do tempo foi sendo permeabilizado por objetivos de política industrial. Ainda no final do séc. XIX, na casuística norte-americana passou-se a adotar a “regra da razão” (rule of reason) para excepcionar o princípio geral da proibição. A incidência dessa regra conduz a que o juízo acerca da concorrência não se restrinja às relações empresariais, analisando-se também os efeitos da prática restritiva.<sup>38</sup>

Já o sistema europeu de defesa da concorrência, mais recente do que o norte-americano, atribui funções diversas às normas concorrenciais. Por isso, aproxima-se do modelo da concorrência-meio. Partindo da regra geral de proibição de atos restritivos da concorrência, geralmente os sistemas europeus contam também com disposições que autorizam práticas, em princípio, restritivas da livre concorrência.

---

<sup>37</sup> António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, *Direito Económico*, p. 293.

<sup>38</sup> Reputa-se que os atos atualmente restritivos podem contribuir para o incremento da “concorrência futura”, em momento posterior (António Carlos dos Santos e outros, *ob. cit.*, p. 294).

Em última análise, “a questão que se põe é a da inadmissibilidade radical de atos contra a concorrência, dentro da doutrina norte-americana do ilícito per se de qualquer ato que venha a restringir a liberdade de comércio, ou a da tolerância e admissibilidade de alguns atos que, posto restrinjam a concorrência, têm no seu contexto elementos de justificação que os tornam aceitos”.<sup>39</sup>

Conforme se pretende expor adiante, o direito nacional antitruste aproxima-se do modelo da concorrência-meio. Antes, porém, proceder-se-á a uma breve análise de dois sistemas de proteção da concorrência que contemplam regras expressas para disciplinar os incentivos estatais à atividade econômica privada.

### **3. Os auxílios estatais no comércio internacional**

No âmbito das trocas comerciais internacionais são freqüentes as disputas que envolvem auxílios concedidos pelos países que acabam favorecerem a circulação de seus produtos no mercado. Nesse contexto, normalmente os benefícios estatais são concedidos sob a forma de subsídios para determinadas produções ou empresas.

Nas normas que regulamentam o comércio internacional há dispositivos específicos tratando da matéria. Um dos anexos do General Agreement on Tariffs and Trade – GATT (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio) de 1994 é o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias.<sup>40</sup> A regra geral é a vedação dos subsídios que possam vir a causar danos à economia de outros países. Apesar disso, são admitidos subsídios em casos específicos.<sup>41</sup>

O Acordo apresenta no Artigo 1 uma definição de subsídio bastante ampla, resultante da conjugação de uma “contribuição financeira por um governo ou órgão público” com a outorga de uma “vantagem”. Define no Artigo 2 o conceito de subsídio específico como sendo aquele destinado “especifica-

---

<sup>39</sup> João Bosco Leopoldino da Fonseca, “Admissibilidade de atos que limitam a concorrência” em Revista de Direito Econômico 26:19.

<sup>40</sup> Referido anexo consta da Ata Final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT, que foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994.

<sup>41</sup> Nesse contexto de conflitos no mercado internacional envolvendo auxílios estatais cabe lembrar a recente disputa na Organização Mundial do Comércio (OMC) entre a Embraer e a Bombardier, concorrente canadense da empresa brasileira, envolvendo a prática de subsídios à exportação. Sobre as etapas da disputa entre as referidas empresas, consulte-se o artigo de Amélia Regina Mussi Gabriel, “A disputa Embraer e Bombardier na Organização Mundial do Comércio” em Revista de Informação Legislativa a. 38, n. 150, p. 231-258.

mente a uma empresa ou produção, ou a um grupo de empresas ou produções”. Somente os subsídios específicos poderão ensejar a imposição de medidas compensatórias.

São previstas três categorias de subsídios.

A primeira é a dos “proibidos”. São os “vinculados, de fato ou de direito, ao desempenho exportador” e os “vinculados, de fato ou de direito, ao uso preferencial de produtos nacionais em detrimento de produtos estrangeiros” (Artigo 3). Estes subsídios deverão ser eliminados por serem considerados distorcivos ao comércio.

A segunda compreende os subsídios “recorríveis” (Artigo 5). Nesta categoria estão os subsídios que não são necessariamente danosos ao livre comércio, mas que em determinadas situações poderão sê-lo. Caso constatados os efeitos danosos aos interesses de outro Estado, determina-se que sejam tomadas as medidas adequadas para a remoção dos referidos efeitos ou a eliminação do próprio subsídio.

Por último, há os subsídios “irrecorríveis”. Estes podem ser ou os subsídios “não específicos” (conforme definido no Artigo 2) ou subsídios específicos desde que destinados à “assistência para atividades de pesquisa realizadas por empresas ou estabelecimentos de pesquisa ou de educação superior”, “assistência a uma região economicamente desfavorecida dentro do território de um Membro, concedida no quadro geral do desenvolvimento regional” e “assistência para promover a adaptação de instalações existentes a novas exigências ambientalistas impostas por lei e/ou regulamentos” (Artigo 8). São os subsídios cuja concessão admite-se por não restringir o comércio internacional.

Na parte VIII do referido Acordo há regras conferindo tratamento especial e diferenciado aos países em desenvolvimento, partindo-se da premissa de que os “subsídios podem desempenhar papel importante em programas de desenvolvimento econômico” dos referidos países (Artigo 27, 1).

#### **4. Controle das ajudas estatais na União Européia**

O sistema comunitário de defesa da concorrência é considerado um dos mais bem estruturados, inclusive no tocante à disciplina dos auxílios estatais. Compreende dois conjuntos articulados de normas. Um deles é dirigido diretamente aos operadores econômicos e, o segundo deles, tem em vista a ação dos Estados membros, especialmente no que diz respeito à concessão de auxílios públicos.

No âmbito do presente trabalho, têm relevância as normas que se dirigem à ação estatal, contempladas precipuamente no artigo 87 e seguintes do Tratado de Roma. É a regulação aplicável a certas práticas estatais suscetíveis

de afetar os mecanismos de competição interempresarial ou das trocas comunitárias. A questão de maior relevância nesse capítulo é a dos auxílios de Estado.

Não há definição legal no âmbito comunitário do que seja “auxílio estatal”. Com isso, a noção foi sendo construída com a aplicação das regras aos casos concretos. Disso resultou uma noção bastante ampla de auxílios de Estado, significando “toda e qualquer vantagem concedida, direta ou indiretamente, independentemente dos seus objetivos e da sua forma, através de recursos públicos ou, mesmo de recursos privados, quando proporcionados mediante regras de direito público ou, eventualmente, atos de autoridades públicas”.<sup>42</sup>

Uma das notas características do sistema comunitário é a definição dos auxílios estatais como sendo um conceito muito mais econômico do que jurídico. Isso importa caracterizar determinado ato como auxílio estatal conforme os efeitos que pretende produzir.

Outra peculiaridade do conceito para fins de direito concorrencial é a exigência de que a concessão do benefício seja seletiva, ou seja, que favoreça especificamente determinada empresa ou setor produtivo. Logo, não compreende as intervenções do poder público exteriorizadas sob a forma de medidas gerais, que se aplicam uniformemente aos agentes econômicos.

Ainda para a definição comunitária de auxílio estatal, deve haver situação de concorrência efetiva ou potencial entre empresas ou facultativa.

As derrogações automáticas (ex lege) são as previstas no art. 87, nº 2. São os “auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos” e “os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários”.<sup>43</sup> Note-se que os primeiros não beneficiam diretamente empresas e sim consumidores. O auxílio concedido nessas hipóteses é considerado automaticamente como compatível com o mercado comum, dispensando a manifestação da Comissão especificamente a esse respeito. Isso implica a admissão de

---

<sup>42</sup> António Carlos dos Santos e outros, ob. cit., p. 339. Vale citar, também, a definição de Eugenio Picozza: “todos os investimentos dos poderes públicos, efetuados em circunstâncias tais que não teriam induzido a uma escolha análoga de um investidor privado, que operando nas condições normais de economia de mercado, tivesse que decidir no lugar daquele ente público” (Il Diritto Pubblico dell'economia nell'integrazione Europea, p. 133).

<sup>43</sup> No art. 87, nº 2, há previsão de uma terceira hipótese de derrogação automática. Eram os auxílios destinados a determinadas regiões que faziam parte da Alemanha Oriental, previsão essa atualmente considerada apenas como de interesse histórico.

tais auxílios mesmo que falseiem ou ameacem falsear a concorrência nas trocas comunitárias.

Há também as derrogações facultativas, previstas no art. 87, nº 3 do Tratado. São as seguintes: “a) os auxílios destinados a promover o desenvolvimento econômico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego; b) os auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado-Membro; c) os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, quando não alterem as condições setoriais de pelo menos dois Estados membros na atividade objeto de questionamento.”<sup>44</sup> Isso porque o auxílio deve provocar distorção na concorrência, que pode ser exteriorizada de diversas formas tais como o aumento das exportações da empresa beneficiada, diminuição de importações de determinado produto ou, até mesmo, a transferência de empresas para determinada região em razão dos benefícios concedidos.

Há regimes especiais que derogam total ou parcialmente as regras gerais de concorrência previstas no Tratado de Roma. Tais regimes especiais são os consagrados nos arts. 65 e 66 do Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e os previstos no próprio Tratado de Roma para os transportes (arts. 70 a 80) e para a agricultura (art. 36).

O princípio fundamental que rege os auxílios estatais no âmbito comunitário é o da incompatibilidade com o mercado comum das ajudas concedidas pelos Estados membros<sup>45</sup> às empresas localizadas em seus territórios que acarretem distorções nas regras de livre concorrência.<sup>46</sup>

O objetivo é o de evitar que a atuação de um fator externo ao funcionamento do mercado, tal como a atuação estatal, atribua vantagens a certos operadores econômicos em detrimento de outros. Parte-se do pressuposto de

---

<sup>44</sup> António Carlos dos Santos, Maria Eduarda Gonçalves e Maria Manuel Leitão Marques, *ob. cit.*, p. 340.

<sup>45</sup> A menção a “Estado” é interpretada de forma bastante ampla, compreendendo também todos os órgãos estatais e coletividades, de direito público ou privado, que sejam encarregados de outorgar determinado benefício com a utilização de recursos públicos (André Decocq e Georges Decocq, *Droit de la Concurrence Interne et Communautaire*, p. 455).

<sup>46</sup> É o princípio consagrado no art. 87, nº1, do Tratado: “Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”.

que a concessão de benefícios a determinadas empresas vai favorecê-las de modo artificial nos mercados interno e externo.

Há dois tipos de derrogação ao princípio da incompatibilidade das ajudas estatais com o mercado comum previstos no art. 87 do Tratado, sendo um de caráter automático e outro de natureza das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum; d) os auxílios destinados a promover a cultura e a conservação do patrimônio, quando não alterem as condições das trocas comerciais e da concorrência na Comunidade num sentido contrário ao interesse comum”.<sup>47</sup> Nessas hipóteses cabe à Comissão autorizar os auxílios em cada caso, ao considerá-los compatíveis com o mercado comum. A Corte de Justiça comunitária reputa ser discricionário esse poder de apreciação da Comissão<sup>48</sup>, devendo ser conciliados os interesses nacionais com os comunitários.

Os órgãos comunitários deverão ser informados acerca de todo o projeto dos Estados membros de criação ou modificação de ajudas estatais. Nitidamente esta exigência constitui uma limitação à atuação dos entes estatais na área dos auxílios e incentivos econômicos. Antônio Carlos dos Santos e outros constatarem que “em função deste princípio, os Estados abdicam, pois, de utilizar internamente, de forma unilateral, como instrumento de política econômica, este tipo de incentivos às empresas quando possam falsear a concorrência no mercado comunitário”.<sup>49</sup>

## 5. O modelo nacional de defesa da concorrência

A constatação de que a concessão de auxílios econômicos estatais sob as mais diversas formas afeta as relações de concorrência no mercado é clara ao se analisar as regras de comércio internacional e do direito comunitário. A razão de aplicação de tais regras de defesa de concorrência deve ser a mesma para sua incidência no âmbito das trocas realizadas no território nacional. No caso brasileiro, a concessão de incentivos pelos Estados e municípios, de diversas modalidades, também gera atritos e desequilibra a concorrência entre os operadores econômicos no mercado interno.

---

<sup>47</sup> Nas hipóteses das alíneas “a” e “c”, os critérios a serem utilizados pela Comissão para definição da compatibilidade dos auxílios com o mercado comum estão previstos nas “Orientações Relativas aos Auxílios estatais com Finalidade Regional” (98/C 74/06), que estipulam as condições que devem satisfazer as regiões para serem classificadas como estando abaixo da média comunitária para fins de incidência das derrogações.

<sup>48</sup> Assim tem decidido a partir do Philip Morris, processo 730/79 da CJCE 17 set. 1980, conforme Didier Linotte, Achille Mestre e Raphaël Romi, *Services Publics et Droit Public Économique*, p. 443.

<sup>49</sup> Ob. cit., p. 338.

A doutrina nacional reconhece o caráter instrumental de nossa legislação antitruste. Nesse sentido, Paula A. Forgioni afirma ser o direito da concorrência “um instrumento de que lança mão o Estado para atuar determinada política pública”.<sup>50</sup> A instrumentalidade da concorrência significa que esta poderá deixar de ser tutelada para que sejam atendidos outros fins de maior relevância, em determinado caso concreto.

Na sistemática da Lei de Defesa da Concorrência nacional (Lei 8.884/94), para a caracterização da infração à ordem econômica basta que qualquer uma das condutas tipificadas no art. 21 tenha por objeto ou possa produzir algum dos efeitos previstos no art. 20 (“limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”, “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, “aumentar arbitrariamente os lucros” e “exercer de forma abusiva posição dominante”).

Conforme se mencionou anteriormente, a defesa da concorrência na União Européia adota o sistema de isenções para legitimar determinadas práticas restritivas da concorrência. No sistema brasileiro foi consagrado o sistema das autorizações. Para a prática de atos que “possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços”, os interessados devem requerer autorização ao CADE (Lei 8.884/94, art. 54, caput e §4º).

No §1º do art. 54 são estabelecidas as condições a serem observadas para a concessão de autorização, com a previsão dos objetivos a que deverão visar os atos que poderão ser autorizados (inc. I). Os objetivos a serem atendidos, cumulada ou alternativamente, são os seguintes: aumentar de produtividade, melhorar da qualidade de bens ou serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico.

Além de atender a estes objetivos, são estabelecidas outras três condições: “os benefícios decorrentes seja distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro” (inc. II), “não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços” (inc. III) e “sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados” (inc. IV).

No §2º do art. 54 dispõe-se que, caso os atos a serem autorizados sejam necessários “por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum” e “desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final”, exige-se o preenchimento de pelos menos três das condições previstas nos incisos do §1º.

## **6. As medidas de fomento econômico e a Lei 8.884/94**

---

<sup>50</sup> Os Fundamentos do Antitruste, p. 81.

É possível enquadrar-se diversas das conseqüências das medidas de fomento econômico industrial promovidas pelos Estados nas hipóteses de infrações da ordem previstas nos arts. 20 e 21 da Lei 8.884/94.

Note-se que a Lei de Concorrência aplica-se também às pessoas jurídicas de direito público (conforme está previsto expressamente no art. 15 da Lei 8.884/94). Também há suficiente abertura legal para controle das diversas medidas de fomento possíveis ao serem caracterizados como suscetíveis de infração à ordem econômica “os atos sob qualquer forma manifestados” (Lei 8.884/94, art. 20, caput).

Serão analisados dois dos principais aspectos sob os quais os incentivos estatais poderão infringir os princípios concorrenciais.

### **6.1. Formação dos preços**

O primeiro aspecto diz respeito à própria produção da empresa beneficiada, repercutindo sobre os preços que poderão ser ofertados no mercado.

Um dos fatores que compõem o preço dos produtos e serviços em geral é o seu custo de produção. A Lei 8.884/94 prevê em diversos incisos do art. 21 hipóteses em que o custo é considerado para fins de verificação de práticas de infração à ordem econômica.<sup>51</sup>

A empresa beneficiária de determinado incentivo terá um custo menor na formação do preço do seu produto. Diante disso, pode reduzir seu preço em relação aos concorrentes ou manter o preço no mesmo patamar, aumentando a sua lucratividade.

Ademais disso, a “Guerra Fiscal” travada entre os Estados utilizando-se de nosso sistema tributário acarreta danos especialmente graves em razão da pesada carga tributária que incide sobre bens e serviços. A redução da parcela tributária na composição do custo do produto repercute significativamente no seu preço e na lucratividade do produtor.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> É o caso, por exemplo, dos incisos XVIII (venda injustificada de mercadoria abaixo do preço de custo), XIX (importar bens abaixo do custo no país exportador), XXII (retenção de bens de produção ou consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção) e XXIV c/c par. único, inc. I (aumento dos preços não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos). A esse respeito, pode-se consultar o estudo de Marcel Bragança “Efeitos da Tributação sobre o Direito Concorrencial – Uma visão harmônica do ordenamento” em Revista de Direito Mercantil 121:121-147.

<sup>52</sup> No Fórum Permanente da Concorrência do CADE sobre “Defesa da Concorrência e Guerra Fiscal” foram apresentados estudos retratando os efeitos dos incentivos fiscais em uma empresa hipotética. Foram constatadas alterações dramáticas no lucro daquela empresa em razão dos benefícios fiscais. Na simulação em que houve altera-

Outro ponto a ser considerado é o de que a empresa beneficiada poderá apresentar preços bastante inferiores aos da concorrência e, o que é mais relevante, indefinidamente. Ou seja, a empresa não precisará elevar seus preços posteriormente para recompor as perdas da “prática predatória”.

A questão deve ser analisada também sob o ângulo dos concorrentes da empresa favorecida. Na resposta à consulta que lhe foi formulada especificamente sobre a matéria, o CADE afirma que para os concorrentes “o resultado da isenção é cabal”.<sup>53</sup> Assim ocorre porque se encontram “numa situação brutal de desvantagem independentemente dos seus méritos. Por mais eficientes que sejam em relação à empresa incentivada, o favorecimento desta (...) é de tal monta que esforços de redução de custos ou mesmo de melhorias tecnológicas dificilmente poderiam chegar perto de compensá-los”.<sup>54</sup>

Deve-se levar em conta, ainda, o fator da insegurança no planejamento empresarial, considerando-se que a qualquer momento poderão ser concedidos benefícios a novos concorrentes ou aos já existentes. Disso resulta o desestímulo para a realização de novos investimentos para ampliação e melhoria da produção, com efeitos negativos para toda a coletividade.

Diante destes fatores, as medidas de fomento econômico implementadas pelos Estados federados poderão ser enquadradas em diversas hipóteses de infração à ordem econômica previstas na Lei 8.884/94. Dentre elas, destacam-se a de “limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado” (art. 21, inc. IV) e a de “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços” (art. 21, inc. V).

## 6.2. Perda da eficiência da economia

Sob outro ângulo, os incentivos estatais repercutem sobre a distribuição dos recursos produtivos e a própria organização do mercado. É a noção de eficiência econômica, cuja inobservância também caracteriza violação aos princípios da concorrência.

---

ção da alíquota de ICMS incidente sobre a produção da empresa de 18% para 12%, o lucro aumentaria 128%. Considerando-se a diminuição da alíquota de ICMS para 8%, a elevação do lucro seria de 215%. Já no caso de isenção de ICMS (alíquota 0%), o lucro daquela empresa hipotética aumentaria 388%. Estes dados foram citados no voto do Cons. Relator da Consulta nº 38/99 ao CADE, p. 6-9. Consultante: Pensamento Nacional das Bases Empresariais – PNBE. Relator: Cons. Marcelo Calliari. Março de 2000.

<sup>53</sup> CADE, Consulta nº 38/99, voto do relator, p. 21.

<sup>54</sup> CADE, ob. cit., p. 21.

Com efeito, uma das repercussões decorrentes da “Guerra Fiscal” travada entre os Estados federados é o efeito geral de redução do grau de eficiência da economia como um todo. Podem ser diferenciados dois tipos de eficiência econômica: a alocativa e a produtiva.

Segundo Calixto Salomão Filho, “a eficiência alocativa relaciona-se com a distribuição dos recursos na sociedade. Não se deve confundir a questão com o problema da distribuição de renda e de riqueza (...) Verificar se existe eficiência alocativa é simplesmente determinar se os recursos estão empregados naquelas atividades que os consumidores mais apreciam ou necessitam”.<sup>55</sup>

Por sua vez, a eficiência produtiva relaciona-se com a utilização dos fatores de produção pelas empresas. Em última análise, refere-se à produtividade.

A eficiência sempre foi relacionada com o mercado competitivo.<sup>56</sup> Trata-se de um objetivo a ser perseguido pelas regras antitruste.<sup>57</sup> No âmbito do presente estudo, importa destacar que os efeitos da “Guerra Fiscal” são usualmente associados à ineficiência. Os diversos benefícios concedidos pelos Estados podem ser um fator relevante para a deficiente alocação de recursos na economia.

Numa situação em que funcionam normalmente os mecanismos naturais do mercado concorrencial, as empresas tendem a utilizar como critérios para escolha do setor em que atuam e do local em que se instalam a possibilidade de gerar o maior volume de riquezas com o menor uso de recursos possível. Uma vez concedidos benefícios estatais para determinada empresa, essa lógica deixa de ser considerada.

---

<sup>55</sup> Ob. cit., p. 167-168.

<sup>56</sup> Ana Maria de Oliveira Nusdeo expõe que “o argumento clássico, formulado por Adam Smith, é o de que os preços fornecem a informação necessária à ação dos produtores no sentido do aumento da produção dos bens mais valorizados pelos consumidores, alternativamente a outros bens, e pelos processos produtivos mais eficientes, promovendo a melhor alocação de recursos escassos no mercado” (Defesa da concorrência e globalização econômica, p. 180).

<sup>57</sup> A Lei 8.884/94 adota a noção de eficiência em dois momentos. No art. 20, §1º, caracteriza como excludente da conduta de domínio do mercado quando a posição tiver sido conquistada como resultado “de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”. Já no art. 54, a eficiência é arrolada entre as condições necessárias para que seja autorizada a prática de determinado ato potencialmente lesivo à livre concorrência.

Estudo realizado pelo BNDES constatou que alguns dos principais efeitos da concessão de incentivos pelos Estados a determinadas empresas são justamente distorções na eficiência alocativa.<sup>58</sup>

As principais conclusões daquele estudo foram as seguintes: 1) os incentivos tributários destinam-se a grandes empresas, pois apenas estas podem arcar com os altos custos para buscar e obter incentivos; 2) os projetos aprovados privilegiam o capital em detrimento do trabalho; 3) os incentivos fiscais baseados no ICMS discriminam as firmas já estabelecidas, criando vantagens artificiais para a instalação de novas indústrias em determinado território; 4) observa-se a tendência a postergar os investimentos para modernização e expansão do empreendimento, destinando-se os recursos preferencialmente para atividades lobistas objetivando manter as vantagens por mais tempo; 5) maior investimento em atividades voltadas à obtenção dos benefícios (maiores gastos com contabilidade, advogados e lobistas, entre outros); 6) as firmas passam a escolher sua localização conforme as vantagens oferecidas e não em função da oferta de fatores de produção, ocasionando distorções locacionais e perda da produtividade do capital da firma; 7) distorção na composição do gasto público dos Estados, que passam a privilegiar o investimento em infraestrutura em detrimento do gasto social; e 8) distorção das vantagens comparativas, privilegiando-se artificialmente atividades estranhas às características da economia local de cada Estado.

Conforme consta na Consulta nº 38/99 do CADE, a empresa favorecida “pode instalar-se num local em que seu custo seja muito mais alto (por distância do mercado fornecedor ou consumidor, carência de infra-estrutura, preparo da mão-de-obra etc.), desde que o incentivo que receba mais do que compense a diferença. Note-se que seu preço final para o consumidor pode até ser menor do que o de seus competidores não incentivados (ou seja, o consumidor pode estar até, diretamente e apenas neste ponto específico, se beneficiando). No entanto, o consumo de recursos da sociedade continua sendo superior – o custo da empresa é maior -, e realizado de forma ineficiente. A coletividade como um todo estará, pois, sendo prejudicada”.<sup>59</sup>

Ou seja, a partir dessas constatações já se extraem diversos efeitos negativos que a “Guerra Fiscal” provoca na concorrência ao promover a distribuição ineficiente de recursos produtivos.

---

<sup>58</sup> BNDES, Informe SF nº 4, pp. 2 e ss. As conclusões sobre os reflexos na eficiência alocativa baseiam-se em análise realizada pelo Banco Mundial acerca de um caso específico de incentivo concedido por um Estado brasileiro para que determinada indústria se instalasse em seu território.

<sup>59</sup> Ob. cit., p. 20.

Também sob o ângulo da eficiência produtiva poderão não ser verificados os ganhos esperados. Como a empresa beneficiada passa a ter uma lucratividade bastante superior à de suas concorrentes, verifica-se a perda de incentivo à busca de maior eficiência e inovação tecnológica. Muito dificilmente o ganho decorrente do aprimoramento desses fatores se aproximaria ao dos incentivos. Note-se que esse ganho de lucratividade não decorre do aumento da eficiência ou aprimoramento tecnológico da produção. É resultado da intervenção estatal seletiva.

Logo, nos casos de incentivos concedidos pelos Estados no âmbito da “Guerra Fiscal” muito dificilmente estará presente o requisito da eficiência, que é um dos objetivos exigidos para que seja autorizada a prática de ato que possa limitar ou prejudicar a livre concorrência (Lei 8.884/94, art. 54, §1º, inc. I, “c”).

## **7. A autorização para atos restritivos da concorrência**

Conforme visto, as medidas de fomento econômico consistem em uma das formas de implementação das diretrizes de uma política industrial governamental. Por sua vez, a legislação antitruste nacional, em consonância com a diretriz da concorrência instrumental que adota, consagra as regras que procuram superar a antinomia aparente entre atos potencialmente restritivos da concorrência e a realização de outros objetivos de interesse público.

Nesse contexto, Paula Forgioni denomina “válvulas de escape” os meios que permitem a interpretação da legislação de proteção da concorrência de modo a dar o melhor atendimento aos demais objetivos da ordem econômica.<sup>60</sup> Uma das “válvulas de escape” diz respeito ao interesse juridicamente protegido, ou seja, à existência de interesses especialmente tutelados por determinada política econômica. É o denominado “jogo do interesse protegido”.<sup>61</sup>

Exemplo de aplicação do “jogo do interesse protegido” para fins de implementação de determinada política econômica está na própria sistemática da Lei 8.884/94, que contempla a possibilidade de autorização de atos restritivos da concorrência. No âmbito do presente estudo, interessa especialmente a aplicação desse mecanismo às medidas de fomento econômico industrial.

Com efeito, essa intervenção estatal encontra amparo constitucional nos diversos dispositivos em que há menção ao apoio e incentivo a serem dados pelo Estado a determinadas atividades privadas. Porém, há outros dis-

---

<sup>60</sup> Ob. cit., p. 180 e ss.

<sup>61</sup> Paula Forgioni, ob. cit., p. 219 e ss.

positivos que consagram princípios constitucionais que não poderão ser simplesmente afastados. A atuação estatal de incentivo deverá ser realizada em conformidade com os princípios constitucionais.

Entre os princípios a serem observados estão os da ordem econômica, previstos no artigo 170 da Constituição. Para Calixto Salomão Filho, “entre os vários princípios ali previstos (alguns dos quais claramente podem entrar em contraposição com os demais) parece ser possível destacar três que se sobrepõem. São eles os mencionados no caput, os dois primeiros como fundamento e o terceiro como objetivo da ordem econômica: a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a busca da justiça social. São todos eles limites absolutos a qualquer política industrial. (...) Dessas observações emerge um critério constitucional importante para avaliação da política industrial. Ela não pode ser direcionada a substituir ou eliminar o sistema concorrencial”.<sup>62</sup>

De um lado, portanto, não há imunidade absoluta da função estatal de fomento em relação ao direito concorrencial. De outro, diante da possibilidade de se autorizar a prática de determinados atos mesmo que restritivos da concorrência, há de se analisar o preenchimento dos requisitos para tanto (previstos no art. 54 da Lei 8.884/94).

Ressalte-se que o referencial para a ponderação entre esses princípios é o interesse da coletividade, pois é a satisfação deste interesse que deve ter em vista tanto a aplicação das normas de proteção da concorrência quanto da política industrial do Estado. Conforme se tentou expor anteriormente, os efeitos da “Guerra Fiscal” promovida pelos Estados membros podem ser bastante danosos sob o ponto de vista concorrencial. Ademais disso, a sua instrumentalidade no tocante à realização dos objetivos constitucionais de promoção da justiça social, inclusive o de redução das desigualdades regionais, é no mínimo questionável em determinadas situações concretas.

Aliás, segue essa linha de raciocínio a justificativa que a União Européia expõe para que os auxílios estatais concedidos para o desenvolvimento de certas regiões não constituam derrogações automáticas da regra geral da incompatibilidade. Impõe-se a apreciação específica de cada caso, podendo os auxílios serem considerados ou não compatíveis com o mercado comum.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> Ob. cit., p. 176-177.

<sup>63</sup> “Um auxílio individual ad hoc concedido a uma única empresa ou auxílios limitados a um único setor de atividade podem ter um impacto importante sobre a concorrência no mercado em causa, enquanto os seus efeitos para o desenvolvimento regional tendem a ser demasiado limitados” (“Orientações Relativas aos Auxílios estatais com Finalidade Regional”, Jornal Oficial das Comunidades Europeias de 10.3.98 - 98/C 74/10).

Para a deliberação acerca da autorização ou não da prática potencialmente restritiva da concorrência, deve-se proceder a um confronto entre prejuízos e benefícios causados pelos referidos atos. O objetivo é o de avaliar se os ganhos obtidos com a autorização do ato restritivo da concorrência superam os benefícios que seriam obtidos com um rígido controle antitruste.<sup>64</sup> Ou seja, trata-se de ponderar na situação concreta se os ganhos para a coletividade derivados da concessão de incentivos para atividades indústrias específicas compensam e superam os prejuízos causados sob o ponto de vista concorrencial. Estas questões não poderão ser devidamente analisadas apenas com critérios jurídicos, devendo também ser considerados os aspectos econômicos envolvidos. O principal método utilizado para tanto é a Análise Econômica do Direito.<sup>65</sup>

#### IV CONCLUSÃO

O poder do Estado para estabelecer diferenciações através de práticas de incentivo a operadores econômicos específicos não é absoluto. Em se tratando do exercício de função estatal, as políticas públicas a serem implementadas devem obedecer ao sistema jurídico como um todo.

A vontade dos Estados-membros de se industrializarem e promoverem o desenvolvimento regional é perfeitamente legítima. Porém, as medidas a serem implementadas sempre deverão observar a legalidade em todos os seus aspectos, inclusive no que diz respeito ao direito concorrencial.

Certamente em muitos casos haverá um aparente confronto entre os objetivos visados pela política industrial dos Estados membros e a defesa da concorrência no âmbito nacional.

Em última análise, a questão ora analisada é um dos reflexos dos denominados “conflitos ideológicos na Constituição Econômica”. Conforme Washington Peluso Albino de Souza, isso decorre da adoção pela Constituição de 1988 do modelo ideológico misto do neoliberalismo.<sup>66</sup> Na Constituição Econômica foram consagrados fundamentos e princípios tanto do “modelo

---

<sup>64</sup> João Bosco Leopoldino da Fonseca, ob. cit., p. 26.

<sup>65</sup> É ampla a bibliografia sobre Análise Econômica do Direito, especialmente de autores norte-americanos. Especificamente acerca da sua aplicação ao Direito Concorrencial, podem ser consultados, a título de exemplo: Daniel J. Gifford e Leo J. Raskind, *Federal Antitrust Law*, p. 6 e ss., Ana Maria de Oliveira Nusdeo, ob. cit., p. 176 e ss., João Bosco Leopoldino da Fonseca, ob. cit., p. 26-27.

<sup>66</sup> Washington Peluso Albino de Souza, “Conflitos Ideológicos na Constituição Econômica” em *Revista Brasileira de Estudos Políticos* 74/75:17-39.

liberal” (no caso, a livre concorrência) quanto do “modelo socialista” (como a redução das desigualdades regionais, entre outros).

Em se tratando de atividade para a qual não há imunidade ampla e genérica quanto à incidência de determinado princípio – como é o caso -, há de se averiguar em cada situação concreta de aparente conflito qual merece ser tutelado mais intensamente.

Essa análise circunstancial, no tocante à concorrência, não prescinde da análise dos benefícios e prejuízos resultantes da adoção de determinada política econômica naquele caso concreto, inclusive com a utilização de critérios econômicos. A ponderação deve levar em consideração os custos da adoção de tais medidas para a coletividade, pois é precipuamente o interesse daquela que visam tutelar os princípios em questão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico (con la colaboración de Juan Miguel de la Cuétara e Lucía López de Castro García-Morato). Granada: Fundación de Estudios de Regulación - Comares, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BNDES. Secretaria para Assuntos Fiscais. Informe SF, nº 4. Guerra Fiscal: competição tributária ou corrida ao fundo do tacho? Jan. 2000.

BORGES, José Souto Maior. “Incentivos fiscais e financeiros”. RTDP 8:86-106. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRAGANÇA, Marcel. “Efeitos da Tributação sobre o Direito Concorrencial – Uma visão harmônica do ordenamento” em Revista de Direito Mercantil 121:121-147. São Paulo: Malheiros, jan./mar. 2001.

CADE. Consulta nº 038/99. Consulente: Pensamento Nacional das Bases Empresariais. Relator: Cons. Marcelo Calliari. Março de 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. “Incentivo Fiscal – Conflito entre Estados” em RTDP 9: 130-148, 1995.

DECOCQ, André e DECOCQ, Georges. Droit de la Concurrence Interne et Communautaire. Paris: L.G.D.J, 2002.

FERNANDES, André Eduardo da Silva e WANDERLEI, Nélio Lacerda. “A questão da guerra fiscal: uma breve resenha” em Revista de Informação Legislativa a. 37 n. 148:5-20, out./dez. 2000.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. Concorrência e Guerra Fiscal. Folha de São Paulo, São Paulo, 9 de fevereiro de 1998, p. 2-2.

- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. “Admissibilidade de atos que limitam a concorrência” em Revista de Direito Econômico 26:6-27, set./dez. 1997.
- FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- GABRIEL, Amélia Regina Mussi. “A disputa Embraer e Bombardier na Organização Mundial do Comércio”, em Revista de Informação Legislativa a. 38, n. 150:231-258.
- GIFFORD, Daniel J. e RASKIND, Leo J. Federal Antitrust Law – Cases and Materials. St. Paul: West Publishing Co., 1983.
- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- LINOTTE, Didier; MESTRE, Achille e ROMI, Raphaël. Services Publics et Droit Public Économique. 3. ed. Paris: Litec, 1995.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito Económico. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- \_\_\_\_\_. Mutações do Direito Administrativo. 2. ed. at. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Defesa da Concorrência e Globalização Econômica (O controle da concentração de empresas). São Paulo: Malheiros, 2002.
- OLIVEIRA, Gesner. “Atuação estatal e ilícito antitruste” em Revista de Direito Econômico 24:1-14, CADE, jul./dez. 1996.
- PIANCASTELLI, Marcelo e PEROBELLI, Fernando. ICMS: Evolução Recente e Guerra Fiscal. Texto para discussão nº 402. Brasília: IPEA, 1996.
- PICOZZA, Eugenio. Il Diritto Pubblico dell’economia nell’integrazione Europea. 2. reimp. Roma: Carocci, 1998.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As Estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SANTOS, António Carlos dos; GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito Económico. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2001.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. Aspectos Jurídicos do Planejamento Econômico. 2. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. “Conflitos Ideológicos na Constituição Econômica” em Revista Brasileira de Estudos Políticos n. 74/75:17-39, UFMG, jan./jul. 1992.

TORRES, Sílvia Faber. O Princípio da Subsidiariedade no Direito Público Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VAZ, Manuel Afonso. Direito Económico. A Ordem Económica Portuguesa. 2. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

## O CONTROLE DAS AJUDAS ESTATAIS NO DIREITO CONCORREN- CIAL DA INTEGRAÇÃO ECONÔMICA

Uma análise do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul

*Evandro Menezes de Carvalho\**

Sumário: Introdução; 1. O Tratamento Jurídico das Ajudas Estatais na União Européia; 1.1. O direito da concorrência como regramento essencial do mercado comum e as ajudas estatais como ramo indispensável do direito concorrencial; 1.2. A noção de ajuda estatal; 2. O Mercosul: A Instauração do Controle das Ajudas Estatais como Imperativo da Integração; 2.1. A evolução do enfoque da proteção à concorrência através do direito do Mercosul; 2.2. O Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul (PDC); 2.3. As perspectivas do controle das ajudas estatais no âmbito do PDC; Conclusão; Referências Bibliográficas.

### Introdução

O aumento da receptividade dos Estados aos comandos das instituições econômicas internacionais tem ocasionado tensões no âmbito das políticas econômicas domésticas. Estas se vêem pressionadas entre o alinhamento com as regras do mercado internacional e o atendimento às especificidades do mercado interno.

Tal ponto tenso se acentua devido a propensão dos países de conjugarem esforços para suprir certas insuficiências soberanas. Isto porque determinados objetivos sociais e econômicos passam a ser melhor atingidos se compartilhados e dimensionados em escala regional ou multilateral.

Desta forma, os Estados, outrora autárquicos no plano externo, tornam-se “abertos e internacionalmente ‘amigos’ e ‘cooperantes’”<sup>1</sup>, atuando em um sistema jurídico-político internacional constituído por novos sujeitos de direito internacional público, tais como as organizações internacionais de integração.

---

\* Advogado, Mestre em Integração Latino-americana pela UFSM, doutorando em Direito Internacional pela USP e bolsista do Fundo Ryoichi Sasakawa.

<sup>1</sup> J. J. Gomes Canotilho. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina Editora, 1998, p. 1275.

Este cenário tem contribuído para que a concepção tradicional de soberania perca muito de sua relevância enquanto conceito e prática central nas relações internacionais, deflagrando, assim, um processo de transformação do papel dos Estados. Para Robert O'Brien, o tema do subsídio é um exemplo deste processo. Segundo o autor,

esforços internacionais para restringir a prática de subsídio desafiam nosso entendimento tradicional de Estado porque eles restringem a habilidade da direção estatal para distribuir renda. Os governos não são tão livres como eram no passado para escolher qual método de intervenção econômica eles desejam. Isto não significa que um Estado não é mais um Estado, mas implica que os Estados estão mudando.<sup>2</sup>

A limitação das políticas ativas ou intervencionistas do Estado no domínio econômico responde às demandas de manutenção do regime de livre comércio no plano internacional. De fato, se qualquer governo puder outorgar subsídios de forma indiscriminada aos setores produtivos de seu país – seja com o intuito de proteger suas empresas da concorrência estrangeira ou de conferir-lhes uma vantagem competitiva no mercado mundial – põe-se em risco o sistema internacional de livre comércio. Tais ajudas podem alterar as condições normais de concorrência em prejuízo dos competidores de outros países.<sup>3</sup>

Se estas políticas de proteção ou promoção da produção nacional podem ser, a priori, benéficas ou saudáveis para o país que as pratica, deve-se reconhecer, contudo, que sua adoção poderá provocar demandas de retaliação ou proteção por parte de outros Estados porventura prejudicados pela medida protecionista.

Desta forma, a aplicação do princípio do livre comércio para todos não prescinde do cuidadoso exame das vantagens comparativas artificiais decorrentes da concessão de auxílios públicos à exportação e à produção de mercadorias. Ao contrário do que possa sugerir a teoria econômica do

---

<sup>2</sup> [“international efforts to curb subsidy practices challenge our traditional understanding of the state because they restrict the ability of state leadership to disperse revenues. Governments are not as free as they were in the past to choose whatever method of economic intervention they desire. This does not mean that a state is no longer a state, but it does imply that states are changing”] **Subsidy Regulation and State Transformation in North America, the GATT and the EU**. United States: ST. Martin's Press, INC., 1997, p. 18. (Todos os textos estrangeiros citados neste trabalho foram livremente traduzidos pelo autor).

<sup>3</sup> Jagdish Bhagwati. **Protecionismo versus Comércio Livre**. Rio de Janeiro: Editorial Nórdica, 1989, p. 35.

comércio livre, a prática revela que os Estados estão longe de abdicar desta prerrogativa.<sup>4</sup>

A outorga de elevados subsídios e a intervenção do Estado sempre foram necessários – e ainda são – para a “eficiência” do comércio internacional.<sup>5</sup> Isto se confirma ao constatar, por exemplo, que as iniciativas multilaterais de se regular as ajudas governamentais são temperadas pela resistência dos Estados Unidos e da União Européia de suspender os seus programas de ajudas a certos setores da economia, tais como: agricultura, indústria de entretenimento e aeroespacial.

O problema das medidas de intervenção estatal por meio de subsídios adquire, no entanto, uma feição particular no contexto de um processo integracionista. Neste caso, ao lado dos objetivos de eficiência econômica, busca-se, sobretudo, objetivos de equidade. Por conseguinte, a concessão de subsídios vincula-se, também, à promoção da redução das desigualdades regionais e do desenvolvimento equilibrado intrabloco – visto que não se pode confiar ao mercado a alocação de recursos de forma equitativa.<sup>6</sup>

Deste modo, o controle das ajudas estatais nos processos integracionistas apresenta-se relevante na medida em que possibilita a promoção da coesão social e econômica no espaço regional. Logo, um conjunto de regras mínimas que preservem a concorrência e regulem as formas de intervenção dos governos na economia, mostra-se fundamental para a consecução de um projeto de desenvolvimento comum.

Tomando esta direção, o presente estudo destina-se a examinar as relações entre a integração e o controle das ajudas estatais como ramo do

---

<sup>4</sup> Para Jagdish Bhagwati, “há muito os economistas internacionais se sentem frustrados com a dissonância entre a elegância de sua irrefutável demonstração das vantagens do livre comércio e a deselegância com que a política prática abraça o protecionismo”. *Ibid.*, p. 65.

<sup>5</sup> Para Eric Hobsbawm, embora as economias nacionais estejam enfraquecidas por uma economia transnacional, as funções econômicas dos Estados não estão prestes a acabar, “pelo contrário, tanto nos Estados não capitalistas como nos capitalistas cresceram, apesar de, nos anos 80, se detectar uma tendência em ambos para encorajarem outros empreendimentos não estatais ou privados.” (**Nações e nacionalismo desde 1870**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990, pp. 207 e 208). Segundo Octavio Ianni, “mesmo quando os governos reduzem sua interferência no jogo das forças produtivas, mesmo nesses casos subsistem diretrizes, estímulos, restrições e punições que orientam decisões e opções dos proprietários dos meios de produção.” (**Teorias da Globalização**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997, p. 152).

<sup>6</sup> Peter Robson. **Teoria Econômica da Integração Internacional**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1985, p. 239.

direito da concorrência. Discute-se especialmente a necessidade de uma evolução do direito da concorrência do Mercosul em direção de normas claras sobre as ajudas estatais.

Para tanto, o trabalho divide-se em duas partes. A primeira dedica-se ao tratamento jurídico das ajudas estatais na União Européia, destacando sua relevância no processo integracionista europeu (1.1.) e apresentando a noção de ajuda estatal firmada pelos órgãos comunitários (1.2.). A segunda parte aborda o tema em questão no âmbito do Mercosul. Após focar a evolução da proteção à concorrência no direito do Mercosul (2.1.), examina-se o Protocolo de Defesa da Concorrência (2.2.) a fim de avaliar as perspectivas de se estabelecer o controle das ajudas estatais no esquema integracionista do Cone Sul (2.3.).

## 1. O Tratamento Jurídico das Ajudas Estatais na União Européia

Enquanto único mercado comum do mundo, a União Européia torna-se um paradigma para a construção do Mercosul comunitário.<sup>7</sup> A evolução de sua experiência integracionista, atualmente direcionada para a consolidação de uma união econômica e monetária, revela a importância de se conjugar os aspectos econômico e jurídico para o alcance dos objetivos comuns.

Desta forma, uma vez que o direito tem uma função central no processo integracionista europeu, indaga-se o papel do direito da concorrência

---

<sup>7</sup> O Tratado que cria a União Européia (Tratado da União Européia – TUE ou Tratado de Maastricht), assinado em 1992, na cidade de Maastricht, Holanda, reforça os objetivos políticos da integração e prevê a instauração progressiva de uma União Econômica e Monetária (UEM) com a adoção de uma moeda única: o euro. Esta entidade funda-se sobre três pilares: as Comunidades Européias, a Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e a Cooperação policial e judiciária em matéria penal. Estas duas últimas estruturas são tipicamente intergovernamentais. O TUE efetua substanciais alterações no Tratado da Comunidade Econômica Européia, inclusive de sua denominação que, de Tratado da CEE, passou para Tratado da Comunidade Européia (TCE). Com a assinatura do Tratado de Amsterdam, em 1997, operou-se algumas transferências de competências entre estes três pilares e efetuou-se alterações nos procedimentos decisórios da Comunidade Européia. Nota Umberto Celli Júnior que a expressão “União Européia” é utilizada com finalidade marcadamente retórica. “Externa corporis, até que se consolide efetivamente essa união econômica e monetária, a ‘Comunidade Européia’ continuará sendo a pessoa jurídica com representatividade, por exemplo, para firmar tratados internacionais.” (**Regras de concorrência no Direito Internacional moderno**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, pp. 27 e 28). Ao longo deste trabalho, o uso da expressão “Comunidade” refere-se à Comunidade Econômica Européia que, após o TUE, passou a ser denominada simplesmente Comunidade Européia (CE).

como regramento essencial do mercado comum e, de modo especial, das normas referentes às ajudas estatais (1.1.). Por fim, apresentar-se-á a noção de ajuda estatal cunhada na experiência comunitária (1.2.).

### **1.1. O direito da concorrência como regramento essencial do mercado comum e as ajudas estatais como ramo indispensável do direito concorrencial**

Sendo a Comunidade fundada em um regime de mercado aberto, deverão as empresas “movimentar-se” em um ambiente concorrencial sem barreiras para a expansão de seus negócios e prevenido de posições artificiais de mercado. A ausência de uma autoridade central com poderes suficientes para fiscalizar e controlar a atividade econômica, enseja, conseqüentemente, a prescrição de regras que estabeleçam parâmetros de conduta e de competição capazes de tornar o mercado autocontrolado.

Por esta razão, o processo integracionista europeu reconheceu a necessidade de uma política concorrencial adequada para o controle das relações econômicas no seio da Comunidade. Esta política comunitária da concorrência persegue três objetivos: a) a manutenção da unidade do mercado comum aberto a todos os operadores econômicos; b) a proibição do abuso de posição dominante, empregando esforços para evitar uma concentração excessiva de poder econômico, financeiro e comercial; e c) o respeito ao princípio da justiça econômica.<sup>8</sup>

Estes objetivos da política comum em matéria concorrencial são estabelecidos tanto em função dos fins previstos no Tratado da Comunidade Européia (TCE), inscritos no artigo 2º, como em consideração ao disposto no artigo 3º (1) (g). Neste preceito, estatui-se que a ação da Comunidade implica em “um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno”.

Para tanto, além da estipulação de um conjunto de regras mínimas que garantam aos agentes econômicos condições de acesso e permanência no mercado intracomunitário, deve-se promover, também, a necessária e coerente atitude relacional entre a Comunidade e os Estados-membros. Em outras palavras, estas entidades deverão se conduzir por meio de uma estreita coordenação no controle, fiscalização e aplicação das políticas concorrenciais por elas implementadas.

---

<sup>8</sup> Isabelle Croizier. *L’Offensive de la CEE contre les Aides Nationales – La récupération des aides nationales octroyées en violation du traité CEE*. Rennes: Apogée, 1993, p. 15.

Entretanto, o aumento da concessão de vantagens artificiais por parte dos governos aos setores produtivos de seu país – trasladando, assim, dificuldades econômicas a outros Estados-membros – tem exigido dos órgãos comunitários uma presença maior na fiscalização destas políticas públicas nacionais.

Entre as diversas medidas governamentais de apoio econômico, as ajudas estatais a empresas e setores produtivos vêm ocupando um lugar de destaque. Estes auxílios públicos incidem no funcionamento normal do mercado e podem vir a limitar ou falsear a livre concorrência – o que vai de encontro aos princípios do mercado comum.

A questão está em determinar se essa assistência estatal tem caráter exclusivamente protecionista, por conceder uma vantagem artificial no mercado à empresa receptora do benefício, ou se sua habilitação atende aos objetivos da política concorrencial comunitária. A regra geral, em que pesem as exceções previstas no TCE, é a da incompatibilidade das ajudas estatais com os princípios reitores da Comunidade.<sup>9</sup>

Para tanto, tornou-se imprescindível determinar o sentido da expressão “ajuda” a fim de que se pudesse realizar o seu efetivo controle no seio da Comunidade.

## **1.2. A noção de ajuda estatal**

Ao não definir o que se deve entender por ajuda estatal, o TCE deixou aos órgãos comunitários e à doutrina a tarefa de deslindar a significação

---

<sup>9</sup> A regra da interdição das ajudas de Estado está prevista no Artigo 87 (1) TCE, que estabelece: “Salvo disposição em contrário do presente Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afectem [sic] as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções”. As alíneas 2 e 3 deste mesmo dispositivo dedicam-se a definir as hipóteses que configuram exceção ao princípio geral de incompatibilidade. A alínea 2 define as suposições que configuram a compatibilidade “de iure” da medida pública concessiva do benefício. Trata dos auxílios sociais e dos destinados a remediar os danos decorrentes de calamidades naturais ou acontecimentos extraordinários. A alínea 3, por sua vez, elenca as hipóteses nas quais a ajuda pode vir a ser considerada conciliável com o mercado comum segundo juízo discricionário dos órgãos comunitários competentes. Nestes casos, o auxílio caracteriza-se pela finalidade regional ou setorial explícita em sua concessão, destinando-se, pois, a facilitar o desenvolvimento econômico de certas regiões e a adaptar ou acelerar o processo de estruturação dos diversos setores industriais em atenção às circunstâncias econômicas.

deste termo. Todavia, a variedade terminológica encontrada nesta matéria não tem contribuído para a formulação de um conceito jurídico preciso de “ajuda”.

Em alguns textos legais emprega-se o termo “subsídio” em sentido semelhante ao de “ajuda estatal”. À guisa de exemplo, tome-se o artigo XVI, seção A, do General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)<sup>10</sup>. Em outros, utiliza-se ambos os termos de forma a subentender serem conceitos distintos, como é exemplo o artigo 4º, letra “c”, do Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA).<sup>11</sup>

No campo doutrinário o problema conceitual permanece. Robert O’Brien emprega o termo “subsídios” e o define como “concessões ou gastos governamentais que assistem na produção de bens e serviços”.<sup>12</sup> Esta definição, por outro lado, aproxima-se de algumas noções de ajuda elaboradas por outros autores e apontadas por Despina Schina que assim expõe:

*Everling definiu ajuda como ‘todo benefício direto ou indireto outorgado pelo Estado para determinadas empresas ou setores da economia’. Colliard considerou que ajuda é qualquer medida que favoreça a posição competitiva de uma empresa e conseqüentemente tende compensar um aspec-*

---

<sup>10</sup> Artigo XVI do GATT: “Sección A – Subvenciones en general. 1. Si una parte contratante concede o mantiene una subvención, incluida toda forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios, que tenga directa o indirectamente por efecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de dicha parte contratante o reducir las importaciones de este producto en su territorio, esta parte contratante notificará por escrito a las PARTES CONTRATANTES la importancia y la naturaleza de la subvención, los efectos que estime ha de ocasionar en las cantidades del producto o de los productos de referencia importados o exportados por ella y las circunstancias que hagan necesaria la subvención. En todos los casos en que se determine que dicha subvención causa o amenaza causar un perjuicio grave a los intereses de otra parte contratante, la parte contratante que la haya concedido examinará, previa invitación en este sentido, con la otra parte contratante o las otras partes contratantes interesadas, o con las PARTES CONTRATANTES, la posibilidad de limitar la subvención” (sem grifo no original).

<sup>11</sup> Artigo 4º do Tratado CECA: “The following are recognized as incompatible with the common market for coal and steel and shall accordingly be abolished and prohibited within the Community, as provided in this Treaty: ... c. subsidies or aids granted by States, or special charges imposed by States, in any form whatsoever.” (sem grifo no original).

<sup>12</sup> [“Subsidies are grants or government expenditures that assist in the production of goods or services”] **Subsidy Regulation and State Transformation in North America, the GATT and the EU**. United States: ST. Martin’s Press, 1997, pp. 17 e 18.

*to de inferioridade econômica em um meio discriminatório. Um ajuda pode, contudo, prover um benefício ao receptor sem que necessariamente compense suas inferioridades econômicas. De acordo com Waelbroeck, uma ajuda consiste em uma vantagem ou um benefício para a empresa receptora. No ponto de vista de Scheuing o termo ‘ajuda’ indica sem limitação todas as medidas de caráter financeiro tomadas pelas autoridades públicas em favor das empresas.<sup>13</sup>*

Coube à Corte de Justiça das Comunidades Europeias (CJCE) elaborar uma distinção entre subsídio e ajuda estatal. No acórdão referente ao caso *Steenkolenmijnen v Alta Autoridade* (CECA), a Corte expressou:

*Um subsídio é normalmente definido como um pagamento em dinheiro ou em um tipo de assistência a uma empresa diferentemente do pagamento pelo comprador ou o consumidor de bens e serviços que ele produz. Uma ajuda é um conceito muito similar, que no entanto, coloca ênfase nos seus propósitos e parece especialmente projetado para um objetivo particular que não pode normalmente ser realizado sem uma ajuda de fora. O conceito de ajuda é todavia mais amplo do que aquele de subsídio porque abraça não somente benefícios positivos tal como os próprios subsídios, mas também intervenções que, sob variadas formas, mitigam os encargos que são normalmente incluídos no orçamento de uma empresa e que, sem, contudo, serem subsídios no estrito significado da palavra, tem características similares e mesmo efeito.<sup>14</sup>*

---

<sup>13</sup> [“Everling defined aid as ‘all direct or indirect benefits granted by the state to individual undertakings or sectors of the economy. Colliard considered that aid is any measure which favours the competitive position of an undertaking and therefore tends to compensate for an aspect of economic inferiority in a discriminatory way. An aid can, however, provide a benefit to the recipient without necessarily compensating for its economic inferiority. According to Waelbroeck, an aid consists in an advantage or a benefit to the recipient firm. In Scheuing’s view the term ‘aid’ indicates without limitation all measures of a financial character taken by public authorities in favour of enterprises”] Despina Schina. **State Aides under the EEC Treaty Articles 92 to 94**. Oxford: ESC, 1987, p. 13.

<sup>14</sup> Sem grifo no original. [“A subsidy is normally defined as a payment in cash or in kind made in support of an undertaking other than the payment by the purchaser or the consumer for the goods or services which it produces. An aid is a very similar concept, which however, places emphasis on its purpose and seems especially devised for a particular objective which cannot normally be achieved without outside help. The concept of aid is nevertheless wider than that of a subsidy because it embraces not only positive benefits such as subsidies themselves, but also interventions

Percebe-se, assim, que as ajudas têm um caráter mais geral, abrangendo não só os subsídios, mas toda e qualquer intervenção que reduz os encargos financeiros de uma empresa. Contudo, dado que a diferença conceitual não resiste à concretude dos efeitos destas medidas, idênticos por natureza, poder-se-á fazer uso de ambos os termos ao longo deste trabalho.<sup>15</sup>

A ampla definição de ajuda estatal não afasta algumas reprovações baseadas na conveniência de uma maior precisão na identificação de uma medida pública como ajuda nos termos do TCE. Contrário a este entendimento, Germán F. Farreres afirma que as críticas dirigidas a essa amplitude do conceito de ajuda estatal prendem-se a um excessivo formalismo que se tem desejado pôr de lado no tratamento jurídico deste tema no âmbito da Comunidade.<sup>16</sup>

Para Despina Schina, a ausência de uma definição de ajuda estatal no TCE pode ter sido intencional, pois “se os Estados-membros soubessem a exata extensão da noção de ajuda eles poderiam facilmente planejar medidas que não satisfariam todos os requisitos desta noção”.<sup>17</sup> Ademais, acrescenta o autor, “a falta de uma definição no Tratado permite à Comissão e à Corte interpretar a noção de uma maneira mais ampla e flexível”.<sup>18</sup>

Percebe-se, assim, que a opção do legislador comunitário orientou-se pela necessidade de fiscalizar todo e qualquer apoio econômico que possa vir a ser caracterizado como uma ajuda estatal. A variedade de formas pelas quais se manifestam essas vantagens econômicas foi determinante para a defesa desta posição por parte dos órgãos comunitários.

---

which, in various forms, mitigate the charges which are normally included in the budget of an undertaking and which, without, therefore, being subsidies in the strict meaning of the word, are similar in character and have the same effect”] Acórdão referente ao caso 30/59, (1961) ECR 1 at 19. *Steenkolenmijnen v High Authority (CECA)*. In. *Ibid.*, p. 14.

<sup>15</sup> Serão empregados como sinônimos de ajuda estatal, além do termo “subsídio”, as expressões: auxílios públicos, subvenções e assistência estatal.

<sup>16</sup> **El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea**. Madrid: Editorial Civitas, 1993, p. 25.

<sup>17</sup> [“If Member States knew the exact scope of the notion of aid they could easily devise measures which would not satisfy all the requirements of this notion”] **State Aides under the EEC Treaty Articles 92 to 94**. Oxford: ESC, 1987, p. 13.

<sup>18</sup> [“the lack of a definition in the Treaty allows the Commission and the Court to interpret the notion in a wide and flexible way”] *Ibid.* A Comissão é a instituição comunitária que tem a função de velar pela aplicação do Direito Comunitário. Suas decisões devem levar em consideração unicamente o interesse da Comunidade, pois, como órgão imparcial, não deve submeter-se a nenhuma vontade nacional.

Neste sentido, a Comissão tem mantido o entendimento de que qualquer auxílio com efeitos sobre o comércio, independentemente da forma com que possa se revestir, é suscetível de ser subsumido ao artigo 87 (1) TCE.<sup>19</sup> Em sua lista de medidas passíveis de serem qualificadas como ajuda, encontram-se, dentre outras: os subsídios propriamente ditos; a exoneração de impostos e demais tributos; garantias de empréstimos em condições particularmente favoráveis; cessão de prédios ou terrenos à título gratuito; fornecimento de bens e serviços em condições preferenciais; cobertura de perdas ou toda medida de efeito equivalente.<sup>20</sup>

Entre os exemplos menos evidentes de transações que constituem uma vantagem financeira para o beneficiário, que de outra forma não se teria no quadro normal de suas atividades, citam-se: a compra ou o arrendamento de um terreno público a um preço inferior àquele do mercado; a venda de um terreno ao Estado a um preço superior ao praticado no mercado; o acesso privilegiado a uma infraestrutura sem contrapartida financeira; e a obtenção de capital de risco junto ao Estado em condições mais favoráveis que aquelas oferecidas por um investidor privado.<sup>21</sup>

Em linhas gerais, pode-se dizer que figuram na “lista negra” da Comissão todas as ajudas à exploração destinadas a reduzir os custos de produção ou de distribuição – conferindo, assim, uma vantagem competitiva à empresa beneficiada que terá melhores condições para efetuar uma diminuição nos preços de venda finais –, e as ajudas à exportação, quando relacionadas ao comércio intracomunitário.<sup>22</sup>

A delimitação dos supostos caracterizadores da incompatibilidade de uma ajuda estatal com o mercado comum ficará a cargo da experiência comunitária diante do caso concreto. Compete à Comissão, e, de modo supletivo, ao Conselho<sup>23</sup>, o exame permanente dos auxílios existentes, bem como a autorização para a execução de novas ajudas. As decisões de ambos os órgãos poderão, se for o caso, ser sempre submetidas à apreciação da CJCE.

---

<sup>19</sup> Ver nota de rodapé n. 9.

<sup>20</sup> In. Jean-Michel Communier. **Le droit communautaire des aides d’État**. Paris: L.G.D.J., 2000, p. 11.

<sup>21</sup> Comissão Europeia. **Vademecum – Règles Communautaires Applicables aux Aides d’État**. Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000, p. 06.

<sup>22</sup> República Francesa. **Vade-Mecum sur les Règles de Concurrence Communautaires Relatives aux Aides Publiques aux Entreprises**. Paris: Bel Canto, 1999.

<sup>23</sup> O Conselho é composto por representantes dos Governos e tem por função a coordenação das políticas econômicas gerais dos Estados-membros (artigos 202 a 210 do TCE).

Diante destas considerações, percebe-se que o controle dos auxílios públicos tomou assento definitivo no âmbito da política concorrencial comunitária. Uma vez que o Mercosul persegue objetivos próximos daqueles alcançados pela Comunidade, faz-se pertinente investigar como tem evoluído o assunto em causa no seio da integração no Cone Sul.

## **2. O Mercosul: A Instauração do Controle das Ajudas Estatais como Imperativo da Integração**

O Tratado de Assunção (TA)<sup>24</sup>, em seu artigo 4º, determina que os Estados-Partes coordenem suas respectivas políticas nacionais “com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial”. Para tanto, faz-se necessário determinar os fatores que restringem ou eliminam a competição intrabloco a fim de que as normas comuns possam efetivamente prevenir a formação de “núcleos” de poder econômico sobre o mercado.<sup>25</sup>

*Com efeito, a concorrência pode ser afetada por ações e práticas restritivas empreendidas pelas empresas – sejam elas privadas ou públicas –, ou pela ação discriminatória do Estado por meio de medidas de políticas governamentais. Neste último caso, encontram-se as ajudas estatais que, concedidas direta ou indiretamente pelo Poder Público a favor de uma ou várias empresas ou setores produtivos, afetam os intercâmbios comerciais intrazona e a liberdade de competir.*

*Tendo em vista estas condutas anticompetitivas e seus efeitos sobre o comércio intra-regional, o Mercosul passou a tomar iniciativas para a discussão e a elaboração de normas comuns destinadas à proteção da concorrência (2.1.). Tais deliberações resultaram no Protocolo de Defesa da Concorrência que, após examinado (2.2.), permitir-nos-á avaliar as perspectivas de se instaurar um controle comum das ajudas estatais (2.3.).*

### **2.1. A evolução do enfoque da proteção à concorrência através do direito do Mercosul**

---

<sup>24</sup> Firmado em 26 de março de 1991 pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, o TA tem como objeto a integração econômica entre seus signatários com vistas a conformação futura de um mercado comum (MERCOSUL).

<sup>25</sup> Adverte Calixto Salomão Filho que “o poder econômico no mercado, quando excessivo, tende à criação de verdadeiros centros políticos de poder paralelo, com interesse próprio e que procuram (e freqüentemente conseguem) influenciar o centro estatal de decisões políticas. A ameaça à ordem democrática é evidente.” (**Direito concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 46).

No MERCOSUL, a abordagem da ação estatal sobre a concorrência recebeu, inicialmente, um tratamento genérico na Decisão do Conselho do Mercado Comum (CMC) n° 20/94.<sup>26</sup> Em seu artigo 2º, sugere à Comissão de Comércio do Mercosul (CCM) a criação de um Comitê Técnico (CT) com a finalidade de “identificar as medidas no âmbito de políticas públicas, vigentes em cada Estado Parte, que possam distorcer as condições de concorrência de modo a beneficiar os agentes econômicos localizados no país que as pratica”.

Um vez identificadas, o CT deverá classificar estas medidas nas seguintes categorias: a) medidas que impliquem exceções ao regime comercial comum no Mercosul; b) medidas de natureza tributária; c) medidas de natureza creditícia; d) medidas associadas ao regime de compras governamentais, além de e) outras.<sup>27</sup>

Esperava-se, assim, elaborar uma proposta de harmonização das medidas governamentais compatíveis com o funcionamento de uma União Aduaneira, e de eliminação progressiva daquelas consideradas incompatíveis. Para isso, devia-se ter em conta critérios de eficiência econômica, os objetivos globais do Mercosul e as disposições pertinentes do GATT sobre o assunto.<sup>28</sup>

De outro lado, a Decisão CMC n° 21/94 aprova pautas básicas sobre defesa da concorrência no Mercosul, fixando hipóteses gerais de ilicitude e enumerando condutas empresariais restritivas e impeditivas do livre acesso e permanência no mercado. Pretendia-se que os Estados Partes examinassem a compatibilidade de suas respectivas legislações com estas pautas gerais de harmonização.

A partir desta análise comparativa, elaborar-se-ia um Estatuto de Defesa da Concorrência no Mercosul a ser submetido ao Grupo Mercado Comum (GMC). Caberia a este órgão decidir se este Estatuto seria apenas um instrumento de referência ao qual deveriam adequar-se as legislações nacionais sobre a matéria, ou se tomaria a forma de Protocolo.

---

<sup>26</sup> No quadro da estrutura normativa do Mercosul, a Decisão é o instrumento por meio do qual o Conselho do Mercado Comum (CMC) se manifesta. Este é o órgão superior e de representação do Mercosul, responsável pela condução política do projeto integracionista. O Grupo Mercado Comum (GMC), de feição executiva, exprime-se mediante Resoluções. E, por fim, integrando o conjunto dos órgãos com capacidade decisória no âmbito do Mercosul, tem-se a Comissão de Comércio do Mercosul (CCM). Encarregada de assistir o GMC e responsável pela fiscalização e aplicação dos instrumentos de política comercial, a CCM manifesta-se por meio de Diretrizes.

<sup>27</sup> Entre as medidas no âmbito de políticas públicas que deverão ser objeto deste trabalho de identificação e classificação, incluiu-se, também, “as normas que regulam a atuação de empresas estatais ou entidades equivalentes, monopólicas ou não”.(artigo 4º da Decisão CMC n. 20/94).

<sup>28</sup> Artigos 3º e 5º da Decisão CMC n° 20/94.

A fim de cumprir os mandatos estabelecidos pelos órgãos político e executivo do Mercosul, a CCM, por meio da Diretriz N° 01/95, cria o Comitê Técnico n° 4 (CT4 – “Políticas Públicas que Distorcem a Competitividade”) e o Comitê Técnico n° 5 (CT5 – “Defesa da Concorrência”). Este último ficaria encarregado de desempenhar a tarefa prevista na Decisão CMC n° 21/94, consistente na elaboração de uma proposta de Estatuto de Defesa da Concorrência no Mercosul.

O CT4, por sua vez, deveria dar cumprimento ao celebrado na Decisão CMC n° 20/94. Neste sentido, cabia-lhe

identificar las medidas de políticas públicas que por su carácter discriminatorio puedan distorsionar las condiciones de concurrencia, clasificándolas en las categorías establecidas en la Decisión mencionada, con el objetivo de elaborar propuestas para el tratamiento de las medidas a armonizar o eliminar.<sup>29</sup>

Posteriormente, a Decisão CMC n° 15/96 cria o Grupo Ad Hoc sobre o tratamento das políticas públicas que distorcem a competitividade. Sua função consistia em revisar, antes de 30 de junho de 1997, a Decisão CMC n° 20/94 tendo em conta os trabalhos já realizados pelo CT4. Ambos os órgãos, este dependente da CCM e aquele do GMC, pouco avançam nas discussões sobre o tema e as tarefas propostas não se realizam nos prazos previstos.<sup>30 31</sup> Contudo, prosseguem os trabalhos relacionados às práticas e condutas anticoncorrenciais das empresas.

---

<sup>29</sup> A Decisão CMC n° 9/95 que estabelece o Programa de ação para o Mercosul até o ano 2000, assim expressou: “1.3. Políticas Públicas que Distorsionam la Competitividad. La meta es garantizar a la producción de todos los Estados Partes condiciones equitativas de competencia, para que la liberalización del comercio dé efectivamente lugar a la constitución de un espacio económico ampliado, en el cual se pueda obtener una asignación más eficiente de los recursos regionales y un mejor aprovechamiento de las economías de escala. A esos efectos la Comisión de Comercio del Mercosur identificará las políticas públicas que pueden distorsionar la competencia entre los Estados Partes. Asimismo se dará prioridad al establecimiento de un cronograma de armonización de las medidas compatibles con el funcionamiento de la Unión Aduanera y de eliminación progresiva de las restantes”.

<sup>30</sup> Segundo Ricardo Xavier Basaldúa, “el tema de las políticas públicas venía siendo tratado en la CCM desde principios de 1995, aunque en este ámbito sólo se logró un intercambio de información e ideas sobre distintos criterios que pudieren ser empleados para guiar el proceso de eliminación o armonización de las medidas. Sin embargo, y a pesar de la importancia del tema, el grupo ad hoc se reunió sólo en dos oportunidades en el transcurso de 1997, sin alcanzar avances sustantivos respecto a lo que ya se había discutido en el ámbito de la CCM. Un obstáculo central es que las materias bajo tratamiento requieren de decisiones políticas sin las cuales los trabajos

Com base nas informações prestadas pelos Estados Partes sobre a compatibilidade de suas respectivas legislações com as pautas básicas da Decisão CMC nº 21/94, elabora-se e aprova-se em 17 de dezembro de 1996, na cidade de Fortaleza – Brasil, o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul (PDC).<sup>32</sup>

Tal Protocolo tem o escopo de “assegurar condições adequadas de concorrência, capazes de contribuir para a consolidação da União Aduaneira”, “o livre acesso ao mercado e a distribuição equilibrada dos benefícios do processo de integração econômica”.<sup>33</sup> Descarta-se, assim, a adoção de um simples instrumento de referência para as legislações nacionais.

As normas do PDC, como decorrência natural dos trabalhos do CT5, focalizam sobremaneira os atos anticoncorrenciais praticados pelas empresas no mercado intra-regional. Não há, portanto, um tratamento específico para o controle das ajudas estatais.<sup>34</sup> Entretanto, não afastou do seu campo de aplicação estas medidas de políticas públicas.

Em seu artigo 32, no Capítulo X que trata das Disposições Finais e Transitórias, lê-se que os Estados Partes comprometem-se, dentro do prazo de 2 anos a contar da entrada em vigência do presente Protocolo, e para fins de incorporação a este instrumento, a elaborar normas e mecanismos comuns que disciplinem as ajudas de Estado que possam limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência e sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados Partes.

---

técnicos no pueden avanzar”. (**Mercosur y Derecho de la Integración**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 226).

<sup>31</sup> Na XIX Reunião da CCM, suspende-se as atividades do CT4 que entra em compasso de espera. Posteriormente, na Decisão nº 59/00 que trata da reestruturação dos órgãos dependentes do GMC e da CCM, elimina-se o Grupo Ad Hoc sobre Políticas Públicas que distorcem a Competitividade e mantém-se o CT4 na estrutura da CCM. (arts. 5º e 8º, respectivamente, da Decisão CMC nº 59/00).

<sup>32</sup> Decisão CMC nº 18/96. Ao longo deste trabalho designar-se-á o Protocolo de Defesa da Concorrência por meio da sigla PDC, ou simplesmente denominando-o de “Protocolo”.

<sup>33</sup> Preâmbulo do Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul – anexo à Decisão CMC nº 18/96.

<sup>34</sup> Para Norma A. Pascas e Guillermina Tajan de Saa, “el Protocolo no ha satisfecho del todo las expectativas jurídicas y políticas de las partes en cuestión, especialmente por no haberse introducido una cláusula que prohíba las ‘ayudas de los estados’, tema puntual que fue reclamado por la Argentina y que estaba dirigido especialmente hacia Brasil”. (“Impacto de las Políticas sobre Defensa de la Competencia en los Mercado Integrados”. **Boletim Latino-americano de Concorrência**. Setembro de 1999, nº 8, p. 26. <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>).

É clara, pois, a opção de reunir em um único instrumento normativo, e sob o resguardo de normas concorrenciais, os atos empresariais e as intervenções do Poder Público no mercado. Antes de se avaliar a possibilidade de aplicação do controle dos auxílios públicos no Mercosul, far-se-á uma breve análise das normas do PDC.

## 2.2. O Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul (PDC)

O PDC entrou em vigor em 08 de setembro de 2000. Contudo, tendo sido ratificado até o presente momento apenas pela República do Paraguai e pela República Federativa do Brasil, somente em relação a estes países suas regras se aplicam.<sup>35</sup> Seu objeto está expressamente declarado no artigo 1º, qual seja: a defesa da concorrência no espaço intra-regional com o fim de “assegurar o livre acesso ao mercado e a distribuição equilibrada dos benefícios do processo de integração econômica”.

O campo de aplicação do PDC abrange todas as condutas e atos restritivos da concorrência praticados por qualquer pessoa física ou jurídica de direito público<sup>36</sup> ou privado.<sup>37</sup> À exemplo das legislações concorrenciais bra-

---

<sup>35</sup> Segundo o artigo 33, o PDC “entrará em vigor trinta dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação” e só em relação aos que o ratificarem. Paraguai incorporou-o por meio da Lei nº 1.143, de 02/10/97 (publicada na GO em 20/10/97) e depositou o instrumento de ratificação em 31 de outubro de 1997; o Brasil ratificou-o em 09 de agosto de 2000 e o internalizou através do Decreto nº 3602 de 18 de setembro de 2000 (publicado no DOU de 19/09/00). Atualmente, o PDC encontra-se em trâmite nos Poderes Legislativos da Argentina e do Uruguai. Estas informações foram obtidas junto à Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM).

<sup>36</sup> Segundo o parágrafo único do Artigo 2º, as empresas que exercem monopólio estatal estarão, também, submetidas às normas do PDC “na medida em que as regras deste Protocolo não impeçam o desempenho regular de atribuição legal”. Para Nuno Ruiz, “las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que presenten el carácter de un monopolio fiscal se someten a las normas de competencia dentro de los límites donde la aplicación de estas normas no hace fracasar la realización de la misión particular que se le asignó. Los Estados miembros deben adaptar sus monopolios nacionales que presentan un carácter comercial de modo que las exclusividades detentadas por ellas sean suprimidas y por lo que se refiere a las empresas públicas y las empresas a los cuales conceden derechos especiales o exclusivos, deben abstenerse de decretar y mantener medidas contrarias a las normas de competencia del Tratado.” (“El derecho y la política de competencia comparados en la Comunidad Europea, el Mercosur y Chile”. **Boletim Latino-americano de Concorrência**. Julho 1999, n. 7, pp. 140 e 141. <http://europa.eu.int/comm/dg04/interna/other.htm>).

sileira e argentina<sup>38</sup>, estipulou-se uma cláusula geral de ilicitude cuja incidência depende de duas condições, a saber: a) a finalidade anticoncorrencial da conduta, capaz de limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado, ou que constitua abuso de posição dominante no âmbito do Mercosul; e b) a afetação nos fluxos comerciais intrabloco.<sup>39</sup>

A realização destes dois requisitos é determinante para a configuração do caráter restritivo à concorrência das condutas alistadas exemplificativamente no artigo 6º do PDC.<sup>40</sup> Logo, não há qualquer proibição per se de condutas ou estruturas de mercado.<sup>41</sup> A irregularidade do ato advirá dos seus efeitos, sejam eles potenciais ou concretos, contrários ao livre comércio e à liberdade de entrar e permanecer no mercado intra-regional – motivo pelo

---

<sup>37</sup> Verifica-se, pois, que a natureza jurídica do agente infrator é irrelevante para a incidência das normas do PDC. É por esta razão que o artigo 1º inclui, ainda, “outras entidades” entre os destinatários das normas do PDC.

<sup>38</sup> No âmbito do Mercosul, apenas o Brasil e a Argentina possuem legislação infra-constitucional sobre concorrência, a saber: a Lei nº 8.884/94 e a Lei nº 25.156/99, respectivamente. Desta forma, nem o Paraguai nem o Uruguai possuem disposições legais, regulamentares ou administrativas relativas à concorrência – o que não significa ausência de preocupação com um ambiente concorrencial no mercado nacional posto que suas Constituições consagram disposições a respeito. Vejamos: a Constituição da República do Paraguai, em seu artigo 170, assim dispõe: “toda persona tiene derecho a dedicar-se a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia...”. A Constituição da República Oriental do Uruguai, por sua vez, estatui, em seu artigo 50, que: “...Toda organización comercial o industrial trustificada estará bajo el contralor del Estado”. Em que pese a previsão constitucional verificada nestes países, não se pode pretender a existência de uma cultura jurídica da concorrência.

<sup>39</sup> Artigo 2º do PDC.

<sup>40</sup> O caráter exemplificativo do artigo 6º do PDC deduz-se da expressão “além de outras” ao referir-se às práticas proibidas. Dentre elas, menciona-se: “I. Fixar, impor, praticar, direta ou indiretamente, em acordo com concorrente ou isoladamente, sob qualquer forma, preços e condições de compra ou de venda de bens, de prestação de serviços ou de produção; ... V. Limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; ... VIII. Subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; ... XVII. Manipular mercado para impor preços”.

<sup>41</sup> O artigo 5º do PDC reforça este entendimento ao dispor que “a simples conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza ofensa à concorrência”.

qual a existência de culpa por parte do infrator e a forma com que o ato possa manifestar-se é irrelevante para a configuração de sua ilicitude.<sup>42</sup>

A aplicação do PDC compete à CCM – a quem cabe velar pela observância dos instrumentos comuns de política comercial – e ao Comitê de Defesa da Concorrência (CDC). Este último será integrado pelos órgãos nacionais responsáveis pela aplicação do PDC em seus respectivos Estados.<sup>43</sup> A questão fica em aberto em relação ao Paraguai e ao Uruguai devido à inexistência de uma estrutura institucional específica vocacionada para as questões concorrenciais. Contudo, nada sugere impedir que estes países indiquem uma autoridade responsável pela aplicação do Protocolo em seus territórios.

A função e as atribuições do CDC em nenhum momento se superpõem àquelas previstas para o CT4 e o CT5. Estes últimos permanecem existindo com a finalidade de discutir e elaborar propostas no âmbito de suas competências visando o aprimoramento da estrutura institucional-normativa concorrencial do Mercosul. Já ao CDC incumbe a tarefa de aplicar as regras concorrenciais previstas no PDC e em posteriores regulamentos que possam ser adotados.<sup>44</sup>

Ao Comitê de Defesa da Concorrência atribui-se, ainda, a tarefa de elaborar uma proposta de regulamentação do Protocolo para posterior aprovação da CCM.<sup>45</sup> O regulamento é, pois, uma condicionante para a própria eficácia das regras concorrenciais comuns, vez que delimitará a jurisdição do Mercosul em relação à jurisdição nacional. Para Gesner Oliveira, “qualquer imprecisão a este respeito poderia gerar incerteza e concepções conflitantes sobre se um dado caso deveria ser enviado via uma agência nacional ou via os canais institucionais estabelecidos no Protocolo de Fortaleza”.<sup>46</sup>

---

<sup>42</sup> Artigo 4º do PDC: “constituem infração às normas do presente Protocolo, independentemente de culpa, os atos, individuais ou concertados, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do MERCOSUL e que afetem o comércio entre os Estados Partes” (sem grifo no original).

<sup>43</sup> Artigo 8º do PDC.

<sup>44</sup> O Grupo Mercado Comum apenas toma parte desta estrutura na medida em que é hierarquicamente superior à Comissão de Comércio do Mercosul. Conforme explica Luiz Olavo Baptista, “sendo hierarquicamente sujeito ao GMC, [a CCM] reporta a este o estado das questões a seu cargo”. (**O Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 1998, p. 77).

<sup>45</sup> Artigo 9º do PDC.

<sup>46</sup> [“any imprecision in this regard could generate uncertainty and conflicting views on whether a given case should be sent via a national agency or via the institutional channels established in the Fortaleza Protocol”] “Aspects of Competition Policy in

Observe-se ainda que, por não haver uma autoridade supranacional no Mercosul e as decisões em seu bojo serem tomadas na base do consenso, assuntos de concorrência que requerem critérios técnicos poderão ser decididos baseados em critérios políticos e diplomáticos. Corre-se o risco de ver os trabalhos dos órgãos nacionais independentes, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Brasil<sup>47</sup>, desfigurados em razão de considerações outras que não propriamente de natureza concorrencial.

De todo modo, a proteção da concorrência é uma das políticas fundamentais para o êxito da integração regional. Além disso, a determinação do PDC de estatuir regras relativas aos auxílios públicos impõe reconhecer a importância do controle destas ajudas no âmbito do direito da concorrência no Mercosul. Cabe indagar, no entanto, as perspectivas de instauração destas regras no Protocolo.

### **2.3. As perspectivas do controle das ajudas estatais no âmbito do PDC**

Conforme já destacado, com a entrada em vigor do PDC, os Estados Partes comprometem-se a elaborar no prazo de dois anos, e para fins de incorporação ao Protocolo, normas e mecanismos comuns disciplinadores das ajudas estatais que distorcem as condições de concorrência e afetam o comércio intrabloco.<sup>48</sup>

Esta tarefa foi antecipada pela Decisão CMC nº 31/00 que instrui o GMC a preparar uma proposta de disciplinamento comum dos incentivos aos

---

Mercosur”. **Boletim Latino-americano de Concorrência**. Dezembro de 2000, nº 11, p. 40. (<http://europa.int.eu/comm/competition/international/others>).

<sup>47</sup> O controle dos atos concorrenciais no direito brasileiro é efetuado pela ação conjugada do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), no âmbito de suas respectivas competências. O CADE é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Entre as suas atribuições, menciona-se: zelar pela observância da Lei n. 8.884/94; decidir sobre a existência de infração à ordem econômica em relação aos processos instaurados pela SDE; aplicar as penalidades previstas na lei e requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões. Na Argentina, a Lei n. 25.156/99 cria o Tribunal Nacional de Defesa da Concorrência (TNDC), organismo autárquico no âmbito do “Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación”, com a atribuição de aplicar a lei concorrencial argentina. Todavia, enquanto não constituído e posto em funcionamento, os casos de sua competência deverão ser promovidos perante o órgão que havia sido constituído sob a égide da lei anterior, que é a “Comisión Nacional de Defensa de la Competencia” (CNDC). Um vez constituído, o TNDC arrogará para si todos os litígios existentes no âmbito da CNDC.

<sup>48</sup> Artigo 32 do PDC.

investimentos, à produção e à exportação no âmbito do Mercosul.<sup>49</sup> Esta proposta deverá objetivar a limitação do uso dos incentivos à produção e ao investimento que ocasionam distorções na alocação de recursos intrazona, e a eliminação daqueles destinados à exportação.<sup>50</sup> Para a elaboração deste projeto de disciplinamento, determinou-se um “levantamento e intercâmbio de informação a respeito dos incentivos financeiros e fiscais utilizados nos Estados Partes que incidem no comércio intra-zona”.<sup>51</sup>

Embora se tenha pretendido concluir a elaboração da proposta antes de 31 de março de 2001, o fato é que, até o presente momento, efetuou-se apenas o levantamento dos incentivos existentes nos Estados Partes.<sup>52</sup>

É de se destacar, no entanto, a direção que deverá tomar a elaboração das previsões normativas sobre as ajudas de Estado. Para este fim, o artigo 32 do PDC dispõe que “serão levados em consideração os avanços relativos ao tema das políticas públicas que distorcem a concorrência e as normas pertinentes da OMC”.<sup>53</sup>

É neste sentido que se pautou o Tribunal Arbitral Ad Hoc do Mercosul no Laudo de 27 de setembro de 1999.<sup>54</sup> Nesta decisão, afirmou-se a relevância de se aplicar as normas do TA de forma integrada com as normas e princípios que regulam o direito internacional.

Para o Tribunal Arbitral Ad Hoc, esta ótica integradora será relevante no processo integracionista visto que “requer uma constante

---

<sup>49</sup> A Decisão nº 31/00 visa, também, a regulamentação dos incentivos próprios dos regimes aduaneiros especiais de importação aplicados pelos Estados Partes, incluídos aqueles utilizados nas Zonas Francas.

<sup>50</sup> Artigo 1º Dec/CMC nº 31/00.

<sup>51</sup> Artigo 2º Dec/CMC nº 31/00.

<sup>52</sup> Entende-se que esta tarefa dificilmente terá um termo final. Novas medidas de incentivo à produção e à exportação são constantemente criadas para atender à dinâmica da economia e, por vezes, esquivar o próprio governo dos compromissos internacionais assumidos. A reticência com que os integrantes do Mercosul têm assumido tal tarefa, na medida em que implicará um controle maior de uns sobre os outros na concessão destes incentivos, concorre para o lento avanço no tratamento jurídico deste tema. No Brasil, este levantamento mostra-se um tanto complexo devido aos incentivos existentes em nível estadual. Por fim, cabe destacar que a coletânea destas informações não está acessível por ser, ainda, objeto de negociação entre as autoridades do Mercosul.

<sup>53</sup> Sem grifo no original.

<sup>54</sup> Este Laudo referiu-se à controvérsia deflagrada pela Argentina contra o Brasil para decidir sobre a existência ou não de subsídios à produção e à exportação de carne suína.

elaboração normativa interna e a coordenação das políticas do bloco com as normas que regem o comércio internacional”.<sup>55</sup> E arremata em seguida:

em um nível mais amplo que o regional, as relações comerciais internacionais são regidas pelas regras da Organização Mundial do Comércio (OMC). Neste âmbito, as restrições à concessão de subsídios à exportação estão reguladas pelo Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASMC).<sup>56</sup>

Este entendimento conduziu os árbitros à concepção de subsídio firmada no âmbito da OMC, mais precisamente no ASMC, para a decisão da controvérsia de que se trata. Deste modo, três categorias de subsídios são possíveis: os proibidos, os recorríveis e os não recorríveis. Em relação aos dois primeiros a medida pública deverá ser assinalada pelo atributo da especificidade.<sup>57</sup> Neste caso, “cuando la autoridad otorgante, o la legislación en virtud de la cual actúe la autoridad otorgante, limite explícitamente el acceso a la subvención a determinadas empresas, tal subvención se considerará específica”.<sup>58</sup>

Os subsídios proibidos vinculam-se, de fato ou de direito, aos resultados de exportação ou ao emprego de produtos nacionais preferentemente aos importados, quer sejam como condição única ou não.<sup>59</sup> Conforme acentua Robert O’Brien, estas subvenções “não requerem uma prova de prejuízo, sua simples existência é suficiente para permitir ao Comitê de Subsídios e Medidas Compensatórias a autorização de contramedidas”.<sup>60</sup>

---

<sup>55</sup> Sem grifo no original. Numeral 56 do laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do Mercosul de 27 de setembro de 1999.

<sup>56</sup> Numeral 57 do laudo do Tribunal Arbitral Ad Hoc do Mercosul de 27 de setembro de 1999. Em âmbito regional, destacou-se como fonte normativa para a solução deste caso, a Decisão CMC nº 10/94 (Harmonização para a Aplicação e Utilização de Incentivos às Exportações por parte dos Países Integrantes do Mercosul). Esta Decisão, em seu artigo 1º, enuncia a necessária observância das regras multilaterais. Assim prescreve: “los Estados Partes se comprometen a aplicar incentivos a las exportaciones que respeten las disposiciones resultantes de los compromisos asumidos en el ambito del Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT) y en forma compatible con lo dispuesto en la presente Decisión”.

<sup>57</sup> Artigo 1º (1.2.) do ASMC.

<sup>58</sup> Artigo 2º (2.1.) “a” do ASMC (Sem grifo no original). Entende-se ser específico, também, o subsídio destinado a apoiar a exportação ou quando limitado a determinadas empresas localizadas dentro de uma região geográfica delimitada sob a jurisdição da autoridade outorgante (Artigo 2º (2.2.) e (2.3.) do ASMC).

<sup>59</sup> Artigo 3º do ASMC.

<sup>60</sup> [“prohibited subsidies do not require an injury test, their very existence is enough to allow the Committee on Subsidies and Countervailing Measures to authorize

Os subsídios recorríveis, por sua vez, são todos aqueles que, à despeito de assumirem formas diversas daquelas que tipificam os proibidos, produzem danos ou graves prejuízos à indústria doméstica. Sua interdição depende de uma verificação dos efeitos econômicos gerados na produção ou comércio do país prejudicado.<sup>61</sup>

Por fim, os subsídios serão considerados não recorríveis quando não são específicos ou, caso o sejam, cumprem algumas condições estabelecidas no ASMC, a saber: a) destinam-se à assistência de atividades de pesquisa; b) à assistência de regiões desfavorecidas – segundo critérios imparciais e objetivos – e situadas no território de um Estado-membro da OMC dentro de um quadro geral de desenvolvimento regional; ou c) destinam-se à promoção de adaptação de instalações existentes a novas exigências ambientais.<sup>62</sup>

Embora os países Membros da OMC reconheçam o importante papel efetuado pelos auxílios públicos em programas de desenvolvimento econômico, o fato é que o ASMC, ao restringir o campo de ação do Estado na proteção de suas indústrias e na atração de novos investimentos, não esconde a intenção de limitar a concessão desses subsídios e reduzir a intervenção estatal na economia nacional em prol do sistema multilateral de comércio.

Deve-se indagar, portanto, até que ponto a adoção pura e simples das normas contidas no ASMC para o controle das ajudas de Estado no âmbito do Mercosul, poderá vir a engessar o processo de criação normativa no trato de questões concorrenciais próprias de um mercado comum. Para Deisy Ventura, comentando a aplicação do direito da OMC pelo Tribunal Arbitral Ad Hoc do Mercosul, “tal tendência parece inadequada pois os objetivos das normas da OMC não são de integração, mas apenas de liberalização comercial, e não compreendem importantes garantias que devem cercar o processo de integração”.<sup>63</sup>

---

countermeasures”] **Subsidy Regulation and State Transformation in North America, the GATT and the EU**. United States: ST. Martin’s Press, 1997, p. 116.

<sup>61</sup> Nos termos do artigo 5º do ASMC nenhum membro deverá causar, mediante a concessão de subsídios, efeitos adversos aos interesses de outros membros, isto é: “a) daño a la rama de producción nacional de otro Miembro; b) anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para otros Miembros, directa o indirectamente, del GATT de 1994, en particular de las ventajas de las concesiones consolidadas de conformidad con el artículo II del GATT de 1994; c) perjuicio grave a los intereses de otro Miembro”.

<sup>62</sup> Artigo 8º do ASMC.

<sup>63</sup> “A solução de controvérsias no Mercosul: um balanço das três primeiras decisões arbitrais fundadas no Protocolo de Brasília”. In: Lima, Marcos Costa (org.). **O lugar da América do Sul na nova ordem mundial**. São Paulo: Cortez, 2001, p. 452.

Em outras palavras, a implementação de uma política concorrencial no âmbito de um mercado comum deve ter em conta, além da promoção do livre comércio, aspectos de ordem política, cultural e, sobretudo, social. Em razão deste entendimento, Laurence Idot afirma que “dentro do domínio social, o direito da concorrência não pode se aplicar com todo seu rigor habitual”.<sup>64</sup> É neste sentido que no processo integracionista o controle da ajuda estatal é um importante instrumento para o alcance de objetivos sociais mais amplos.<sup>65</sup>

## Conclusão

A conformação de um espaço econômico integrado visando a constituição de um mercado comum, enseja o estabelecimento de regras que orientem tanto os Estados como as empresas na defesa de um ambiente concorrencial. No Mercosul, o TA reconheceu a importância de assegurar-se condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes. No entanto, somente com a entrada em vigor do PDC que se passou a ter uma regulação específica sobre o assunto.

Situadas no marco de uma economia de mercado, as regras concorrenciais estabelecidas neste bloco tentam coibir os atos das empresas e as intervenções do Poder Público na economia que obstaculizem o livre comércio e a livre concorrência. Entretanto, estas regras devem ser aplicadas e interpretadas tendo em vista finalidades sociais mais amplas.

Sendo assim, ao lado dos objetivos de eficiência econômica que se busca quando da interdição dos auxílios públicos como regra geral nos processos de integração, têm-se os objetivos de equidade. Estes visam a redução das assimetrias nos níveis de desenvolvimento econômico e social no espaço intrazona. Para o seu alcance, determinadas ajudas estatais cumprem um papel fundamental por serem um instrumento de atuação do setor público na economia com clara função distributiva.

---

<sup>64</sup> [“dans le domaine social, le droit de la concurrence ne peut s’appliquer avec toute sa rigueur habituelle”] “Droit social et droit de la concurrence: confrontation ou cohabitation? (À propos de quelques développements récents)”. **Revue Europe**. n° 11, nov., 1999, p. 07.

<sup>65</sup> Sobre este aspecto, consultar a abordagem de Carlos Lambarri e Eduardo Fernández Ezkurdia. “Regional Development Guidelines: Do They Really Help Regional Development?”. In. Sanoussi Bilal e Phedon Nicolaidis (Orgs.). **Understanding State Aid Policy in the European Community – Perspectives on Rules and Practice**. Maastricht (Holanda): European Institute of Public Administration, 1999, p. 159.

A coexistência destes objetivos foi assimilada pelo PDC ao estabelecer, em seu preâmbulo, que a defesa da concorrência no Mercosul deve ser “capaz de assegurar o livre acesso ao mercado e a distribuição equilibrada dos benefícios do processo de integração econômica”. Este indicativo certamente deve ser levado em conta quando da elaboração das normas e mecanismos comuns relativos às ajudas de Estado a serem incorporados ao PDC.

Contudo, no Mercosul, devido ao seu caráter intergovernamental, o avanço destas questões dependerá de decisões tomadas por instâncias de natureza político-diplomática. Esta realidade contrasta com os órgãos nacionais de aplicação existentes no Brasil e na Argentina, que se pautam em leis objetivas e com independência no exercício de suas atribuições. O risco de politizar as decisões sobre as regras de mercado no espaço intrabloco é inegável.

Para além das conseqüências resultantes da ausência de uma autoridade supranacional no Mercosul, a eficácia do PDC resta condicionada à elaboração e à aprovação de sua regulamentação. Somente assim se possibilitará o funcionamento do Comitê de Defesa da Concorrência (CDC), bem como se delimitará as competências dos órgãos de aplicação do Protocolo em relação aos órgãos de aplicação nacional quando da observância dos trâmites procedimentais.

A partir do momento em que a implementação e o cumprimento do PDC realizam-se, também, por meio dos órgãos nacionais de aplicação, deve-se considerar que a ausência de legislação específica e de uma estrutura institucional vocacionadas para as questões concorrenciais tanto no Paraguai como no Uruguai, constituem mais um obstáculo a ser superado. Por tudo isto, entende-se que, embora em vigor para o Brasil e para o Paraguai, o PDC, na prática, resta inoperante, desprovido de efetividade.

Não obstante estas ponderações, não há qualquer contradição entre as normas do PDC e os direitos nacionais. As regras de concorrência do Mercosul incidem tão-somente sobre os atos e condutas das empresas e do Poder Público que tenham por objeto ou efeito a distorção da concorrência e que afetem o comércio entre os Estados Partes.

Devido à inexistência de regras sobre as ajudas estatais no direito concorrencial das ordens jurídicas internas dos países do Mercosul, cabe indagar qual direção irá tomar a elaboração destas normas. Se é certo que não podem contrariar as regras do comércio internacional – visto que os Estados Partes são Membros da OMC –, nada impede que as conciliem com estipulações que atendam às peculiaridades da realidade sócio-econômica do Mercosul em consideração aos objetivos integracionistas.

De todo modo, o controle dos auxílios públicos no plano integracionista e na esfera do direito da concorrência trará às ordens jurídicas nacionais o enfrentamento destas questões que, até o momento, são por elas desconhecidas. O direito da integração inova e dá sua contribuição na promoção de uma ordem econômica e social mais justa para os povos envolvidos.

Tendo em vista as assimetrias econômicas e os sérios problemas sociais existentes nos países do Mercosul, a concessão de auxílios públicos ainda é uma medida de política pública bastante recorrente e necessária. Em contrapartida, são incipientes os estudos e pesquisas que se dedicam com mais acuidade ao tratamento deste tema.

No caso do Brasil, a regulamentação desses auxílios contribuiria igualmente para que o princípio da transparência fosse aplicado em matéria de auxílios concedidos pela União e pelos Estados Federados ao setor privado. Suspeita-se de que, mesmo no quadro de um modelo econômico dito neoliberal, o Estado Brasileiro continua transferindo parcela significativa dos recursos públicos à entes privados, sob as mais diversas formas, sobretudo a renúncia fiscal. Urge avaliar os benefícios e prejuízos dessa prática através de análises técnicas fidedignas e de avaliações políticas independentes.

A instituição de instrumentos jurídicos de controle destes auxílios públicos poderá consistir num avanço tanto do ponto de vista legal quanto econômico para a integração e para as próprias ordens nacionais. Neste sentido, entende-se que as ajudas de Estado não são necessariamente incompatíveis com a integração e, por vezes, muito contribuem para a sua evolução. O controle destas medidas por meio do direito da concorrência aplicado no âmbito do Mercosul poderá fortalecer a competitividade das indústrias nacionais, promover o desenvolvimento econômico de forma harmônica e equilibrada e consolidar a integração com justiça social.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BAPTISTA, Luiz Olavo. O Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico. São Paulo: LTr, 1998.

BASALDÚA, Ricardo Xavier. Mercosur y Derecho de la Integración. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

BHAGWATI, Jagdish. Proteccionismo versus Comércio Livre. Tradução por Mário Salviano. Rio de Janeiro: Editorial Nórdica, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CELLI JÚNIOR, Umberto. *Regras de concorrência no Direito Internacional moderno*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

COMISSÃO EUROPEIA. *Vademecum – Règles Communautaires Applicables aux Aides d'État*. Luxembourg: Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000.

COMMUNIER, Jean-Michel. *Le droit communautaire des aides d'État*. Paris: L.G.D.J., 2000.

CROIZIER, Isabelle. *L'Offensive de la CEE contre les Aides Nationales – La récupération des aides nationales octroyées en violation du traité CEE*. Rennes: Apogée, 1993.

FARRERES, Germán Fernández. *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas, 1993.

HOBSBAWM, Eric. *Nações e nacionalismo desde 1870*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

IANNI, Octavio. *Teorias da Globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

IDOT, Laurence. “Droit social et droit de la concurrence: confrontation ou cohabitation? (À propos de quelques développements récents)”. *Revue Europe*. n. 11, nov., 1999, p. 04-08.

LAMBARRI, Carlos; EZKURDIA, Eduardo Fernández. “Regional Development Guidelines: Do They Really Help Regional Development?”. In BILAL, Sanoussi; NICOLAIDES, Phedon (Orgs.). *Understanding State Aid Policy in the European Community – Perspectives on Rules and Practice*. Maastricht (Holanda): European Institute of Public Administration, 1999, p. 159-171.

O'BRIEN, Robert. *Subsidy Regulation and State Transformation in North America, the GATT and the EU*. United States: ST. Martin's Press, 1997.

OLIVEIRA, Gesner. “Aspects of Competition Policy in Mercosur”. *Boletim Latino-americano de Concorrência*. n. 11. dez. 2000, p. 37-41. Disponível na Internet via www. URL: <http://europa.int.eu/comm/dg04/interna/other.htm>.

PASCAR, N. A.; SAA, G. T. de. “Impacto de las Políticas sobre Defensa de la Competencia en los Mercados Integrados”. *Boletim Latino-americano de Concorrência*. n. 8. sep. 1999, p. 20-32. Disponível na Internet via www. URL: <http://europa.int.eu/comm/dg04/interna/other.htm>.

REPÚBLICA FRANCESA. *Vade-Mecum sur les Règles de Concurrence Communautaires Relatives aux Aides Publiques aux Entreprises*. Paris: Bel Canto, 1999.

ROBSON, Peter. Teoria Econômica da Integração Internacional. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1985.

RUIZ, Nuno. “El Derecho y la Política de Competencia Comparados en la Comunidad Europea, el Mercosur y Chile”. Boletim Latino-americano de Concorrência. n. 7, jul. 1999. p. 125-169. Disponível na Internet via www. URL: <http://europa.int.eu/comm/dg04/interna/other.htm>.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998.

SCHINA, Despina. State Aides under the EEC Treaty Articles 92 to 94. Oxford: ESC, 1987.

VENTURA, Deisy. “A solução de controvérsias no Mercosul: um balanço das três primeiras decisões arbitrais fundadas no Protocolo de Brasília”. In LIMA, Marcos Costa (Org.). O lugar da América do Sul na “Sociedade Global”. São Paulo: Cortez, 2001.

## A DEFESA DA CONCORRÊNCIA E O SIGNIFICADO DOS CANAIS DE ESPORTE NAS TV'S POR ASSINATURA

*Vicente Bagnoli*

1 – Introdução; 2 – Aspectos Gerais das TV's por Assinatura no Mundo e no Brasil; 3- O Significado dos Canais de Esporte para a Concorrência: Essencial-Facility; 4 – O Esporte: Cultura e Informação Nacional; 5 – Conclusão; 6 – Referências Bibliográficas.

### 1 – Introdução

A proposta do presente estudo é abordar um tema atual, constantemente noticiado pela imprensa e matéria discutida em diversas jurisdições de defesa da concorrência.

Nossa pesquisa, por essa razão, além do respaldo teórico-doutrinário, como não poderia ser diferente, lança mão a diversas notícias veiculadas recentemente, bem como a muitas decisões nacionais e internacionais de agências antitrustes, que comprovam a relevância da questão dos canais de esporte na concorrência do mercado de tv's por assinatura e justifica o seu estudo.

O serviço de tv por assinatura surge no Brasil na década de 80 como um novo fenômeno no mundo da informação e entretenimento. Nos Estados Unidos da América esse fenômeno já representava uma concorrência ao serviço de TV aberta desde a década anterior.

Em diversos países, as tv's por assinatura representam hoje o fim da hegemonia de grandes redes de televisão, e despontam como importante viabilidade para democratizar os meios de comunicação de massa, oferecendo acesso a diversos canais de conteúdos distintos e atender as mais diversas necessidades da população quanto à informação, cultura e entretenimento. Representa, portanto, considerável instrumento de aprimoramento da cidadania.

As diferenças determinantes entre tv's por assinatura<sup>1</sup> e tv's abertas estão na variedade da programação oferecida, na forma como é feita a transmissão, na quantidade de canais disponibilizados e na qualidade da recepção do som e da imagem. Porém, o grande diferencial, talvez determinante para o

---

<sup>1</sup> Também chamadas tv's fechadas.

consumidor, é que a tv por assinatura é paga (pay tv), enquanto a tv aberta é gratuita.

Assim, diferentemente do que ocorre com a tv aberta, na qual o sinal é de recepção livre, a tv por assinatura exige a utilização de equipamento especial para a recepção e decodificação dos sinais.

Antes de prosseguirmos, entendemos necessário esclarecer que o mercado de televisão<sup>2</sup> é basicamente composto de três vertentes: (i) as operadoras de tv's por assinatura, distribuidoras de programação multicanal por meio de tecnologias de tv a cabo, MMDS (microondas) e DTH (satélite)<sup>3</sup>; (ii) as programadoras, empresas que produzem e disponibilizam programação pelos canais abertos e de televisão por assinatura; e (iii) as concessionárias de tv's abertas, que são as emissoras conhecidas como redes e oferecem serviço gratuito ao consumidor, que necessita apenas do aparelho de televisão para a captação do sinal<sup>4</sup>.

## **2 - Aspectos Gerais das TV's por Assinatura no Mundo e no Brasil**

O surgimento da tv por assinatura foi na década de 50 nos Estados Unidos da América, por uma simples razão: a impossibilidade de em várias localidades norte-americanas captar os sinais das tv's abertas. As pioneiras tv's a cabo instalavam antenas potentes de captação dos sinais das tv's abertas em lugares distantes e distribuíam esses sinais por meio do cabo.

Na década de 70, com o advento dos satélites geo-estacionários, os canais de tv por assinatura ganham alcance em todo o território norte-americano, iniciando-se a "indústria" da tv a cabo com as feições atuais. Não demora muito e as tv's abertas percebem o potencial de uma nova concorrente. Começa uma disputa por mercado que envolve o órgão regulador norte-americano, a "Federal Communications Commission" ("FCC").

A "FCC", preocupada em viabilizar as condições necessárias para uma competição saudável entre as tv's abertas e as tv's a cabo, adota alguns mecanismos objetivando assegurar a diversidade de informação e a democratização dos meios de comunicação, evitando também a formação de monopólios de geração de conteúdo.

Essas medidas evitaram a concentração de conteúdo ou da distribuição por um pequeno número de empresas, estimulando a competição e pro-

---

<sup>2</sup> O mercado nacional de televisão por assinatura conta atualmente com aproximados 3 milhões de assinantes.

<sup>3</sup> No Brasil as operadoras atuam mediante outorgas concedidas pela ANATEL.

<sup>4</sup> No Brasil as concessionárias de tv's abertas recebem a concessão do Governo Federal para oferecer um serviço de interesse público.

porcionando ao consumidor acesso a produtos de boa qualidade sem cobrança adicional.

O resultado de todos esses esforços foi uma sadia competição entre tv's abertas e fechadas e o imenso crescimento da indústria de tv por assinatura nos Estados Unidos da América, que conta hoje com mais de 70 milhões de lares conectados aos diversos sistemas.

A Europa também passou por uma reestruturação no setor da difusão televisiva, atribuindo especial relevância à política da concorrência, que deve estimular e adequar estruturas e tecnologia e contribuir para a competitividade das empresas do setor.<sup>5</sup>

No Brasil a tv por assinatura tem início na década de 80 com uma pequena distribuição de concessões, as quais acabaram sendo adquiridas por alguns grupos, como as Organizações Globo (Globo), a Multicanal e o Grupo Abril (Abril). Nesta primeira fase o Ministério das Telecomunicações fez outorgas nas principais cidades do Brasil, como São Paulo, Rio de Janeiro, Porto Alegre, Brasília, Belo Horizonte, Curitiba e outras capitais. Em algumas cidades, como São Paulo e Rio de Janeiro, foi outorgada mais de uma licença.

A não exclusividade territorial, que possibilitava o confronto entre operadoras de tv por assinatura pelos mesmos assinantes em algumas grandes cidades, como São Paulo e Rio de Janeiro, gerou disputas por conteúdo exclusivo entre os grupos dominantes Globo e Abril no início do desenvolvimento desse mercado.

Além da geração de conteúdos próprios, os dois grupos brigavam pela contratação de canais e conteúdos gerados no exterior. Evidentemente, os custos de programação tornaram-se absurdamente caros.

A consequência recaiu sobre o assinante (consumidor), que restou prejudicado com a disputa. Não bastasse o alto valor do serviço para os padrões nacionais, o assinante estava impossibilitado de receber toda a programação disponível no mercado nacional.

### **3- O Significado dos Canais de Esporte para a Concorrência: Essential- Facility**

---

<sup>5</sup> “La Commissione nell’ambito di una strategia comunitaria per risanare durevolmente il settore audiovisivo attribuisce particolare rilievo alla politica della concorrenza, che deve stimolare gli adeguamenti strutturali e tecnologici e contribuire alla competitività delle imprese europee del settore”. Commissione Europea, Libro verde sulle scelte strategiche per potenziare l’industria europea dei programmi nell’ambito della politica audiovisiva dell’Unione europea, p. 39 s. in MAZZA, Rita. *Diffusione Televisiva e Disciplina Comunitaria Della Concorrenza*. 2ª edição, Turim: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 47.

Juntamente com canais de filmes, os canais de esporte são os mais procurados pelos assinantes de tv's por assinatura, constituindo fator decisivo para escolha da operadora e do sistema de tv por assinatura<sup>6</sup>.

A tv por assinatura, qualitativamente melhor que as redes abertas, especificou-se em oferecer a um público seletivo exatamente a programação de seu interesse particular. Neste sentido, a tv por assinatura no Brasil diferenciou-se da aberta, principalmente pelo volume menor de propagandas veiculadas em sua programação, algo inviável na tv aberta, além da melhor qualidade de som e imagem.

Assim a tv por assinatura não representa uma concorrente à tv aberta, e desponta como item complementar ao entretenimento das classes A e B da população, principalmente.

Nessa linha, o estilo de programação permite à tv por assinatura alcançar diretamente as linhas de interesse do perfil do seu assinante. Evidentemente, as transmissões de eventos esportivos ganham destaque, repercutindo diretamente na relevância dos canais de esporte e, conseqüentemente, seu diferencial para a concorrência.<sup>7</sup>

Considerando, ainda, que certamente em qualquer lugar do mundo as transmissões esportivas significam a audiência de milhares de telespectadores, a oferta de canais de esporte em tv's por assinatura representa enorme aceitação do público. Pode-se então concluir que a operadora de tv por assinatura que oferecer a maioria ou os melhores canais esportivos, indubitavelmente terá imensa vantagem concorrencial.

Por essas razões, um canal de evento esportivo que desponte como único, ou seja, aquele que reúne as relevantes transmissões esportivas características de determinado mercado, despontará não apenas como um diferencial

---

<sup>6</sup> Pesquisa de mercado realizada pelo IBOPE em março/abril de 2000, consultando 15.396 pessoas; divulgada pela publicação especializada Pay-TV Survey, edição de julho de 2000.

<sup>7</sup> "Also, the technological development of TV has contributed to the growth. We have seen the appearance of cable and satellite distribution of TV signals. We experience digitalisation, which opens up new possibilities to create pay-TV channels. The Internet is likely to enhance this development in the future.

This new multitude of TV operators all compete for arguments to persuade viewers to pay directly for TV services, which the viewer used to be getting for "free" by simply paying a annual fee. Experience shows that sport and first run (Hollywood) feature films are the most efficient type of content to persuade viewers to pay for the new TV services which have been established at a significant cost". Schaub. Sports and Competition: Broadcasting Rights of Sports Events. Jornada día de la competencia, 26/02/2002, Madrid. p. 3 e 4.

na concorrência, mais que isso, pode significar até mesmo fator determinante para a exclusão de operadoras concorrentes que não oferecem o canal que não possui substituto.<sup>8</sup>

Verifica-se, então, estarmos diante de uma *essential-facility*<sup>9</sup>, ou seja, uma estrutura ou infra-estrutura essencial para disputar consumidores e fundamental para assegurar o prosseguimento das atividades dos agentes no mercado, já que não pode ser replicado, ou substituído, por nenhum meio razoável disponível.

A doutrina do *essential-facility*, como não poderia ser diferente, tem grande utilização nos Estados Unidos da América<sup>10</sup>, onde entendem que as

---

<sup>8</sup> “Sports coverage on television exhibits certain particular characteristics: First, sport is an ephemeral product. Viewers are mainly interested in live broadcasts. Next, substitution is difficult. A viewer who wants to see a given event is unlikely to be satisfied with coverage of another event. Finally, the concentration of rights in the hands of sports federations reduces the number of rights available. Moreover, availability of rights is reduced still further by an increasing number of TV rights contracts being concluded on an exclusive basis for a long duration, or covering a large number of events. This strengthens the market position of the most important broadcasters because they are the only operators who are able to bid for all the TV rights sold in large packages.

Here, one can find all the ingredients typical for anti-competitive effects impeding the access to the TV markets and the development of new media markets. The Commission is also concerned about a possible negative impact on the structure of the TV market towards an even higher concentration. As you know, we aim at enhancing consumer choice.

Currently, the Commission is concentrating efforts on two particular issues: joint selling and buying of TV rights and the exclusivity granted in respect of those rights”. SCHAUB. Sports and Competition: Broadcasting Rights of Sports Events. Jornada día de la competencia, 26/02/2002, Madrid. p. 4 e 5.

<sup>9</sup> Conforme escreve Rita Perez acerca das *essential-facilities*, “dottrina elaborata dalla giurisprudenza statunitense e secondo taluni applicata anche nel diritto comunitario e in quello nazionale, in base alla quale alcune tipologie del rifiuto di contrarre vengono ritenute abusive qualora ricorrano le seguenti condizioni: a) un operatore controlli un’infrastruttura essenziale per consentire ai concorrenti l’accesso al mercato; b) vi sia l’impossibilità (pratica) di duplicare l’infrastruttura; c) l’operatore proprietario rifiuti di condividere l’infrastruttura con i concorrenti; d) vi sia la possibilità tecnica (di fatto) di accedere all’infrastruttura”, in *Telecomunicazioni e Concorrenza*, Milão: Giuffrè Editore, 2002. p. 487.

<sup>10</sup> “Essential-facilities are another issue which is particularly likely to arise in cases concerning the regulated industries and the Chapter II prohibition. An essential-facility is a service or piece of infrastructure, without access to which a competitor is unable to compete in some down-stream market, and which facility it is commercially infeasible, economically inefficient and undesirable for the competitor to replicate.

essential-facilities representam uma vantagem adicional que é particularmente propícia a acontecer em casos relacionados a atividades regulamentadas. Uma essential-facility é um serviço ou peça infra-estrutural que a restrição ao seu acesso impossibilitaria um concorrente de competir em determinados mercados, e cuja comercialização é impossível, economicamente ineficiente e indesejável para o competidor replicar.

A história da atuação e controle da Comissão Européia de Concorrência (DG-4), apesar muito mais recente do que a experiência norteamericana, oferece exemplos que demonstram a importância dos canais de esporte na concorrência.

Em seu 21º Relatório Anual de Concorrência, de 1991, a Comissão traçou diretrizes relacionadas à integração vertical, e considerou que a empresa concentrada poderia restringir o acesso à consumidores e distribuidores, e com isso tornar-se dominante ou reforçar sua dominação.

No caso British Interactive Broadcasting a decisão exemplifica a ação da Comissão para assegurar que o poder de mercado não seria estendido de uma arena para outra sem impor excessivas condições para que se preservasse a efetiva concorrência. Este caso envolvia uma joint venture entre a BT, a líder do Reino Unido em carregar transmissões, e a BSkyB, uma transmissora de programação de tv paga promotora de tv paga interativa digital.

Como condição de aprovação, a BSkyB concordou em distribuir canais de filmes e, como não poderia ser diferente, canais de esportes em bases não discriminatórias e na forma individual da escolha do consumidor de maneira a prevenir possíveis vendas por atacado de “pacotes” (bundling) de canais que ocorreria em detrimento dos concorrentes.

Interessante também constatar situações análogas na Comunidade Européia ao que ocorre no mercado brasileiro, uma vez que, como no Brasil, naquele mercado não há uma regulação precisa do setor de tv's por assinatura e, reconhecidamente, os eventos esportivos possuem imensa relevância social, em especial o futebol.

No caso da União Européia pode-se traçar um paralelo com o Brasil com alta probabilidade de eficácia em matérias de esporte, negociação e transmissão dos eventos esportivos. Portanto, a comparação das formas de negociação e seus impactos nos mercados europeu e brasileiro é totalmente pertinente, e implica a relevância do aspecto concorrencial para a análise.

---

The OFT Guideline on the Chapter II Prohibition states that utility distribution networks and some telecommunications networks may potentially constitute essential facilities” in FLYNN & STRATFORD, *Competition: Understanding the 1998 Act*. Bembridge, Palladian Law Publishing: 1999, p. 187.

Talvez pela sua maior tradição e experiência na defesa da concorrência, encontra-se na doutrina e jurisprudência da União Européia conteúdo precioso que auxilia para se entender a defesa da concorrência e o significado dos canais de esporte nas tv's por assinatura.

Para tanto, cumpre ressaltar, que no mercado das tv's pagas, tanto no Brasil quanto na Europa, os eventos esportivos, além de filmes, constitui fator essencial na disputa por audiência, já que é universalmente aceito que filmes e eventos esportivos são os mais populares produtos da tv paga, constituindo verdadeiros 'condutores' das tv's por assinatura.<sup>11</sup>

Porém, importante destacar que o esporte, notadamente o futebol, se sobrepõe aos filmes em relevância e essencialidade para a concorrência de tv's por assinatura. Tal afirmação parte da entrevista concedida pelo próprio Chefe da Divisão de Mídia do Departamento Antitruste da Comunidade Européia, Herbert Ungerer, ao jornal Folha de São Paulo, em 23 de setembro de 2001.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> "It is universally accepted that films and sporting events are the two most popular pay-TV products. It has been acknowledged by the Commission in a previous Decision that it is necessary to have the corresponding rights in order to put together programmers that are sufficiently attractive to persuade potential subscribers to pay for receiving television services. Films and sport are therefore pay-TV's 'drivers'. There is no need for the purposes of this case to determine whether separate markets exist for film broadcasting rights and rights to broadcast sporting events. As far as films are concerned, the rights for pay-TV are available separately from those for other broadcasting 'windows', such as free to air and pay-per-view. Pay-TV rights may be exploited prior to free to air broadcasting rights. No distinction is made according to whether the rights are to be exploited through analogue or digital transmission. Rights to sporting events are also broken down into rights for broadcasting in clear, pay-TV and pay-per-view." in Official Publications of the European Communities, L-2985 Luxembourg, Case No COMP/JV.37-BSKYB/KIRCH PAY TV. Regulation (EEC) n°4064/89 – Merger Procedure, p. 8.

<sup>12</sup> "Folha - Por que a exclusividade da transmissão esportiva provoca tanta reação? Ungerer - O futebol é mais importante para a competição no mercado de TV do que os filmes. O interesse empresarial pela transmissão de eventos esportivos não tem similar. Há outros eventos importantes, como os Jogos Olímpicos, mas são eventuais. Minha opinião pessoal é que sem o acesso à transmissão de esporte não pode haver sucesso para as novas plataformas, como a internet e a comunicação multimídia de terceira geração, que vão juntar o telefone celular, o computador e a TV no mesmo aparelho".

Além do mais, como no Brasil, o esporte na Comunidade Européia constitui fator de natureza essencial à atividade das tv's pagas e matéria de relevante interesse social.<sup>13</sup>

Na União Européia, a negociação de direitos e a transmissão dos eventos esportivos do setor são pautadas na compra, venda e transmissão dos eventos. Primeiramente, a Comissão de Concorrência (DG-4) leva em consideração a possibilidade, ainda que remota, da negociação conjunta em regime de exclusividade dos direitos sobre os eventos esportivos. Depois, especificamente no caso da transmissão dos eventos, a atenção da Comissão está na forma de comercialização. Assim, na hipótese de posse exclusiva dos direitos de transmissão, usualmente utiliza-se o sub-licenciamento.<sup>14-15</sup>

---

<sup>13</sup> "(...) sport is not only an economic activity, it also a social activity practiced by millions of amateurs and one of which plays a positive role in society: improvement of health, recreation, bringing people together and also training for young, notably in difficult social areas. A part of these social aspects of sport is financed by resources coming from economic activities: resources from the strongest clubs, television rights and sponsoring. Thus some form of redistribution of resources from the top to the bottom of the sporting pyramid is to be welcomed." In European Commission, Directorate-General IV (DG-IV)– Competition, Fordham Corporate Institute, Twenty-sixth Annual Conference on INTERNATIONAL ANTITRUST LAW & POLICY, New York, 14-15 October 1999, SPORT AND EUROPEAN COMPETITION POLICY, by Jean-François Pons – Deputy Director General, p.6.

<sup>14</sup> "The Commission recognises that the granting of broadcasting rights for sport events on an exclusive basis is an established commercial practice. It enhances the value of TV rights of sport events, particularly as interest in, and therefore the value of, sport events is ephemeral. We consider that exclusive contracts for a single sport event or for one season in a given championship would not normally pose any competition problem. However, exclusivity of a longer duration and for a wide range of rights can restrict competition, as it is likely to lead to market foreclosure. This is particularly the case if the broadcaster is in a dominant position or if the market is oligopolistic in nature.

Such cases are characterised by a combination of joint selling with exclusivity. This aggravates the competition problems because it generally results in only one broadcaster getting all the (valuable) TV-rights to the exclusion of all other broadcasters and often not all rights are exploited. This reduces output by limiting the availability of TV rights". Schaub. Sports and Competition: Broadcasting Rights of Sports Events. Jornada día de la competencia, 26/02/2002, Madrid. p. 6 e 7.

<sup>15</sup> "When exclusivity is likely to lead to the foreclosure of access to the TV markets, remedies can be envisaged to limit the damage caused to third parties' access to these markets. A sub-licensing system may be a possible remedy. However, the mere establishment of a sub-licensing system is not in itself a satisfactory solution. The terms must be fair, reasonable and non-discriminatory so that the sub-licensees get a real

Quanto à possibilidade ou não de negociação conjunta em regime de exclusividade dos direitos relativos aos eventos esportivos, existem recomendações expressas na legislação e na tradição europeia quanto à probabilidade de se caracterizar anticompetitiva essa forma de negociação. Ou seja, para a Comissão Europeia é recomendável<sup>16</sup> a negociação dos direitos referentes aos eventos esportivos de maneira individual e, excepcionalmente, a negociação coletiva dos eventos.

Por essas razões, a Comissão Europeia estabelece certos indicadores mínimos para decidir pela adoção da regra geral, qual seja, a comercialização individual, ou pela exceção, a negociação coletiva. Tais indicadores se fazem mais presentes e visíveis em determinadas situações aplicadas aos contratos de negociação de direitos sobre os eventos, destacando-se: (i) verificar se é muito longa a duração dos contratos; (ii) verificar se a quantidade e a importância dos eventos contratados são altas, tanto em termos relativos como absolutos; (iii) verificar o número de telespectadores interessados nos eventos e a eventual substitutibilidade desses eventos; (iv) verificar a existência de outras operadoras/emissoras em condições de proceder nas transmissões dos eventos; (v) verificar a relevância publicitária dos eventos contratados; (vi) verificar a totalidade dos eventos esportivos contratados para transmissão exclusiva da empresa operadora/transmissora; (vii) verificar os custos envolvidos na transmissão televisiva dos eventos contratados; e (viii) verificar se há possibilidade de outras empresas desse setor em filmar os eventos.<sup>17</sup>

---

chance to compete on the market”. Schaub. *Sports and Competition: Broadcasting Rights of Sports Events*. Jornada día de la competencia, 26/02/2002, Madrid. p. 8.

<sup>16</sup> “I also recall that certain national competition authorities have reached their own conclusions on the question of collective selling. This has the case in Germany, the Netherlands, the United Kingdom and Italy. Most of this authorities encouraged the individual sale of rights; nevertheless, in July 1999, the UK Restrictive Practices Court decided that the collective selling of broadcasting rights by the Football Association Premier League Ltd was a restriction within the terms of the 1976 Act, but that this restriction was not contrary to the public interest.”; p.17 - “At this stage, the preliminary opinion of the Commission services is that a joint selling agreement restricts competition in three ways; first, it is a price fixing mechanism, second, it limits the availability of rights to football events and third, it strengthens the market position of the most important broadcasters because they are only operators who are able to bid for all the rights in a package.” European Commission, Directorate-General IV (DG-IV)– Competition, Fordham Corporate Institute, Twenty-sixth Annual Conference on INTERNATIONAL ANTITRUST LAW & POLICY, New York, 14-15 October 1999, SPORT AND EUROPEAN COMPETITION POLICY, by Jean-François Pons – Deputy Director General, p.16.

<sup>17</sup> in MEDIA, MULTIMEDIA AND EUROPEAN COMMUNITY ANTITRUST LAW, p.38.

Interessante destacar o posicionamento da Comissão Européia, segundo o qual, geralmente em negociações de eventos esportivos, a exclusividade na longa duração dos contratos e no elevado número de direitos negociados, constituem situações potencialmente nocivas à livre concorrência, podendo representar fortes barreiras à entrada de novos concorrentes<sup>18</sup>.

No caso KNVB/Sport 7, por exemplo, a Comissão Européia não concordou com o acordo pretendido pelas partes, por entender que sua longa duração poderia ocasionar sérios danos à concorrência no setor, uma vez que a concessão pela KNVB, a associação holandesa de futebol, de uma licença exclusiva para uma nova transmissora, Sport 7, por sete anos, encontrava-se inviabilizada pelo Artigo 81(1) e não poderia ser isenta porque eliminava toda competição pelos direitos por um período longo demais. Além disso, o processo de renegociação no final do contrato deixava em posição de vantagem a Sport 7, visto que poderia corresponder o lance de seus competidores; esse tipo de cláusula assim chamada ‘Cláusula Inglesa’ distorce a competição e não permite uma re-locução dos direitos no término da exclusividade.

Evidentemente, não são todos os contratos de longa duração que nunca se justificam. O caso de uma nova operadora no mercado, por exemplo, requer tal modalidade de contrato para garantir a sua entrada com sucesso no mercado de televisão. Outra situação, é o caso da operadora que procura desenvolver uma nova tecnologia, a qual requer grandes investimentos.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> The Commission has already had occasion to say that exclusive contracts for a sporting event or for one season in a given championship do not normally pose any competition problem. The situation has to be examined in more detail when the exclusivity is of long duration or cover a large number of rights, because this might have an effect of foreclosing a competitor’s access to these rights.” in European Commission, Directorate-General IV (DG-IV)– Competition, Fordham Corporate Institute, Twenty-sixth Annual Conference on INTERNATIONAL ANTITRUST LAW & POLICY, New York, 14-15 October 1999, SPORT AND EUROPEAN COMPETITION POLICY, by Jean-François Pons – Deputy Director General, p. 14.

<sup>19</sup> “In the case KNVB/Sport 7, the Commission considered that the granting by KNVB, the Dutch football association, of an exclusive license to a new broadcaster, Sport 7, for the duration of seven years was caught by article 81(1) and could not be exempted because it eliminated competition for the rights for too long a period. In addition, the renegotiation process at the end of the contract gave Sport 7 an advantage because it could match the bid of its competitors; this kind of so called ‘English clause’ distorts competition and does not allow a real reallocation of the rights at the end of the exclusivity. This does not mean that contracts of long duration are never justified. Such is the case when a new operator requires such a contract to ensure successful entry into the television market. It is also the case when an operator wishes to develop a new technology, which requires heavy investments.” in European Commission, Directorate-General IV (DG-IV)– Competition, Fordham Corporate Insti-

Os direitos sobre os eventos esportivos, dos quais se destacam os direitos de transmissão e os direitos sobre o marketing, uma vez concentrados num grupo reduzido de agentes econômicos, e considerando sua importância social e econômica, estão inseridos no que se denomina “bottle neck”<sup>20-21</sup>, e representam os principais ganhos do setor.

Trata-se de um fenômeno cujo acesso a um determinado insumo ou produto, essencial para a prestação de determinado serviço, é concentrado em uma só via, ou seja, cujo controle é praticado por um único agente. Nesses casos, a única alternativa pró-concorrencial é que o agente ceda parte do acesso desta essencialidade, sem qualquer discriminação de preços e a oferta dessa essencialidade seja garantida a todos que queiram concorrer nesse segmento.

Evidentemente, tal conceituação tem aplicação direta no caso dos canais de esporte nas tv’s por assinatura. Caso contrário, estando o acesso à transmissão de eventos esportivos inviabilizado de forma discriminatória, o agente econômico estaria agindo de forma dissonante ao postulado nos diplomas de defesa da concorrência de diversos países, inclusive no Brasil e Estados Unidos da América. No caso da União Européia, a Comissão de Concorrência recomenda como alternativa pró-competitiva o sub-licenciamento da transmissão dos eventos considerados exclusivos, mesmo não sendo essa a solução para todos os problemas concorrenciais nas transmissões de eventos esportivos<sup>22</sup>.

---

tute, Twenty-sixth Annual Conference on INTERNATIONAL ANTITRUST LAW & POLICY, New York, 14-15 October 1999, SPORT AND EUROPEAN COMPETITION POLICY, by Jean-François Pons – Deputy Director General, p.15.

<sup>20</sup> Estrangulamento ou gargalo de acesso.

<sup>21</sup> MCI Communications corp. v. American Tel. & Tel. Co., 708 F. 2d. 1081 (7th Circuit), 464 U.S. 891 (1983), a Corte afirmou que: “A monopolist’s refusal to deal under these circumstances is governed by the so-called essential facilities doctrine. Such a refusal may be unlawful because a monopolist’s control of an essential facility (sometimes called bottleneck) can extend monopoly power from one stage of production to another, and from one market into another. Thus, the antitrust laws have imposed on firms controlling an essential facility the obligation to make the facility available on non discriminatory terms”.

<sup>22</sup> “In other cases, competition law can require certain amendments. A possible remedy could be to require broadcasters to share the rights they have obtained with third parties, in order to reduce the anti-competitive effect. However, a sub-licensing system should not be regarded as a satisfactory solution to all competition problems posed by the broadcasting of sports events.” in European Commission, Directorate-General IV (DG-IV)– Competition, Fordham Corporate Institute, Twenty-sixth Annual Conference on INTERNATIONAL ANTITRUST LAW & POLICY, New York, 14-15 October 1999, SPORT AND EUROPEAN COMPETITION POLICY, by Jean-François Pons – Deputy Director General, p. 16.

O Diretor da Comissão de Concorrência da União Européia, John Temple Lang, e professor da Trinity College Dublin, abordando a temática do sub-licenciamento de eventos esportivos, negociados coletivamente em regime de exclusividade<sup>23</sup>, assinala que uma política clara de sub-licenciamento deve reduzir significativamente os efeitos anticompetitivos da exclusividade. O sub-licenciamento pode ser imposto pela Comissão como uma condição da autorização pelo Art. 85 (3), para garantir que a quarta condição do Art. 85 (3) seja atingida. Mas o valor do sub-licenciamento depende inteiramente dos termos das sub-licenças. Sub-licenças podem ser concedidas para quem quer que as peçam, e preços excessivos ainda podem ser cobrados. É desejável, mas não suficiente, que os termos sejam conhecidos de antemão, e não sejam discriminatórios.

E prossegue o Diretor da Comissão de Concorrência apontando que para o sub-licenciamento tornar-se importante, as licenciadas devem receber algo de valor real: o proprietário dos direitos exclusivos não deve integralmente reter o que possui de mais valioso, ou cobrar muito por este mesmo objeto. Mesmo que as sub-licenças sejam necessárias, a Comissão pouco provavelmente determinaria os seus termos, que podem incluir pagamento, acesso a material não editado, embargos a transmissão ao vivo, ou transmissão em horários pré-determinados, bem como o interesse e importância dos eventos sub-licenciados. Haveria, usualmente, várias categorias de sub-licenças em potencial. Se isso for regulado, como uma condição para uma isenção individual, na prática seria feito por um órgão regulador nacional, e não pela Comissão.

---

<sup>23</sup> “The next issue is sublicensing, by the broadcaster having exclusive rights, of the right to broadcast the event. A clear sublicensing policy might reduce the anti-competitive effects of exclusivity significantly, and sublicensing might be imposed by the Commission as a condition of authorisation under Art.85(3), to ensure that the fourth condition of Art.85(3) is fulfilled. But the value of sublicensing depends entirely on the terms of the sublicenses. Sublicenses may be granted to every one who asks for them, and excessive prices may still be charged. It is desirable, but not sufficient, that the terms should be known in advanced, and non-discriminatory. If sublicensing is to be important, the licenses must get something of real value: the owner of the exclusive rights must not keep all the valuable for itself, or charge too much for them. Even if sublicenses are necessary, the Commission would be unlikely to get involved in determining their terms, which might include payment, accesses to unedited material, embargos on live transmission or transmission at particular times, and the interest and importance of the events sublicensed. There would usually be several categories of potential sublicenses. If this had to be regulated, as a condition for an individual exemption, it would be done by a national regulator, in practice, not by the Commission.” in *Media, Multimedia and European Community Antitrust Law*, p.54.

Em conformidade com os ensinamentos do Prof. John Temple Lang, não é difícil encontrar a aplicação desse mecanismo de sub-licenciamento e do cuidado da Comissão Européia com os contratos de exclusividade que envolvam partes detentoras de alto poder de mercado. Nesse sentido, cumpre lembrar alguns casos paradigmáticos como a concentração nos setores de telefonia, TV paga e serviços a cabo envolvendo EBU (European Broadcasting Union) Eurovision e Telefonica/Sogecable, e os de campeonato de futebol espanhol envolvendo Telefonica/Sogecable e Audiovisual Sport e a questão da Copa da UEFA, inclusive citada e comentada por Herbert Ungerer, Chefe da Divisão de Mídia da Comissão Européia (DG-4), em entrevista concedida ao jornal Folha de São Paulo, em de 23 de setembro de 2001.

No caso EBU Eurovision, a EBU, detentora de direitos em regime de exclusividade sobre eventos esportivos foi obrigada a sub-licenciar tais direitos a quem não era seu associado, ou seja, participantes do segmento de transmissão de eventos esportivos que não fizeram parte da contratação dos direitos, sequer da associação da EBU.

Considerando a desigualdade de condições entre aqueles que eram membros da EBU e aqueles que não eram membros com relação ao acesso à transmissão de tais direitos, entendeu a Comissão Européia que a licença para a negociação em caráter de exclusividade seria concedida desde que a EBU viabilizasse à quem interessasse, o acesso à parte relevante dos direitos em tempo hábil e em termos razoáveis, como preço justo e condições viáveis.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> “On 11 June 1993 the Commission adopted a decision pursuant to Article 81(3) EC granting a conditional exemption until 25 February 1998 to the notified EBU’s provisions. The exemption was granted subject to the operation by EBU of a scheme whereby the jointly acquired television rights to sport events could be sub-licensed to third parties. In its decision the Commission decided that the system was in breach of article 81(1) because it significantly restricted the extent to which members of the EBU competed among themselves for sports rights. In addition it placed members at an advantage over non-members unable to participate in the cost savings achieved by the Eurovision (EBU) system. Nevertheless, an exemption was granted conditional upon the EBU and its members accepting an obligation to grant non-members sub-licenses for a significant part of the rights and on reasonable terms.” in European Commission, Directorate-General IV (DG-IV)– Competition, Fordham Corporate Institute, Twenty-sixth Annual Conference on INTERNATIONAL ANTITRUST LAW & POLICY, New York, 14-15 October 1999, SPORT AND EUROPEAN COMPETITION POLICY, by Jean-François Pons – Deputy Director General, p. 18.

Já no caso Telefonica/Sogecable a Comissão Européia rejeitou a operação por entender que a joint venture proposta reduziria significativamente a concorrência nos mercados de telefonia, tv's paga e cabo e serviços.<sup>25</sup>

Em outro caso envolvendo as empresas Telefónica/Sogecable/Audiovisual Sport, no qual se analisava o impacto nas estruturas do mercado europeu de transmissão dos eventos esportivos envolvendo futebol, permitimo-nos a reproduzir o que ressaltou o atual Presidente da Comissão Européia, Mario Monti, no XXX Relatório de Política de Concorrência da Comunidade Européia – 2000, Comissão Européia – Divisão Geral de Concorrência, p. 4 e 32:

“No caso Telefonica/Sogecable/Audiovisual Sport, que implicava o mercado dos direitos de futebol para a televisão por assinatura em Espanha, a intervenção da Comissão pôs termo ao acordo que fixava o preço da assinatura para a transmissão televisiva dos jogos de futebol em Espanha. No início de Setembro de 2000, quando do início da nova época de futebol, era evidente a existência de uma concorrência muito acentuada entre as empresas de radiodifusão sob a forma de promoções baseadas na oferta de jogos de futebol. Apesar destas promoções cessarem nos novos assinantes, houve indícios de que alguns operadores de cabo reduziram os preços de forma significativa para todas as categorias de clientes. Posteriormente o operador terrestre digital espanhol reduziu até 50% os preços dos jogos de futebol transmitidos através da televisão por assinatura. Graças à intervenção da Comissão, os consumidores beneficiarão igualmente de um leque de escolha mais vasto: os direitos de futebol que anteriormente só podiam ser adquiridos pelos operadores da televisão digital via satélite passaram a estar disponíveis para outras empresas de radiodifusão, o que alargou de forma substancial a oferta de jogos de futebol no âmbito dos três sistemas de distribuição digital (satélite, terrestre e por cabo).”

A questão da essencialidade dos eventos esportivos em tv's por assinatura fica ainda mais evidente no item 220 do citado Relatório, p.53 e 54, que diz:

---

<sup>25</sup> “In 1996 a joint venture was notified by Telefonica, the Spanish telecommunications company, and Sogecable, a subsidiary of Canal+, the French pay-TV company. The aim was to provide television and audiovisual services by cable in Spain. The Commission objected, and the joint venture was abandoned. The Commission believed that the joint venture would have reduced competition too much in several markets for telephony, pay-TV and cable services. Since the joint venture was called off, no formal Commission decision was taken. This was the fifth big media concentration to be stopped by the Commission.” in LANG, John Temple. *Media Multimedia and European Community Antitrust Law*. p. 67 e 68.

“A concessão de licenças relativas aos direitos de radiodifusão de eventos desportivos constituiu, uma vez mais, uma importante fonte de preocupação no domínio da concorrência. Para além da Fórmula 1, houve um trabalho considerável no sector do futebol. Entre os processos neste âmbito, o maior destaque foi concedido ao caso da Telefonica/Sogecable/Audiovisual Sport, em que a Comissão formulou uma comunicação de acusações nos termos do n.º 6 do artigo 15 do Regulamento n.º 17, com vista a suprimir a imunidade de que beneficiavam a Telefonica e a Sogecable em matéria de coimas, por terem notificado o seu acordo. Na sequência da comunicação de acusações, as partes concluíram uma série de acordos em matéria de concessão de sub-licenças, que eliminaram a necessidade de adotar uma decisão formal. Prossegue a análise quanto ao fundo da questão.”

Merece ainda destaque, no que se refere à exclusividade e à longa duração dos contratos relativos a eventos esportivos, o que disse em entrevista concedida por Herbert Ungerer, em 23 de setembro de 2001, ao jornal Folha de São Paulo:

“(…) Temos um regulamento que autoriza os países membros a determinar o livre acesso aos eventos esportivos mais importantes, e eles têm de ser transmitidos por pelo menos um canal de tv aberta.

Dois casos envolvendo exclusividade para transmissão de campeonatos de futebol estão sendo analisados pela comissão. O primeiro foi aberto contra a UEFA, entidade que controla o futebol europeu, por ter vendido os direitos de transmissão dos campeonatos, por período muito longo, a apenas uma emissora por país. A comissão não concorda com essa prática, abriu investigação baseada na lei antitruste e expressou publicamente sua preocupação com o fato de os direitos serem negociados pelas ligas.

O segundo caso aconteceu na Espanha. Foi aberto um procedimento, também baseado na lei antitruste, contra a Telefónica e a Sogecable, que se associaram para ter exclusividade de transmissão dos jogos da liga espanhola para o Canal Plus, ‘tv paga por satélite’. A comissão concluiu a primeira parte do processo e mandou que as demais tv’s por assinatura tivessem acesso aos campeonatos”.

Ainda manifestando-se acerca da exclusividade nas transmissões esportivas, o que revela constituir uma essencial-facility no mercado de tv’s por assinatura, Herbert Ungerer afirmou que:

“O futebol é mais importante para a competição no mercado de TV do que os filmes. O interesse empresarial pela transmissão de eventos esportivos não tem similar. Há outros eventos importantes, como os Jogos Olímpicos, mas são eventuais. Minha opinião pessoal é que sem o acesso à transmissão de esporte não pode haver sucesso para as novas plataformas, como a

internet e a comunicação multimídia de terceira geração, que vão juntar o telefone celular, o computador e a TV no mesmo aparelho”.

Por todo exposto, resta incontestável o posicionamento da Comissão Europeia<sup>26</sup> quanto à importância, mais do que isso, à essencialidade para a competição e bem-estar do consumidor, da transmissão de eventos esportivos. Tanto é assim, que o sub-licenciamento é bastante utilizado em casos de domínio dos eventos esportivos, por meio de contratações exclusivas, para defender o mercado e o consumidor final/assinante/telespectador.

Assim, uma vez os direitos sobre os principais eventos esportivos estarem detidos por um só agente ou grupo de agentes, esses direitos devem ser compartilhados, já que constituem elemento essencial à concorrência nesse mercado.<sup>27</sup> A autoridade de defesa da concorrência, por sua vez, deve estar atenta para corrigir eventuais imperfeições desse mercado e assegurar que a

---

<sup>26</sup> Interessante o que escreve Rita Mazza: “(...) Si tratta di trovare un giusto equilibrio tra interessi distinti: formazione di imprese comunitarie capaci di competere sul mercato globale e abuso di una eventuale posizione dominante acquista; concentrazioni o accordi che favoriscono il progresso tecnico o permettono una migliore distribuzione dei prodotti e costituzione di ostacoli all’accesso sul mercato da parte di altri concorrenti, attraverso, per esempio, il controllo delle infrastrutture o dei sistemi di accesso condizionale oppure l’acquisizione di diritti esclusivi di lunga durata su programmi che riscuotono un alto livello di ascolto; la dimensione non economica del settore, che si manifesta negli aspetti culturali, nella necessità di garantire il pluralismo, e gli effetti economici di aiuti statali attribuiti per il compimento di compiti di servizio pubblico”. in *Diffusione Televisiva e Disciplina Comunitaria Della Concorrenza*. 2ª edição, Turim: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 47 e 48.

<sup>27</sup> O que se procura com isso é evitar abusos de poder econômico, prejudiciais à concorrência. Conforme ensina o Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr., “... para efeitos de repressão do abuso, a lei deve presumir que o poder econômico que vise à dominação de mercado, à eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucros é abusivo. Isto significa que, para o direito concorrencial brasileiro, a abusividade do poder econômico não é caracterizada em termos de certos atos que subjetivamente tenham determinadas finalidades, mas considera a abusividade do poder econômico como determinados estados ou modos estruturais e/ou comportamentais objetivos daquele poder, quando alcançadas por meio de ou que possam ser alcançadas por certos atos exemplificadamente discriminados em lei. Ou seja, abusivo não é o ato em si, mas o poder que o pratica de modo desviante. Assim, o ato configurará infração contra a ordem econômica se configurar ou puder provocar (potencialidade) um poder abusivo (aquele que vise a dominar mercados, a eliminar a concorrência, a aumentar arbitrariamente os lucros)”, in *Da Abusividade do Poder Econômico*, publicado na *Revista de Direito Econômico* nº 21 do CADE, outubro / dezembro de 1995.

concorrência transcorra saudavelmente para o bem da competição e do bem-estar do consumidor/assinante<sup>28</sup>.

#### **4 – O Esporte: Cultura e Informação Nacional**

A relevância do esporte para o povo brasileiro é algo que nem precisaria ser abordado, uma vez que todos sabem do fascínio que espalha por todo o território nacional. Contudo, entendemos por bem abordar, mesmo que sucintamente, alguns importantes fatos que corroboram para comprovar a proposta do presente trabalho: a defesa da concorrência e a importância dos canais de esporte nas tv's por assinatura.

Com muita propriedade, Rita Mazza<sup>29</sup>, analisando a mesma questão de concorrência na difusão televisiva e o esporte como cultura e informação no âmbito da União Européia, assinala que inegavelmente o bom funcionamento do mercado e uma concorrência sadia representam um pressuposto propício à pluralidade de informação; pelo menos com a liberdade de ingresso de novos players ao mercado e com a diversificação da oferta.

Estão em trâmite no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) duas operações do art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, relativas ao esporte em canais por assinatura. Trata-se dos atos de concentração nºs 08012.005864/2000-07 e 08012.05865/2000-43, cujas requerentes são ESPN do Brasil Ltda. e GLOBOSAT Programadora Ltda., e ESPN International Inc., GLOBOSAT Programadora Ltda. e International Sports Programming LLC, respectivamente.

---

<sup>28</sup> Conforme ensinam W. Kip Viscusi, John M. Vernon e Joseph E. Harrington Jr. acerca da racionalidade para regulação e políticas de defesa da concorrência, “if we existed in a world that functioned in accordance with the perfect competition paradigm, there would be little need for antitrust polices and other regulatory efforts. All markets would consist of a large number of sellers of a product, and consumers would be fully informed of the product’s implications. Moreover, there would be no externalities present in this idealized economy, as all effects would be internalized by the buyers and sellers of particular product. Unfortunately, economic reality seldom adheres very closely to the textbook model of perfect competition (...)”, in *Economics of Regulations and Antitrust*, 2ª edição, The MIT Press, Massachusetts, 1997, p. 02 e 03.

<sup>29</sup> “ (...) È innegabile, però, che il buon funzionamento del mercato ed una sana concorrenza rappresentano un presupposto propizio alla pluralità di informazioni, almeno dal punto di vista della libertà di ingresso di nuovi concorrenti e della diversificazione dell’offerta (...)”. in *Diffusione Televisiva e Disciplina Comunitaria Della Concorrenza*. 2ª edição, Turim: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 50.

Quando de suas análises na Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), a SEAE chegou a algumas conclusões que merecem destaque, pois vêm ao encontro de tudo o que está exposto neste trabalho.

Dentre os diversos aspectos e pontos relatados nos extensos pareceres técnicos, podemos verificar que a SEAE: (i) ratifica o entendimento da Comissão Européia para as transmissões de eventos esportivos em tv's por assinatura, citando casos ocorridos naquela legislação; (ii) conclui que a concentração da totalidade dos canais esportivos possibilita o exercício de poder dominante pela empresa detentora dessa totalidade; (ii) ressalta que a existência de elevadas barreiras à entrada, principalmente relacionadas à dificuldade para obtenção de direitos de transmissão de eventos esportivos; (iii) entende pela exclusão das cláusulas de exclusividade dos contratos de direitos de transmissão de eventos esportivos nacionais para televisão por assinatura; e (iv) opina pela proibição da comercialização exclusiva de canal de esporte.

Ainda no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência encontram-se em análise dois processos administrativos relativos à transmissão de eventos esportivos em tv's por assinatura, processo administrativo nº 08012.006504/97-11 e processo administrativo nº 08012.003048/2001-31.

Mas não é apenas o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que está atento à questão da transmissão dos eventos esportivos. O próprio Congresso Nacional aborda as transmissões de eventos esportivos, dado ao significado do esporte para a cultura e informação nacional, em três Projetos de Lei: Projeto de Lei nº 4.352/2001, de autoria do Deputado Jovair Arantes e Relator Deputado Augusto Franco; Projeto de Lei nº 4.932/2001, de autoria do Deputado José Rocha; e Projeto de Lei nº 5.865/2001, de autoria dos Deputados Walter Pinheiro, Gilmar Machado e outros.

O Projeto de Lei nº 4.352 de 2001, dispõe sobre a comercialização de direitos de imagem relativos a eventos esportivos ou de interesse jornalístico, com o intuito de evitar a concentração de conteúdo por um só agente econômico. Justifica-se tal medida em razão da relevância social do esporte no Brasil, e para que com isso seja evitado que um agente abuse de posição dominante e de poder de mercado em detrimento do consumidor e da concorrência.

Já o Projeto de Lei nº 4.932 de 2001, conhecido por Estatuto do Desporto, procura sistematizar a legislação relativa ao esporte, inclusive apresentando regras para a transmissão de eventos esportivos.

Por fim, o Projeto de Lei nº 5.856 de 2001, versa acerca da proibição de contratações exclusivas de eventos esportivos, na defesa do acesso à cultura e ao entretenimento propiciados pelo esporte a todo o povo.

## **5 – Conclusão**

Conforme pudemos verificar, os canais de esporte, notadamente caracterizados pela transmissão de eventos esportivos, representam grande diferencial na concorrência dentro do mercado de tv's por assinatura.

A preocupação da defesa da concorrência, contudo, repousa no fato desses canais de esporte constituírem verdadeira essencialidade à competição dos agentes, de maneira que aquele competidor que esteja impossibilitado de ofertar o "esporte", corre o risco de ser excluído do mercado.

Certamente, não se pode sequer admitir a interpretação Darwiniana, já utilizada nos Estados Unidos da América de que só os mais aptos permaneceriam concorrendo. Na verdade, estamos diante de um quadro em que para a concorrência e, conseqüentemente, para o consumidor não restarem prejudicados, deve ser garantido a igualdade de condições (level playing field)<sup>30</sup> para que os diversos agentes concorram, conquistando o consumidor pelas suas eficiências.

Além do mais, por o esporte constituir fator de relevância da cultura e informação nacional, seu acesso deve ser assegurado a toda, ou pelo menos à maioria, da população.

Desta forma, acreditamos que o presente trabalho contribuirá para analisar questão atual e presente em diversos mercados onde se têm legislações de defesa da concorrência.

## 6 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Da Abusividade do Poder Econômico. Revista de Direito Econômico nº 21 do CADE, outubro / dezembro de 1995.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de Proteção da Concorrência: comentários à legislação antitruste. 2ª edição. Editora Forense: Rio de Janeiro. 2001.

---

<sup>30</sup> "The commercialisation and the changes of the sports world, raise many new issues for the application of Community competition law. The Commission tries to clarify the scope of application of the EC competition rules in the particular context of sport, which fully takes into account the particular character of the sector.

Our obvious objective is to maintain open and competitive TV markets and a level playing field for all parties and remove obstacles for new markets to develop. This will be to the benefit of the consumer by increasing his or her choice". SCHAUB. Sports and Competition: Broadcasting Rights of Sports Events. Jornada día de la competencia, 26/02/2002, Madrid. p. 9.

FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste, ed. Revistas dos Tribunais, São Paulo, 1998.

HOVENKAMP, Hebert. Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice, West Publishing Co. St.Paul, Minn., 1994.

Jornal Folha de São Paulo, de 21 de setembro de 2001.

MAZZA, Rita. Diffusione Televisiva e Disciplina Comunitaria Della Concorrenza. 2ª edição, Turim: G. Giappichelli Editore, 2001.

LANG, John Temple. Media, Multimedia and European Community Antitrust Law. (<http://europa.eu.int/comm.competition/>)

Official Publications of the European Communities, L-2985 Luxembourg, Case No COMP/JV.37-BSKYB/KIRCH PAY TV. Regulation (EEC) n°4064/89 – Merger Procedure. (<http://europa.eu.int/comm.competition/>)

PEREZ, Rita. Telecomunicazioni e Concorrenza, Milão: Giuffrè Editore, 2002.

PONS Jean-François. European Commission, Directorate-General IV (DG-IV) – Competition, Fordham Corporate Institute, Twenty-sixth Annual Conference on INTERNATIONAL ANTITRUST LAW & POLICY, New York, 14-15 October 1999, SPORT AND EUROPEAN COMPETITION POLICY. (<http://www.ftc.gov>)

PROENÇA, José Marcelo Martins. Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência, ed. Saraiva, São Paulo, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas, ed. Malheiros, São Paulo, 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto (coordenação). Regulação e Desenvolvimento, Malheiros editores: São Paulo, 2002.

SCHAUB. Sports and Competition: Broadcasting Rights of Sports Events. Jornada día de la competencia, 26/02/2002, Madrid, in Clipping do IBRAC, março de 2002.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M.; HARRINGTON JR., Joseph E.Harrington. Economics of Regulations and Antitrust, 2ª edição, The MIT Press, Massachusetts, 1997.

\* diversas informações e dados utilizados na elaboração do presente trabalho foram obtidos no site [www.paytv.com.br](http://www.paytv.com.br)

## ALGUNS ASPECTOS ACERCA DA IMPORTÂNCIA DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA PARA OS PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO – A QUESTÃO DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES

*Viviane de Freitas Pereira*

### 1. INTRODUÇÃO:

A atual tendência mundial de formação de blocos econômicos, como forma de garantir a participação em uma economia globalizada, é inevitável. Os processos integracionistas representam o rompimento de princípios como o da soberania estatal, resultando na quebra do isolacionismo dos estados. Tais processos colimam a construção de um futuro comum. Por meio da livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais, com a conseqüente queda das barreiras nacionais, visam a vantagens efetivas para a economia de todos os estados participantes.

Ao lado dos objetivos principais traçados nos Tratados Constitutivos dos blocos econômicos, como a União Européia e o Mercosul, destaca-se a necessidade de previsão de instrumentos de Defesa da Concorrência, aspecto definitivo ao atingimento de tais objetivos. Visivelmente não há como se pensar na queda das barreiras nacionais sem levar em conta as modificações que serão produzidas no mercado e a conseqüente atenção que terá de ser dispensada à proteção da concorrência.

Nesse sentido, observa-se que no Preâmbulo do Tratado de Roma<sup>31</sup> são consagrados princípios e entre eles está a lealdade de concorrência. O art. 3º, alínea g), do mesmo tratado estabelece que para alcançar os fins a ação da Comunidade implica o estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada.

O Tratado de Assunção<sup>32</sup>, a seu turno, dispõe em seu art. 4º a necessidade de que os Estados-Partes coordenem suas respectivas políticas nacionais com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial.

Entre os meios de defesa da concorrência o presente trabalho preocupa-se com o controle de concentrações de empresas, fenômeno de verificação indiscutível no mercado mundial, notadamente em razão dos efeitos que

---

<sup>31</sup> Tratado Constitutivo da Comunidade Européia

<sup>32</sup> Tratado Constitutivo do Mercosul

essas práticas podem vir a produzir. Para essa análise procura-se traçar a importância que a defesa da concorrência tem, de forma geral, para os processos de integração e a seguir referir o tratamento dispensado pela União Européia e pelo Mercosul às concentrações de empresas. Importante destacar que tal análise visa tão somente salientar os primeiros aspectos acerca do tema, visto que o objetivo maior demandará estudo e pesquisa aprofundados que se darão em um futuro próximo. Por enquanto, restringe-se em apresentar aspectos históricos, conceituação, os sistemas de concorrência e o tratamento dispensado pelas legislações dos blocos econômicos acima nominados à questão da concentração de empresas.

## 2. ASPECTOS HISTÓRICOS

Até o século XVII o comércio não era livre, mas corporativo, tratava-se de um comércio cartelizado ou até monopolizado. Não havia qualquer ação no sentido de proteger a concorrência. Na Idade Média a situação começa paulatinamente a mudar, o que se dá a partir dos novos mercados, da abertura das rotas marítimas internacionais, entre outros fatores.

Quando as próprias instituições reais começam a interessar-se pela exploração direta das riquezas dos novos mundos e das novas rotas comerciais, o comércio vai-se estatizando passando o estado a vigiar e controlar minuciosamente a atividade mercantil. Durante esse período a atividade mercantil continua a ser sobretudo profissional e autônoma, corporativa, em que o estado surge autoritário e centralizador, protegendo o comércio, fiscalizando-o e vigiando-o.<sup>33</sup>

A perspectiva modifica-se com a Lei Francesa de 1791, que declarou a liberdade de todas as pessoas exercerem o comércio. A abolição das corporações ocorre com a lei de Le Chapelier. A liberdade de comércio (*laissez faire, laissez passer*) traz a liberdade de concorrência. Entretanto, a liberdade de comércio não resulta na proteção à liberdade de concorrência. Surge a necessidade, então, de que se evite que a liberdade contratual acabe por excluir a liberdade de concorrência, por meio de conluíus, concertos, práticas abusivas.

Umberto Celli Júnior<sup>34</sup> ilustra o fenômeno verificado nos Estados Unidos. Relata o autor que no final do século XIX, havia uma disseminada insatisfação popular com as redes ferroviárias que, por deterem o monopólio

---

<sup>33</sup> DA CUNHA, Miguel Maria Tavares Festa Gorjão-Henriques. Da Restrição da Concorrência na Comunidade Européia: A franquia de distribuição. Coimbra: Almedina.1998. p. 29.

<sup>34</sup> CELLI JUNIOR, Umberto. Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno. Porto Alegre: Livraria do Advogado p.53

do transporte de bens e de mercadorias, acabavam por praticar preços extremamente desproporcionais aos serviços efetivamente prestados. Além disso, muitas indústrias abusavam de seu poder econômico, buscando de maneira concertada, sempre aumentar sua participação acionária e influência em outras indústrias estratégicas, a fim de assegurar a manutenção dos preços altos. Apareceram, assim, os denominados trusts, entre os quais o mais notório talvez tenha sido o composto pelo legendário John Rockefeller. A legislação americana visou exatamente a coibir a ação desses trusts. Daí a expressão antitrust.

A primeira lei de defesa da concorrência foi a canadense, que data de 1889. Porém, é a norte-americana de 2 de julho de 1890, o Sherman Act, que desempenhou o papel de inspirar as demais legislações. A Europa somente recebe a influência americana com a IIª Guerra Mundial, percebendo a necessidade da regulamentação. A legislação européia não será, entretanto, a recepção da norte-americana, mas sim a fixação de objetivos e princípios diversos.

### **3. A CONCORRÊNCIA E O DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

#### **3.1 Conceituação:**

José Matias Pereira<sup>35</sup> define o termo concorrência como uma ação desenvolvida entre competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores, cuja igualdade de condições os impeça de influir, de forma permanente ou duradoura nos preços dos bens ou serviços.

A colocação de alguns outros conceitos faz-se necessária à fixação do tema, pois permitirá que seja estabelecido o tipo de concorrência que se procura proteger. Segundo Miguel Tavares<sup>36</sup> até meados do século XX os economistas consideravam o mercado e o preço sob o ponto de vista da concorrência perfeita. Hoje é pacífico o entendimento acerca da inexistência desse tipo de concorrência em qualquer mercado. A concorrência perfeita é aquela caracterizada pela existência de um grande número de compradores e vendedores, ambos negociando produtos idênticos ou similares; consumidores com total e completa informação acerca das condições do mercado; os recursos fluem livremente entre as diversas áreas da atividade econômica; e não há barreiras à livre circulação de mercadorias, o que poderia impedir o surgimento de novos concorrentes no mercado.

---

<sup>35</sup> PEREIRA, José Matias. Regimes de Concorrência na América Latina: O Caso do Mercosul.

<sup>36</sup> DA CUNHA, Miguel Maria Tavares. Op. cit., p. 46

José Paschoal Rossetti<sup>37</sup> aponta as seguintes condições à estrutura de mercado sob concorrência perfeita: a) um número elevado de empresas produtoras e de compradores, agindo independentemente, de tal forma que, pela pequena importância de cada um, nenhum possa reunir condições efetivas ou poder suficiente para modificar os padrões e os níveis da oferta e da procura e, conseqüentemente, o preço de equilíbrio prevalente; b) inexistência de quaisquer diferenças entre os produtos ofertados pelas empresas produtoras, o produto da empresa A deve ser considerado pelos compradores como substituto perfeito dos produtos da empresas B, K, N; c) perfeita permeabilidade de tal forma que não existam quaisquer barreiras para o ingresso de novas empresas que dele já participem; d) devido à padronização do produto e ainda ao grande número de vendedores e compradores, não há qualquer possibilidade de que atitudes ou manobras isoladas possam alterar as condições vigentes, aliás, do ponto de vista de uma empresa isolada, são ineficazes quaisquer tentativas de diferenciação ou de concorrência extrapreço.

Em oposição a esse conceito há o de monopólio que seriam situações em que o fornecedor de produtos e serviços tem 100% do mercado, no qual inexiste para o comprador a opção de produtos ou serviços similares<sup>38</sup>. O monopólio distingue-se do oligopólio, pois neste há um grau, ainda que mínimo, de concorrência.

O Direito da Concorrência, enquanto conjunto de normas cuja finalidade é assegurar a concorrência e o livre acesso ao mercado, preocupar-se-á com a chamada concorrência factível, praticável ou efetiva. É essa a concorrência que necessita de normas jurídicas que a disciplinem e a regulamentem. A concorrência factível é a forma de mercado em que o número de empresas rivais é certamente menor do que aquele necessário à concorrência perfeita. Porém, os concorrentes envolvidos e outras circunstâncias relevantes permitem a existência de um grau mais intenso e acirrado de reação mútua que aquele encontrável em uma situação oligopolística.<sup>39</sup>

Dessa forma, assim se apresenta o modelo de concorrência efetiva ou praticável<sup>40</sup>: a) rivalidade suficientemente intensa entre um número adequado de agentes econômicos; b) aceitação de um certo nível de restrição dos níveis de concorrência, potenciando a formação de oligopólios de molde a evitar a concorrência ruínoza e a permitir o progresso tecnológico e a obtenção pelos produtores de determinados níveis de sua eficiência.

---

<sup>37</sup> ROSSETTI, Introdução à Economia. SP: Atlas, 1988. p 268

<sup>38</sup> CELLI JUNIOR, Umberto. Op. cit. p.53

<sup>39</sup> Ibid., p.54

<sup>40</sup> DA CUNHA, Miguel Maria Tavares. Op. cit., p.56

Assim, diante da concorrência factível, efetiva ou praticável, o Direito da Concorrência, por meio de sua disciplina, cumpre o papel de assegurar que haja uma concorrência efetiva e real entre os operadores do mercado a fim de que nenhum possa impor unilateralmente as suas condições. Com isso, resta evidente que quanto o mais o processo se aproxima do monopólio, maior o poder dos agentes de impor preços altos pelos produtos fabricados, apropriando-se de uma parcela de renda do consumidor, e em controlar também a quantidade oferecida, distorcendo todos os mecanismos de autocontrole do mercado, podendo, em alguns casos, adquirir dimensões tais que o tornam politicamente perigoso.<sup>41</sup>

A concorrência efetiva, objeto da disciplina do Direito da Concorrência, traz consigo pelo menos dois sistemas, conforme os objetivos traçados pelas legislações. Tais objetivos retratam valorações de princípios que são eleitos conforme os interesses de cada país ou bloco econômico.

### 3.2 Os sistemas de concorrência

Extrai-se dos objetivos e da forma de tratamento dispensados à concorrência pela legislação norte-americana e pela existente na União Européia dois sistemas a que a concorrência pode estar submetida: a concorrência-condição e a concorrência-instrumento.

Jorge de Jesus Ferreira Alves<sup>42</sup> define a concorrência-condição como aquela que está relacionada com o sistema americano da ilicitude. A concorrência é um fim em si mesmo. É um valor absoluto pelo que só por ela se realiza o progresso econômico e o equilíbrio econômico. Segundo a mesma proíbe-se todo o acordo ou prática que restrinja a concorrência, desde que a restrição seja significativa. De acordo com o autor para a concorrência-instrumento a concorrência não é um valor em si mesmo, não é um valor absoluto, mas um meio normal, eventualmente privilegiado, de obter o equilíbrio econômico. Daí derivam duas consequências importantes, em primeiro lugar, se a concorrência não é um valor em si mesmo, poder ser verificada em homenagem a outros valores. Por outro lado, não há, à partida, ilicitude ou condenações automáticas. Nenhuma prática restritiva é proibida por si só.<sup>43</sup>

A concorrência-condição é a opção feita pelo Sherman Act Americano. Em sua intenção original o direito americano deposita uma fé absoluta nos valores da concorrência, sendo vista como condição para a realização dos

---

<sup>41</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência. São Paulo: Saraiva 2001. p.11

<sup>42</sup> ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias. Coimbra: Coimbra. 1992 p.20

<sup>43</sup> Ibid, p.21.

objetivos do sistema, dependendo a licitude dos acordos exclusivamente do seu objetivo ou efeito pro-competitivo.<sup>44</sup> Para as legislações que consideram a concorrência como condição, importam as práticas restritivas que potencialmente podem causar danos na economia, ou seja, interessa o perigo que aquela prática apresenta. Nesse sistema, o controle e técnica da proibição tende a ser a posteriori, uma vez que somente após a prática dos atos é que, em rigor, podem ser aferidos os seus efeitos.<sup>45</sup>

Quando as legislações vislumbram a concorrência como instrumento o bem jurídico da concorrência não tem valor absoluto, sendo utilizado para realizar diversos objetivos de política econômica e social. O Direito Comunitário europeu evidencia uma concorrência-instrumento, cuja finalidade é atingir os fins da ordem econômica e, quando ela não for o melhor instrumento, deixa de ser protegida naquele caso específico.<sup>46</sup> O art. 85., n.3 do Tratado de Roma (artigo 81 pelo Tratado de Amsterdã<sup>47</sup>) prevê o afastamento das disposições do n. 1 e da nulidade do n.2 quando as práticas contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; b) nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a um parte substancial dos produtos em causa.

Nesse sentido Miguel Tavares<sup>48</sup> afirma que do próprio percurso seguido parece claro que as modernas legislações europeias, se não aceitam postergar a subsistência de uma referência concorrencial, ainda assumem o afastamento de uma concepção rígida de defesa da concorrência a se e a aproxima a uma essência sua instrumental, num processo de influências recíprocas a que o direito comunitário não pode considerar-se alheio.

Assim, claro está que a função atribuída por cada ordenamento à concorrência determinará o tipo de tratamento que a ela será dispensado: ou será vista como um fim em si mesmo ou sucumbirá diante de outros valores eleitos como primordiais.

### **3.3 Da Importância da Defesa da Concorrência para os Processos de Integração**

Uma análise inicial da questão da concorrência demonstra que, indubitavelmente a sua defesa perfaz condição indispensável ao êxito dos pro-

---

<sup>44</sup> DA CUNHA, Miguel Maria Tavares. Op. cit., p.64/5

<sup>45</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. Op. cit., p.39

<sup>46</sup> Ibid., p.42

<sup>47</sup> Tratado de Amsterdã, que alterou o Tratado de Roma.

<sup>48</sup> DA CUNHA., Miguel Maria Tavares. Op. cit., p.67.

cessos de integração. José Matias Pereira<sup>49</sup> refere que a partir de estágios iniciais da integração econômica regional, torna-se necessária a existência de instrumentos de defesa da concorrência. Isto porque a defesa da concorrência tem como objetivo garantir e defender a liberdade dos mercados dos países membros, mediante a proibição de atos e práticas comerciais que possam impedir, restringir ou prejudicar a livre concorrência. Elizabete Accioly Pinto de Almeida<sup>50</sup> enfatiza que alguns autores reconhecem a concorrência como a Quinta liberdade do mercado comum, relatando que a concorrência significa mais escolhas para os consumidores, bem assim preços mais baixos.

Nessa linha, Paulo Caliendo da Silveira<sup>51</sup> diz que a adoção da livre circulação de bens, capitais, pessoas e serviços terá um resultado relativo se o mercado comum for dominado por monopólios, oligopólios e demais formas de trusts. O direito da escolha do consumidor, garantido pela inexistência de tarifas ou quotas, seria aniquilado no momento em que somente pudesse adquirir o seu produto de uma indústria monopolista e de um distribuidor coligado com esta. O preço a ser pago seria facilmente manejável, e a qualidade não seria testada pelo confronto com produtos concorrentes.

Miguel Tavares levanta a seguinte questão: de que serviria suprimir todas as restrições normativas estaduais à livre circulação de mercadorias, como se estabelece nos artigos 9º e seguintes do tratado de Roma, se resultados idênticos do ponto de vista da proteção dos mercados e tecidos produtivos e distributivos nacionais podiam ser atingidos por outras vias, como as coligações entre empresas, os abusos de posição dominantes num determinado mercado ou as ajudas estatais a empresas, que impediriam ou dificultariam o acesso de empresas provenientes de outros Estados-membros aos mercados nacionais, assim desrespeitando o princípio da lealdade comunitária expresso no artigo 5º do Tratado de Roma? Em seguida responde: Daí a previsão, como parte da <espinha dorsal> do próprio domínio comunitário, de adoção de medidas que, em todos os setores econômicos, garantam que a concorrência não seja falseada no mercado comum.<sup>52</sup>

Não se pode deixar de considerar, também, que em não havendo uma efetiva proteção à concorrência, corre-se o risco de que apenas as grandes empresas, em um número pequeno, venham a dominar o mercado unificado, uma vez que o processo de integração permite a concentração empresarial

---

<sup>49</sup> PEREIRA, José Matias. Op. cit.

<sup>50</sup> ALMEIDA, Elizabete Accioly Pinto de. Mercosul e União Européia Estrutura Jurídico-Institucional. Curitiba: Juruá, 1996. p. 25.

<sup>51</sup> SILVEIRA, Paulo Caliendo da. Defesa da Concorrência no Mercosul. SP: LTR, 1998, p. 39.

<sup>52</sup> DA CUNHA, Miguel Maria Tavares, Op. cit., p.109/110.

capaz de acumular capital necessário, em geral em somas vultosas que individualmente cada indústria nacional não poderia realizar.<sup>53</sup>

Dessa forma, pela possibilidade de abuso que se apresenta com as concentrações empresariais, que podem vir, nesse caso, a constituir restrição à liberdade de concorrência, é dada nesse trabalho especial atenção ao regime de controle de concentrações previstos pelos blocos econômicos já mencionados.

## **4. DELIMITAÇÃO DO TEMA: O CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES**

### **4.1 Conceituação**

Atualmente, a empresa trabalha constantemente com a possibilidade do crescimento e da expansão. Para esse crescimento existem vários meios, destacando-se entre eles a concentração empresarial, prática ainda mais facilitada com os processos integracionistas. Especificamente é objeto dessa análise a legislação referente ao controle de concentrações de empresas, cuja finalidade é evitar abusos que venham a falsear a concorrência.

O ato de concentração ocorrerá quando o poder for transferido para um centro, ou seja, quando a integração entre empresas resultar em concentração de poder.

A integração entre as empresas é vertical ou horizontal. A vertical verifica-se entre empresas que operam em diferentes níveis ou estágios da mesma indústria, mantendo entre si relações comerciais, na qualidade de comprador/vendedor ou prestador de serviços.<sup>54</sup> A horizontal, por sua vez, dá-se entre empresas que concorrem entre si, num mesmo nível ou estágio de produção.

A integração, que pode resultar na concentração, apresenta as seguintes formas: incorporação, fusão, conglomerado e 'joint ventures'.

A incorporação será resultado da aquisição de uma empresa por outra, sendo que aquela que é adquirida é totalmente absorvida, extinguindo-se. Já na integração por fusão, duas ou mais empresas são extintas dando origem à criação de uma nova sociedade. O conglomerado configura-se quando a empresa adquirente, na busca da extensão de sua produção, adquire a empresa que fabrica o produto relacionado a sua atividade. Por fim, a 'joint venture' é uma forma de união parcial e temporária que normalmente visa a objetivos específicos limitados.

---

<sup>53</sup> SILVEIRA, Paulo Caliendo. Op. Cit., p. 20

<sup>54</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins. Op. cit., p.67.

Neste passo, a concentração ocorrerá quando o resultado da integração for um pequeno número de empresas responsáveis por uma alta proporção do faturamento da indústria. Importante salientar, porque relacionado à verificação da concentração, a definição de mercado relevante, o qual diz respeito a um grupo de produtos em uma área geográfica, tendo como principal característica a substitutibilidade, considerando-se a resposta da demanda de cada grupo de compradores e a resposta dos concorrentes.<sup>55</sup>

José Proença<sup>56</sup> alerta, ainda, que a concentração é o elemento chave na questão da estrutura do mercado e fator determinante da conduta da empresa e do desempenho do próprio mercado. Numa perspectiva estrutural do problema da concorrência, acredita-se que os mercados concentrados propiciam a adoção de condutas anticompetitivas que afetam o desempenho da economia. Assim, o problema não reside na concentração em si, mas em quando ela resultar abuso de posição dominante, ou seja, o seu controle terá por escopo avaliar os efeitos que produzirá no mercado. Feitas, então, as conceituações necessárias, passa-se à legislação referente à matéria na União Européia e no Mercosul.

#### **4.2 A Legislação Pertinente na União Européia.**

Conforme já referido a legislação comunitária adotou a concorrência-instrumento. Sua posição, portanto, não é a de afastar incondicionalmente as concentrações empresarias. Na verdade, a comissão manifestou-se no sentido de que as empresas só seriam capazes de atuar eficazmente nesse mercado de dimensões alargadas aumentando o seu tamanho. Deste modo, defende o Memorando de 1º de dezembro de 1965<sup>57</sup>, que o mercado comum necessita de empresas de grandes dimensões, capazes de alcançarem as vantagens da produção em massa, do desenvolvimento, do progresso técnico econômico da investigação. Para tal, afirma a necessidade de serem suprimidos certos obstá-

---

<sup>55</sup> Ibid., p.116.

<sup>56</sup> Ibid., p.87/8.

<sup>57</sup> PAIS, Sofia. O Controle das Concentrações de Empresas no Direito Comunitário da Concorrência. Coimbra: Almedina. A autora refere, p.41 e 42, que a ausência de disciplina específica acerca das concentrações de empresas despertou discussões. No Memorando n. 1/65, a Comissão reuniu as conclusões a que chegaram um conjunto de peritos por ela consultados sobre a questão da aplicação dos arts. 85 e 86 do Tratado de Roma às operações de concentração, bem como as suas próprias opiniões sobre a matéria. Os peritos, em maioria, entenderam cabível a aplicação do art. 85, excluindo apenas as fusões. No que concerne ao art. 86 também entenderam aplicável, ressaltando a idéia de que as concentrações tendentes à aquisição ou extensão de uma posição dominante não devem ser consideradas per se uma exploração abusiva de uma posição dominante, nos termos do art. 86.

culos, que se opõem ao desenvolvimento das concentrações comunitárias, nomeadamente às fusões internacionais, para que estas possam adquirir a dimensão e os meios que as tornem capazes de defrontar os ‘gigantes americanos’.<sup>58</sup>

Desta forma a Comunidade Européia só afastará uma concentração empresarial quando esta for incompatível com os interesses regionais.<sup>59</sup> Tal é a disciplina consagrada no Regulamento CEE n° 4064/89, relativo ao controle de operações de concentrações de empresas e posteriores alterações. No ‘considerando’ n° 4 o regulamento menciona que a supressão das fronteiras internas conduzirá a importantes reestruturações das empresas na Comunidade, nomeadamente sob a forma de operações de concentrações. No n° 5, que tal evolução deve ser apreciada de modo positivo, uma vez que corresponde às exigências de uma concorrência dinâmica e que pela sua natureza, contribui para aumentar a competitividade da indústria européia, para melhorar as condições do crescimento e para elevar o nível de vida na comunidade e que, no entanto, no n° 6, é necessário garantir que o processo de reestruturação não acarrete um prejuízo duradouro, para a concorrência; que o direito comunitário deve, conseqüentemente, conter normas aplicáveis às operações de concentrações suscetíveis de entravar de modo significativo uma concorrência efetiva no mercado comum ou numa parte substancial deste último.

---

<sup>58</sup> Ibid., p.18/19

<sup>59</sup> Sofia Pais questiona se ao exercer o controle de concentrações a Comissão deve optar por um balanço concorrencial – atendendo apenas aos efeitos da concentração sobre a concorrência, proibindo a operação que restrinja ou elimine a concorrência efetiva – ou deve proceder a um balanço econômico – no qual terá igualmente em consideração as vantagens econômicas e sociais da operação que compensem os efeitos negativos sobre a concorrência. Afirma que na análise das teses em confronto parece não haver dúvidas quanto à sensibilidade demonstrada pela Comissão em relação aos efeitos positivos das concentrações, posição que nos afasta dos defensores de um balanço concorrencial puro, que não permite a consideração de fatores como a concorrência internacional ou a racionalização da produção. Por outro lado, deve igualmente ter-se presente que a consideração de tais benefícios pela autoridade comunitária se pauta por um critério negativo: só serão autorizadas as operações que não comportem um risco substancial, ou uma restrição sensível da concorrência, o que significa que a concorrência desempenhará sempre um papel determinante na apreciação desenvolvida pela Comissão. Pode concluir-se, por conseguinte, que a prática da Comissão aponta para o sistema do balanço econômico, ou seja, a Comissão tem em linha de conta as vantagens ou benefícios suscetíveis de serem gerados pela operação, considerando como limite a necessidade de a concorrência não ser impedida de forma substancial. p. 33

O Regulamento 4064/89, que entrou em vigor em 21 de setembro de 1990, estabelece regras substantivas e processuais. O art. 1º do regulamento estabelece que só será aplicável às operações de concentrações de dimensão comunitária. A dimensão comunitária verifica-se de acordo com o volume de negócios e a transnacionalidade. O volume de negócios vem disciplinado no nº 2, alínea a), do art. 1º, o qual prevê que o volume total de negócios à escala mundial tem de ser superior a 5 milhões de ecus. Além disso, pelo menos duas das empresas em causa devem ter cada uma na Comunidade um volume de negócios superior a 250 milhões de ecus, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-membro. O art. 5º prevê o cálculo do volume de negócios. O art. 3º do regulamento define a necessidade de notificação prévia das operações de concentração, a qual deve ser dar no prazo de uma semana após a conclusão do acordo ou a publicação da oferta de compra ou de troca ou a aquisição de uma participação de controle.

Nesse sentido, o ‘considerando’ n. 17 prevê que para garantir um controle eficaz, deve-se obrigar as empresas a notificar previamente as suas operações de concentração que tenham dimensão comunitária, bem como suspender a realização dessas operações durante um período limitado, prevenindo-se simultaneamente a possibilidade de prorrogar essa suspensão ou de a revogar em caso de necessidade.<sup>60</sup>

Como se vê, então, a regulamentação da CEE, certamente tendo em vista a importância do controle de empresas no âmbito comunitário, editou um regulamento específico a respeito. Por essa disciplina, nos termos do parágrafo 3º do art. 2, aquelas que criarem ou reforçarem a posição dominante que resultem em entraves significativos à concorrência efetiva, deverão ser declaradas incompatíveis com o mercado comum.

### **4.3 O Tratamento Dispensado pelo Mercosul**

O Tratado de Assunção<sup>61</sup> foi firmado em 26 de março de 1990 e entrou em vigor em 29 de novembro de 1991, com o depósito das ratificações

---

<sup>60</sup> O Jornal Gazeta Mercantil, de 05 de outubro de 2000 noticiou que “ A Comissão europeia (CE) – braço executivo da União Europeia (EU) – está determinada a bloquear a fusão do negócio da EMI Group Plc e a Time Warner Inc., apesar dos esforços de última hora para salvar o acordo feito pela empresas, que aventaram a idéia de vender a Virgin Records – da EMI – e uma parte de seu catálogo de músicas”.

<sup>61</sup> Luiz Olavo Batista, O Mercosul suas Instituições e Ordenamento Jurídico. SP: LTr, 1998, p. 36, define-o como elemento de mudança porque aponta para um novo quadro, não só econômico e comercial, como político e, ainda, elemento de continuidade porque prolongou os esforços integracionistas de Brasil e Argentina, assim como os do continente.

necessárias para tal. Esse tratado tem por objetivo a criação de um Mercado Comum, estabelecendo os procedimentos a serem adotados visando a sua consecução.

O preâmbulo do Tratado de Assunção traz referência expressa à questão da ampliação das dimensões dos mercados nacionais e o desejo de desenvolvimento econômico, assim como a busca do desenvolvimento científico e tecnológico e a modernização das economias dos Estados-Partes.

A par do objetivo maior – Mercado Comum – e ainda, das considerações manifestadas no Preâmbulo, exsurge, quase de forma notória, que medidas nas demais diversas áreas têm de ser adotadas, a fim de que aquele seja viabilizado.

Entre essas medidas têm-se, com grande importância, a defesa da concorrência, a qual consubstancia-se em fator relevante à constituição do Mercado Comum, o que se depreende de todas as razões já apontadas, mormente das considerações feitas sobre a União Européia, exemplo de sucesso nesse objetivo.

Sem dúvida, a formação de um Mercado Comum passará e trará uma nova ordem econômica, a qual não poderá deixar de preocupar-se com a questão da concorrência.

Tal preocupação aparece no art. 4º do Tratado, que refere que nas relações com terceiros países, os Estados-Partes assegurarão condições equivalentes de comércio e, ainda, que as políticas nacionais deverão ser coordenadas com o objetivo de elaborar normas comuns sobre concorrência comercial<sup>62</sup>. A coordenação das políticas acerca da concorrência visam a evitar que as assimetrias existentes entre as normas nacionais acabem por prejudicar o desenvolvimento do mercado comum e, de qualquer forma, da integração.

O Mercosul, considerando que a livre circulação de bens e serviços entre os Estados Partes requer o estabelecimento de condições adequadas de concorrência e que é importante contar com um instrumento comum que preserve e promova a livre concorrência e, assim, contribua para o cumprimento dos objetivos de livre comércio estabelecidos no Tratado de Assunção, elaborou o protocolo de Defesa da Concorrência, consubstanciado na Decisão

---

<sup>62</sup> Caliendo da Silveira, op. cit., p. 39, alerta acerca da importância da proteção da concorrência nos centros mais dinâmicos do capitalismo mundial: Estados Unidos e Europa. Afirma que a União européia apresenta um experiência singular e extremamente rica de coibição de práticas anticoncorrenciais, sendo que a jurisprudência emendada do tribunal de Justiça da Comunidade européia é torrencial. Essa experiência demonstra a defesa da livre concorrência nesse sistema como uma das políticas-chave para o ordenamento comunitário europeu.

18/96 do Conselho do Mercado Comum, que traz normas gerais referentes à concorrência.

A Decisão 21/94, nas Pautas Gerais de Harmonização, art. 3º, já estabelecia quais eram os comportamentos concorrenciais de natureza coletiva proibidos: acordos, decisões e práticas concertadas. O art. 4º da Decisão 18/96 estabelece que constituem infração às suas normas, independentemente de culpa, os atos, individuais ou concertados, sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou efeito limitar, restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado ou que constituam abuso de posição dominante no mercado relevante de bens ou serviços no âmbito do Mercosul ou que afetem o comércio entre os estados Partes. O protocolo, ainda, atribui à Comissão de Comércio do Mercosul, nos termos do art. 19 do Protocolo de Ouro Preto, e ao Comitê de Defesa da Concorrência, a sua aplicação.

No que diz respeito especificamente ao controle de concentrações há apenas a referência traçada no art. 7º da decisão 18/96, segundo o qual “ Os Estados Partes adotarão, para fins de incorporação à normativa do Mercosul e dentro do prazo de 2 anos, normas comuns para o controle dos atos e contratos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma predicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercado regional relevante de bens e serviço, inclusive aqueles que resultem em concentração econômica, com vistas a prevenir os seus possíveis efeitos anticompetitivos no âmbito do Mercosul”

Como se vê não há no regulamento nenhuma norma específica, com possibilidade de gerar efeitos no controle de concentrações, a nível de Mercado Comum. O protocolo remete ao Estado Partes o compromisso de editar normas comuns que visem a tal controle. Ao que parece as concentrações que causem algum prejuízo à concorrência no bloco fazem partes das práticas, que de forma geral, estão disciplinadas no já referido art. 4º.

## **5. CONCLUSÃO**

Os breves aspectos analisados no presente trabalho permitem algumas conclusões:

1. Não restam dúvidas de que o direito da concorrência, enquanto conjunto de normas destinadas à proteção da concorrência tem papel preponderante para os processos de integração. Assim, além de exercer as funções de proteger os consumidores, distribuir riqueza, ainda faz-se imprescindível à implementação de mercados comuns.

2. No que concerne aos objetivos da concorrência, a experiência da União Européia distancia-se da original norte-americana, porque adotado o sistema de concorrência instrumental, segundo o qual esta poderá sucumbir

diante de outros valores que venham a ser considerados mais preponderantes, o que já pode ser encontrado no texto do Tratado de Roma, que prevê expressamente no n. 3 do art. 85 uma isenção às nulidades do n.2 do mesmo dispositivo, em nome dos interesses regionais.

3. Dentre os aspectos protegidos pelas legislações da concorrência destaca-se a questão do controle de concentrações, fenômeno cuja tendência a nível mundial é inquestionável e que pode resultar em prejuízo à proteção da concorrência, quando a centralização de poder resultar em abuso de posição dominante, procedimento esse que deve, sem dúvida, despertar a atenção dos ordenamentos nacionais e, principalmente, dos blocos econômicos.

4. A Comunidade Européia disciplina especificamente o controle de concentrações atribuindo a um órgão supranacional a análise da compatibilidade ou incompatibilidade de um ato de concentração com o mercado comum. O Mercosul, por sua vez, não tem legislação específica acerca do controle de concentrações. O Protocolo 18/96 prevê a necessidade de normas comuns aos Estados-Partes no que concerne às concentrações, harmonização essa, que como se sabe, não foi atendida até presente data, concluindo-se, portanto, que esse bloco econômico não dedicou, ainda, a devida atenção à questão de extrema relevância para seu sucesso.

## **6. BIBLIOGRAFIA**

ALMEIDA, Elizabeth Accioly Pinto de. Mercosul e União Européia. Estrutura Jurídico-Institucional. Curitiba: Juruá, 1996. 159p.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. Direito da Concorrência nas Comunidades Européias. Coimbra: Coimbra.1992. 361p.

BATISTA, Luiz Olavo. O Mercosul suas Instituições e Ordenamento Jurídico. LTR: São Paulo.1998.272p.

DA CUNHA, Miguel Maria Tavares Festa Gorjão-Henriques. Da restrição da Concorrência na Comunidade Européia: A Franquia de Distribuição. Coimbra: Almedina. 1998. 499p.

FARIA, Werter R. Disciplina da Concorrência e controle das Concentrações de Empresas no Mercosul. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1993. 105 p.

JUNIOR, Umberto Celli. Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno. Livraria do Advogado: Porto Alegre. 1999. 252p.

PAIS, Sofia Oliveira. O Controlo das Concentrações de Empresas no Direito Comunitário da Concorrência. Coimbra: Almedina, 1996

---

PEREIRA, José Matias. Regimes de concorrência na América Latina: O caso do Mercosul.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência. Saraiva: São Paulo. 2001.

ROSSETTI, José Paschoal. Introdução à Economia. São Paulo: Atlas. 1988. 766p.

SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo da. Defesa da Concorrência no Mercosul. LTR: São Paulo. 1998.317p.

VIDEIRA, Francisco S. Direito Processual da Concorrência. Coimbra: Coimbra.1992.288p.

TRATADOS DA UNIÃO EUROPÉIA. Lisboa: UAL. 201p.



## LICENÇA OBRIGATÓRIA COMO INSTRUMENTO DE COMBATE AO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

*Luiz Guilherme de Andrade Vieira Loureiro*

INTRODUÇÃO; PARTE I. O DIREITO DAS PATENTES E OS LIMITES AO EXERCÍCIO ABUSIVO DO PRIVILÉGIO; CAPÍTULO 1. O APARENTE CONFLITO ENTRE O DIREITO DO INVENTOR E AS LICENÇAS OBRIGATÓRIAS; 1. Generalidades; 2. Conceito tradicional de propriedade industrial; 3. Conceito e natureza de propriedade industrial no direito contemporâneo ; CAPÍTULO 2. DIREITO DE EXCLUSIVIDADE E LICENÇAS OBRIGATÓRIAS; 1. Os direitos conferidos ao inventor; 2. Relatividade do direito de exclusividade; 3. A função da licença compulsória; 4. Características da licença compulsória; 5. Críticas ao regime de licença compulsória; PARTE II. LICENÇAS COMPULSÓRIAS POR ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE; CAPÍTULO 1. DIREITOS INDUSTRIAIS E CONCORRÊNCIA; 1. O abuso de posição dominante; 2. Propriedade industrial e concorrência: principais abusos; 2.1. Atos relativos à aquisição de patentes; 2.2. Atos relativos à utilização de patentes. ; 2.3. Atos relativos aos contratos de licença ; CAPÍTULO 2. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO; CONCLUSÃO

### INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, temos assistido a um acelerado processo de mudança da propriedade industrial no mundo. Por um lado, o direito teve que apresentar respostas a novos e complexos problemas suscitados pelo surgimento de novas tecnologias, na área da micro-eletrônica, da informática e da biotecnologia. Por outro lado, a expansão da economia internacional revelou velhos problemas sob novas roupagens, como por exemplo a contrafação e o exercício abusivo da patente.

Pressionados pelos países desenvolvidos no âmbito da Organização Mundial do Comércio e por promessas de retaliação comercial por parte dos EUA, os países em desenvolvimento se viram forçados a mudar suas leis sobre propriedade industrial, que seguiram o modelo adotado no Acordo sobre aspectos de propriedade intelectual relacionados ao comércio (Acordo TRIPS), subscrito como parte integrante da Rodada Urugui da OMC.

O presente trabalho se centrará em um dos aspectos do direito de patentes de invenção, cuja regulação no Acordo TRIPS e na Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996 mostra-se extremamente importante para o combate a práticas atentatórias da livre concorrência: a licença compulsória ou obrigatória.

As licenças compulsórias são autorizações que o Estado (por via administrativa ou judicial) concede para o uso de uma invenção patenteada por uma pessoa distinta de seu titular, sem o consentimento deste último. Ainda que não constituam um instrumento novo, as licenças compulsórias recorreram uma particular relevância na atual reforma do sistema de patentes, na medida em que permite estabelecer limites flexíveis, adaptáveis às circunstâncias, para o exercício dos direitos exclusivos do titular da patente; evitando, assim, que tal direito seja utilizado de forma contrária à ordem econômica e social.

Para tanto, o trabalho se dividirá em três partes. Na primeira parte estudaremos, de forma sucinta, o conceito de patente e os limites ao seu exercício. Na segunda parte, analisaremos o uso da licença compulsória como instrumento eficaz para o combate às condutas atentatórias da concorrência. A terceira parte consistirá na conclusão. Procuraremos apresentar ao leitor elementos de direito comparado, assim como a doutrina e a jurisprudência específica sobre o tema.

## **PARTE I. O DIREITO DAS PATENTES E OS LIMITES AO EXERCÍCIO ABUSIVO DO PRIVILÉGIO**

### **CAPÍTULO 1. O APARENTE CONFLITO ENTRE O DIREITO DO INVENTOR E AS LICENÇAS OBRIGATÓRIAS**

#### **1. Generalidades**

Para o estudo do instrumento da licença compulsória é preciso partir antes da análise do sistema de patentes e dos “direitos de propriedade” do inventor.

Diversas teorias foram elaboradas para justificar a concessão de patentes. Uma das mais difundidas é a que sustenta que a concessão dos monopólios temporários é necessária para que o inventor recupere os gastos com a investigação e recebe um incentivo pelo aporte tecnológico que traz à sociedade.

Os fundamentos e efeitos do sistema de patentes foram, durante muito tempo, objeto de um intenso e inconcluso debate. O próprio direito de patentes incorpora mecanismos para limitar o uso abusivo dos direitos monopolísticos e, com isso, os efeitos negativos que o exercício de direitos absolutos poderiam ter sobre a inovação e a transferência de tecnologia, assim como sobre o acesso dos consumidores a produtos protegidos.

O sistema de proteção das invenções por patentes, repousa – como ensina Salamolard – na idéia de que apesar dos inconvenientes que este siste-

ma implica, a sociedade é beneficiada<sup>1</sup>. Para que seja garantido o interesse público, o inventor deve cumprir determinados encargos, sob pena de perder a patente ou ver-se exposto a ter que outorgar licenças compulsórias. Entre as sanções previstas ao titular que abusa do direito de patente, a licença obrigatória é a menos grave.

Desta forma, busca-se um equilíbrio entre o direito individual (do inventor) e o direito da sociedade. O primeiro é remunerado pelo aporte tecnológico que propicia, enquanto o grupo social é beneficiado pelo avanço tecnológico e pelo abastecimento do mercado com produtos e serviços de melhor qualidade.

Entretanto, atuando o titular da patente de forma abusiva, contrariando dessa forma o interesse público, pode o Estado atuar e, por motivos superiores, retirar do titular o direito de impedir que terceiros explorem a sua invenção. Considerando que o inventor goza de um privilégio concedido pelo próprio Estado, é aceitável que o este tenha o poder de intervir para restabelecer um equilíbrio alterado pelo titular da patente, em prol do interesse geral.

A licença obrigatória, portanto, é um sacrifício menor que o sistema patentário impõe ao titular do privilégio, uma vez que não há uma verdadeira expropriação, mas uma outorga obrigatória do direito, para que outros possam explorar a invenção. O titular da patente, embora não possa se opor ao uso de sua invenção por terceiros, tem direito à receber uma retribuição pecuniária em virtude da licença compulsória.

## **2. Conceito tradicional de propriedade industrial**

A concepção clássica considerava o direito do inventor sobre sua criação intelectual como uma espécie de direito natural que a lei simplesmente regulamentava. A declaração da Conferência Internacional de Paris de 1878, precursora da Convenção da União de Paris de 1883, assinalou que “o direito dos inventores e criadores industriais sobre seu trabalho é um direito de propriedade: o direito civil não o cria, apenas o regula”.

Nesta mesma linha, Plaisant assinalava que a principal justificação teórica do direito do invento ou, em geral, do criador na esfera industrial, apóia-se no princípio de que a missão da lei é procurar a manifestação mais ampla possível da personalidade humana<sup>2</sup>.

A doutrina moderna se divide em duas correntes principais, no que tange à natureza jurídica do direito do inventor sobre sua criação: uma que

---

<sup>1</sup> Salamolard. J.M, La licence obligatoire en matière de brevets d'invention, Librairie Droz, Genebra, 1978, p. 215.

<sup>2</sup> Plaisant, M., De la protection internationale de la propriété industrielle, p. 10.

nega se tratar de um direito de propriedade e outra que o considera como um tipo de propriedade sobre bens incorporais.

Seguem a primeira corrente, doutrinadores como Passarelli, Barassi, Santoro e Mazeaud. Os irmãos Mazeaud consideravam que as propriedades literárias, artísticas, etc., não constituíam, apesar do nome, direitos de propriedade, mas sim direitos pertencentes a uma classe especial, que não são nem direitos reais e nem direitos pessoais<sup>3</sup>. Também Passarelli considerava que as obras do intelecto tinham uma natureza radicalmente distinta dos direitos reais.

Por outro lado, consideram que os direitos do inventor se enquadram no conceito de propriedade de bens incorpóreos, Boulanger, Planiol e Ripert, na doutrina francesa; o italiano Messineo e os espanhóis Puig Brutal e Gómez Segade. Para Messineo, por exemplo, a propriedade de bens imateriais é propriedade imobiliária, mas a disciplina jurídica dos bens imateriais se aparta notavelmente da dos bens móveis comuns; portanto, não se pode aplicar aqui mais que uma mínima parte de sua regulação<sup>4</sup>.

Com efeito, em matéria de invenções a “propriedade” possui atributos diferentes daquela inerente aos bens móveis ou imóveis (corpóreos). O termo “propriedade intelectual”, portanto, se deve mais à tradição e à comodidade verbal do que à semelhança com a idéia de domínio no sentido romanista e adotado pelos códigos civis.

### **3. Conceito e natureza de propriedade industrial no direito contemporâneo**

A Constituição de 1988 erige a propriedade industrial como um direito fundamental da pessoa humana, ao estabelecer que “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros sinais distintivos, tendo em vista o interesse social ou o desenvolvimento tecnológico ou econômico do país”. Cumpre observar que a Constituição utiliza o termo “privilégio” e não “propriedade”, ao referir-se à patente e outros direitos de propriedade industrial.

A jurisprudência americana considera que a patente é um “monopólio legal”, que deve ser exercido dentro de certos parâmetros. A obtenção ou compra de patentes não implica necessariamente um ato ilícito, mas quando unida a outros fatores como a criação de cartéis, a fixação de preços, as limi-

---

<sup>3</sup> Mazeaud, Henry, Leon e Jean, *Leçons de Droit Civil – Obligations*, p. 1022.

<sup>4</sup> Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, p. 379.

tações na produção ou outras condutas contrárias à concorrência, é possível a limitação deste monopólio<sup>5</sup>.

Portanto, descartado o fundamento de propriedade absoluta, reconhece-se uma espécie de monopólio legal, cujos limites são impostos pelas barreiras demarcadas pela legislação antitruste. Nos EUA, os tribunais consideraram ilícitos os acordos para não utilização de patentes (144 U C 224, 1892); a regulação no contrato de licença de preço do preço de produtos finais não patenteados, ainda que incorporem algum elemento patentado (S.D.N.Y, 1948) e as cláusulas atadas nos contratos de licença (320 US 680, 1944).

Para determinada doutrina europeia, os direitos de propriedade industrial constituem “direitos de clientela”. Os direitos de clientela se caracterizam por uma exclusividade, um monopólio. Eles constituem ao lado dos direitos pessoais e reais uma terceira categoria de direitos. Os direitos de propriedade industrial diferem dos direitos pessoais porque são oponíveis a todos. O titular da patente pode, com efeito, impedir qualquer pessoa de fabricar um produto protegido ou de utilizar o método coberto pela patente. Da mesma forma, o titular da marca pode se opor a que outra pessoa qualquer venha a utilizar o mesmo sinal para designar um produto similar<sup>6</sup>. Portanto, o direito de propriedade industrial é um direito erga omnes. No entanto, ele não se confunde com o direito real de propriedade porque têm uma existência relativamente breve: os direitos de propriedade industrial não são perpétuos.

Ainda segundo Roubier<sup>7</sup>, esta qualificação se deve à função desses direitos, partindo da idéia segundo a qual as prerrogativas desses direitos se realizavam sobre uma clientela. No entanto, Mousseron<sup>8</sup> demonstrou, analisando o conteúdo desses direitos, que se tratava de “direitos de propriedade incorpórea”, noção que foi consagrada pela doutrina e jurisprudência estrangeiras.

Da mesma forma, os bens, segundo o nosso direito, só podem ser móveis ou imóveis. Optou o legislador nacional em considerar como bens móveis os direitos de propriedade industrial, aplicando-se a eles a regras cabíveis previstas no Código Civil no que se refere à sucessão, etc. Portanto, a patente, por exemplo, é um bem móvel incorpóreo que se diferencia, entretanto, do direito de propriedade tradicional.

---

<sup>5</sup> Poli, I. “La patente de invención como instrumento monopólico en el derecho norteamericano”, *Revista del Derecho Industrial*, n. 1, 1979, p. 34.

<sup>6</sup> Ou mesmo um produto ou serviço pertencente a outro domínio econômico, quando se tratar marca notória.

<sup>7</sup> Ob. cit., t. 1, n. 22, p 98 e segs.

<sup>8</sup> M. Mousseron, *Contribution à l’analyse objective du droit du breveté d’invention*, 1960, n. 247 e ss.

De qualquer forma, seja um direito natural, um monopólio legal ou um direito de propriedade sobre a invenção, não podemos deixar de considerar que se trata de um direito limitado, como o são, aliás, todos os outros direitos subjetivos. O Direito não admite o exercício abusivo de um direito, de forma a prejudicar a sociedade ou desviar-se dos objetivos legais e da boa-fé.

No caso da patente, o remédio mais eficaz contra tal exercício abusivo é a licença compulsória. As legislações de todos os países condicionam a manutenção do privilégio da patente ao cumprimento, pelo seu titular, de determinados encargos. Tal restrição não se afigura inconstitucional, uma vez que as constituições modernas sustentam que a propriedade deve observar sua função social. Não há conflito, portanto, entre o sistema de patentes e as licenças obrigatórias, que se fundam no interesse maior da sociedade.

## **CAPÍTULO 2. DIREITO DE EXCLUSIVIDADE E LICENÇAS OBRIGATÓRIAS**

### **1. Os direitos conferidos ao inventor**

A patente confere a seu titular um direito exclusivo de exploração da invenção que, no direito brasileiro é de vinte anos, a partir da data do depósito do pedido (art. 40 da Lei 9.279/96). A extensão da proteção pela patente será determinada pelo teor das reivindicações, interpretado com base no relatório descritivo e nos desenhos.

Assim, podemos concluir que o direito de exploração exclusivo do inventor ou seu sucessor poderá ser exercido apenas com relação à invenção reivindicada. O que não foi reivindicado não pode ser objeto do monopólio conferido pela patente.

A reivindicação é que determina a invenção patenteada e ela deve ser interpretada com base na descrição dessa invenção e com a ajuda dos desenhos, se for necessário. Conseqüentemente, o primeiro passo a ser dado para a determinação da invenção protegida é o estudo do relatório descritivo, que permitirá a compreensão dos seus elementos constitutivos considerados quanto à sua forma, aplicação e função.

No que se refere ao alcance territorial, os efeitos da patente vigoram sobre todo o território nacional. O titular da patente, pode, portanto, impedir que um terceiro explore sua invenção em qualquer estado brasileiro. No entanto, a patente é um direito divisível. Nada impede que o titular da patente conceda licenças exclusivas de uso para partes distintas do território nacional para diferentes licenciados.

O direito ao uso da invenção é exclusivo. A patente confere ao seu titular o direito de impedir que terceiros explorem a invenção sem o seu consentimento. A lei enumera os atos que podem constituir uma indevida explo-

ração da patente: a produção, o uso, a exposição para venda, a venda e a importação de objetos da invenção. O rol do art. 42 da lei brasileira é meramente enunciativo, mesmo porque, diante da complexidade das relações industriais e comerciais modernas, seria difícil ao legislador prever todos os atos que podem significar uma exploração ilícita da invenção (por exemplo a locação, o leasing do produto patenteado, etc.).

## 2. Relatividade do direito de exclusividade

Conforme já foi salientado, o direito de patente não é absoluto e sem controle. A lei prevê que pode estar submetido a diversas restrições. Em princípio os direitos conferidos pela patente são oponíveis contra todos, ou seja, o seu titular pode impedir qualquer pessoa de fabricar ou explorar um produto protegido, durante o tempo em que a patente estiver em vigor.

No entanto, o art. 43 da Lei n. 9.279/96 estabelece alguns limites ao exercício desse direito e que levam em consideração a natureza do ato, de ínfimo ou nenhum conteúdo econômico, ou necessário para um uso farmacêutico extremamente limitado. Esses mesmos limites são praticados no direito comparado<sup>9</sup>.

Com efeito, não pode o titular da patente se opor contra os atos praticados por terceiros no âmbito privado, familiar e sem finalidade comercial, desde que não acarretem prejuízo ao interesse econômico do titular da patente.

Assim, pode, por exemplo, uma pessoa não-autorizada construir um instrumento patenteado para utilização doméstica. No entanto, se ele produzir vários instrumentos e distribuir pela vizinhança, estaria configurada a violação dos direitos conferidos pela patente.

Também foge ao âmbito de ação do titular da patente, o uso ou qualquer outro ato de exploração da invenção patenteada, desde que tenha finalidade experimental ou científica. Não há conotação econômica direta e expressiva nesse caso.

Da mesma forma, não pode o titular da patente impedir a preparação de medicamentos, com a condição de que seja executada por profissional habilitado, mediante prescrição médica e se refira a casos unitários, individuais.

Outros limites ao exercício dos direitos conferidos ao patenteado são representados pelo princípio do “esgotamento” do direito. Este princípio dis-

---

<sup>9</sup> O art. 30 da lei francesa estabelece o direito do titular de impedir o uso da patente não alcança os atos ocorridos em um âmbito privado e com fins não comerciais, os atos realizados com fins experimentais e científicos, e as preparações de medicamentos esporádicos, mediante receita médica. Enfim, o conteúdo da norma é idêntico ao dispositivo contido na lei brasileira.

põe que o direito do titular da patente em impedir que terceiros explorem o seu objeto não se aplica aos produtos (patenteados ou originários diretamente de processos patenteados) introduzidos no mercado pelo próprio titular da patente ou com o seu consentimento.

Destarte, o direito do titular da patente sobre os produtos objetos da invenção não pode mais ser invocado após a comercialização desses bens, seja através da venda, locação, empréstimo, etc. A revenda desses produtos pelo comprador, por exemplo, não caracterizará ato de contrafação. Assim, o titular da patente, após a colocar o produto no mercado, ou consentir com a sua colocação, não pode mais controlar, com base na patente, os atos posteriores a esta comercialização. É evidente que ele pode estipular no contrato cláusulas que proíbam a revenda, mas a violação destas cláusulas não implica em infração ao direito da propriedade industrial e sim em infração contratual, regido pelo direito das obrigações.

Dentro das restrições ao direito de exclusividade podemos incluir toda a temática relativa ao regime de licenças obrigatórias. Não pode o titular da patente opor seu direito nos casos em que se impor a supremacia do interesse público. Assim, por exemplo, admite-se a restrição aos direitos do titular da patente por razões de ordem pública, interesse nacional, proteção da saúde pública e proteção da concorrência.

Não obstante, as licenças compulsórias constituem uma limitação de natureza distinta das acima descritas. As exceções aos direitos exclusivos são gerais, vale dizer, aplicam-se a todos os titulares de patentes e podem ser invocadas por qualquer terceiro. Elas se referem a um aspecto particular do direito de exclusividade e sua aplicação não requer autorização prévia do Estado.

As licenças compulsórias, ao contrário, respondem a características bem distintas. Elas requerem autorização prévia; são concedidas a uma pessoa física ou jurídica de maneira individual. Envolvem todos os direitos do patenteado e não apenas alguns deles; e não podem ser invocadas por qualquer terceiro.

### **3. A função da licença compulsória**

A licença obrigatória tem por função evitar o mau uso ou o abuso da patente. Este monopólio pode ser exercido de modo a causar prejuízos ao conjunto da sociedade. Por tal motivo, todos os direitos nacionais que estabelecem a proteção do inventor pela patente, disciplinam também normas que concedem às autoridades administrativas e judiciárias o poder de impedir que o não-uso ou o uso indevido do monopólio possa causar danos à sociedade e ao Estado.

Desde o século passado, os Estados já se preocupavam com a questão da exploração da patente, mais exatamente se esta exploração dependia apenas da vontade do titular da patente ou não. Os Estados europeus adotavam princípio oposto ao dos EUA. As legislações européias do séc. XIX geralmente impunham ao titular da patente a obrigação de explorar, sob pena de uma sanção muito rigorosa consistente na decadência da patente. A lei americana, ao contrário, não previa qualquer obrigação nesse sentido.

Por ocasião de sua adesão à União de Paris, os EUA empreenderam uma campanha para a retirada da decadência por falta de exploração da patente do texto da Convenção. Alegavam que não poderiam aplicar aos súditos unionistas uma medida mais severa do que aquela prevista para os cidadãos americanos e de países não-unionistas. Durante várias décadas os países europeus, notadamente a França, resistiram à essa idéia.

Nas Conferências de Roma (1886), de Bruxelas (1987-1900) e de Washington (1911) as tentativas de substituição da decadência por falta de exploração por outra sanção consistente na licença obrigatória foram rejeitadas pelos países europeus e o art. 5 da CUP não foi modificado. No entanto, na Conferência de Haia (1925), após uma longa campanha em favor da adoção do sistema de licença obrigatória em substituição à decadência da patente patrocinada pela Associação Internacional para a Proteção da Propriedade Intelectual e pela Câmara de Comércio Internacional, foi aprovado um novo texto para o art. 5 da CUP, onde foi suprimido a alínea 2 (que existia desde a criação da União) em virtude do qual o patenteado estava submetido à obrigação de explorar sua patente. A Conferência de Londres (1934) manteve o sistema de Haia, que estabeleceu a licença obrigatória como sanção de base para a falta de exploração da patente.

Por ocasião das discussões no âmbito do GATT, relativas à conclusão do TRIPS, a licença não-voluntária também foi intensamente debatida. O art. 31 do TRIPS prevê apenas excepcionalmente o uso das licenças não voluntárias. Elas podem ser denominadas “licenças obrigatórias”, “licenças de pleno direito” ou “ utilização por necessidade do poder público”.

Antes de tal utilização, em conformidade com a legislação nacional do Estado parte, o Acordo TRIPS impõe ao interessado o dever de se esforçar para obter a autorização do detentor do direito sobre uma base e dentro de um prazo comercialmente razoável. A liberação será concedida apenas em caso de situação nacional crítica ou outros casos de extrema urgência e, sob a reserva de que o detentor do direito seja avisado dentro do melhor prazo.

Assim, a licença compulsória é um instrumento que visa impedir danos à sociedade, em virtude do uso abusivo da patente. Penrose considera que a licença obrigatória das patentes em seu foro mais geral é o método pelo

qual o Estado conserva algum controle sobre a maneira como o possuidor de um privilégio de patente o utiliza<sup>10</sup>

#### **4. Características da licença compulsória**

Quando a licença compulsória for concedida, ela será não-exclusiva, inalienável e deverá servir antes de tudo para o provisãoamento do mercado interior do Estado Parte que o autorizou. O prazo da licença obrigatória poderá ser prolongado quando a situação assim o exigir. Em todo caso, qualquer decisão que a conceder poderá ser objeto de revisão judicial.

Assim, ao contrário da licença voluntária, a compulsória não é exclusiva. Os motivos de interesse público que determinam a outorga da licença compulsória não requerem, em princípio, a concessão de um benefício exclusivo para um terceiro. Seu tempo de duração deve ser fixado pela autoridade administrativa ou judicial, nele não intervindo a vontade das partes.

Finalmente, a licença compulsória não é passível de sub-licença ou cessão. Ainda que não se trate de um negócio intuito personae, a concessão da licença leva em consideração critérios técnicos e econômicos. Como sustenta Gómez Segade, caso fosse possível a cessão seria impossível saber se o cessionário poderia explorar adequadamente a invenção, com o qual não se teria em conta o interesse público que justifica toda licença obrigatória<sup>11</sup>. As cessões, portanto, seriam consideradas nulas.

#### **5. Críticas ao regime de licença compulsória**

Conforme vimos acima, a licença obrigatória foi objeto de polêmica por ocasião da Rodada Uruguai. Seus críticos alegam que tal instrumento implica em um desconhecimento do direito de propriedade dos inventores e que o sistema carece de eficácia.

Tais críticas não podem prevalecer. O Direito atual não admite a existência de direitos absolutos e todo e qualquer instituto legal deve observar a sua função social. Quanto à segunda crítica, Penrose, acertadamente, ensina que o remédio de um sistema obrigatório ineficaz não é aboli-lo e sim aperfeiçoá-lo. Ainda que pouco utilizadas, as licenças obrigatórias atuam como um mecanismo corretor do sistema de patentes e servem de dissuasão ao exercício abusivo do privilégio. É preciso, no entanto, que a legislação e a jurisprudência aperfeiçoem este instituto, que pode ser de suma importância para o combate a condutas contrárias á concorrência, em decorrência do uso abusivo da patente.

---

<sup>10</sup> Penrose, E. La economía Del sistema internacional de patentes, p. 73.

<sup>11</sup> Gómez Segade, J.A, La protección jurídica de las invenciones y la industria químico-farmacêutica, p. 403.

## **PARTE II. LICENÇAS COMPULSÓRIAS POR ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE**

Na primeira parte do trabalho vimos que a concessão da patente pelo órgão governamental confere um direito de uso exclusivo da invenção por um prazo de vinte anos, segundo a legislação brasileira. Trata-se, portanto, de um “monopólio legal” admitido pelo Direito pelos benefícios que traz à sociedade. Ultrapassado o período de proteção, a invenção cai sob domínio público e pode ser utilizada livremente. Desta forma, a sociedade é beneficiada pelo aporte tecnológico e pela solução a problemas comuns representado pela invenção. Portanto, é essencial a exata descrição da invenção – no pedido da patente – para que esta posteriormente possa ser reproduzida por qualquer técnico no assunto.

Não obstante, há uma aparente contradição entre o sistema de propriedade industrial e o direito de concorrência, que deve ser compatibilizada a fim de favorecer a criação de valor agregado e o desenvolvimento tecnológico do país, sem prejuízo da livre concorrência e da proteção dos consumidores.

### **CAPÍTULO 1. DIREITOS INDUSTRIAIS E CONCORRÊNCIA**

Ao se analisar o funcionamento do sistema de propriedade intelectual, observa-se sua relação com a liberdade de concorrência. Em um último exame, os direitos de propriedade industriais limitam a livre concorrência.

A princípio, o objetivo final perseguido pelo sistema de propriedade industrial não aponta para a formação de monopólio, mas não se pode negar que o direito de exclusividade que lhe é ínsito pode afetar a concorrência.

O elenco de direitos específicos de que goza o titular de um direito de propriedade industrial significa para seus competidores uma limitação correspondente à sua atividade<sup>12</sup>.

O titular de uma patente goza de diversos direitos que limitam a livre concorrência no mercado, dentre os quais se inclui: a exclusividade de fabricação do produto ou utilização do processo de produção patentado em todo o território nacional, pelo prazo de vinte anos; direito de comercialização exclusiva do produto; direito a conceder licenças exclusivas ou não, limitadas no tempo ou no espaço, podendo impor condições às quais se sujeitará a exploração da invenção por terceiro e regular em maior ou menor medida, a atividade produtiva e comercial deste; pode acumular patentes de forma a excluir o ingresso de competidores no mercado e, ao explorar o produto ou

---

<sup>12</sup> Carlos M. Correa e Salvador D. Bergel, ob. cit., p. 91.

processo de forma exclusiva pode fixar preços mais elevados do que aquele que surgiria em um mercado em situação de concorrência.

Não há dúvida, ainda, de que dependendo da importância estratégica do produto – tal como sucede com as invenções farmacêuticas ou tecnológicas – o titular da patente pode alcançar uma posição dominante no mercado correspondente e abusar desta situação em que não é ameaçada por concorrentes diretos ou potenciais.

O controle dos abusos poderá ser feito mediante a aplicação da lei sobre concorrência (Lei n. 8.884/94, no caso do Brasil) e/ou pela aplicação de instrumentos do próprio sistema de propriedade industrial, como é o caso da licença compulsória.

### **1. O abuso de posição dominante**

Segundo a Lei n. 8.884/94, constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa – dentre outras condutas – dominar mercado relevante de bens e serviços e exercer de forma abusiva posição dominante. Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa (art. 20, par. 2, da Lei n. 8.884/94).

Nossa lei, portanto, sofreu influência americana, onde se proíbe a formação de posições dominantes, particularmente na forma de monopólio, assim como seu exercício, podendo inclusive ser imposta a dissolução das empresas correspondentes, independentemente dos prejuízos que tenham sofrido os consumidores e a economia em geral como consequência do exercício do poder de mercado resultante das posições dominantes. Já o direito comunitário considera lícitas as posições dominantes e seu exercício regular, reprimindo unicamente as condutas que, baseadas em tais condições, possam ser qualificadas como abusivas.

Pelo que se infere do art. , II e IV, da Lei n. 8.884/94, tanto o domínio de mercado relevante (ainda que não traga imediato prejuízo à concorrência e aos consumidores), como o seu exercício abusivo são consideradas condutas atentatórias da ordem econômica. O legislador pátrio levou em consideração que determinadas condutas anticompetitivas podem ser consequência de decisões unilaterais fundadas na posição adquirida em um mercado determinado.

Considera-se que a empresa encontra-se em uma posição dominante quando tem o poder de atuar independentemente, o que as coloca na posição de atuar sem ter em conta seus próprios competidores, compradores ou prove-

dores. Segundo Dubois<sup>13</sup>, “a posição dominante se define pelo poder de uma ou mais empresas, mediante a confiscação em seu proveito da influência sobre o mercado, de determinar sua conduta com toda independência, em suas relações verticais ou horizontais e de comportar-se de tal forma que a posição de independência econômica seja utilizada, conscientemente ou não, para conservar ou reforçar este poder”.

A jurisprudência e a doutrina elaboradas com base nas normas européias expõem vários elementos indicativos da existência de posição dominante:

a) Numero de empresas que atuam no mercado relevante. Quando uma só empresa atua no mercado considerado, se configurará uma situação de posição dominante; mas nada impede que a presença de um número maior de empresas assegure que não exista tal situação.

b) Participação proporcional da empresa no mercado relevante. Este elemento é considerado importante pela jurisprudência européia, que considera, em geral, que uma participação superior a 80 por si só é suficiente para indicar uma posição dominante. A lei brasileira é mais rigorosa e afirma que a posição dominante é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% do mercado relevante. O critério de participação proporcional no mercado apresenta as vantagens derivadas de sua simplicidade, quantificação e facilidade de prova.

c) Tamanho absoluto da empresa. O tamanho da empresa é considerado um fato significativo em razão do poder de mercado que poderia deter face ao maior acesso a recursos financeiros e sistema de distribuição, entre outras vantagens derivadas de sua magnitude absoluta. Ainda que a empresa, isoladamente, não seja grande, deve-se levar em consideração o tamanho do grupo econômico do qual faz parte (art. 20, par. 3, da Lei n. 8.884/94).

d) Relação preço/custo da empresa. Se uma empresa conta com a possibilidade de obter utilidades significativamente por cima da taxa normal de mercado, durante um prazo razoável, supõe-se que foi imposto obstáculo ao ingresso de outras empresas ao mercado, manifestamente lucrativo, o qual implicou em uma pressão sobre o nível de ganhos no correspondente setor.

e) Relações com provedores e canais de distribuição. Quanto maior a possibilidade de acesso a matéria primas e outros insumos, e aos sistemas de comercialização existentes, maior a chance de a empresa gozar de uma posição privilegiada no mercado, de forma a excluir seus competidores potenciais.

---

<sup>13</sup> Cita. Por Mongiello, A, Lo sfruttamento abusivo di pozione dominante nella giurisprudenza della Commissione e della Corte di Giustizia, in Rivista di Diritto Industriale (1980), t. 29, p. 50.

f) Poder de fixação de preços. Este é um elemento de grande importância, pois indica de forma nítida a falta de concorrência em determinado mercado, que caracteriza a posição dominante. Não obstante, em muitos mercados não é possível determinar com facilidade a magnitude do poder sobre os preços, seja por força do caráter fungível dos produtos envolvidos, que impede as empresas cotizar preços divergentes.

g) Situações conjunturais. Em determinadas circunstâncias, uma empresa que opera normalmente em um mercado competitivo pode encontrar-se em uma posição de predomínio devido à escassez relativa da oferta, que lhe permite impor condições abusivas sobre seus clientes.

A autoridade antitruste deve, portanto, considerar tais elementos como reveladores de uma possível posição dominante por parte de determinada empresa ou grupo de empresas.

Não mais das vezes, a posição dominante em determinado mercado leva a empresa a praticar atos abusivos, que não praticaria em um mercado onde estivessem presentes outros competidores. Dá-se, então, o exercício de forma abusiva de posição dominante.

Destarte, existe conduta abusiva quando a empresa dominante, atuando sem a justificação de um interesse objetivo, explora ou prejudica gravemente as outras empresas que operam no mesmo mercado e aos consumidores. O fato de que uma ou mais pessoas se comportem no mercado de forma a obter vantagens anormais em relação às que lograriam em caso de sofrer as pressões de forças concorrentes é igualmente constitutivo do abuso aqui analisado<sup>14</sup>.

Como veremos a seguir, a titularidade de uma patente ou de outro direito de propriedade industrial pode levar uma empresa a uma posição dominante e ao abuso desta situação.

## **2. Propriedade industrial e concorrência: principais abusos**

Um dos campos de maior complexidade do Direito da Concorrência é o correspondente à relação entre as normas que protegem a livre concorrência e as que estabelecem direitos de propriedade industrial. Esta é uma matéria em constante evolução e suas dificuldades aumentam em razão de sua frequente vinculação com operações de caráter internacional<sup>15</sup>. O eixo da complexidade da matéria radica na contradição inerente à coexistência de normas

---

<sup>14</sup> Cabanellas, G. Derecho Antimonopólico, p. 666.

<sup>15</sup> Sobre o tema, a UNCTAD projetou um Código Internacional de Conduta para a Transferência de Tecnologia, que reúne elementos próprios da aplicação da legislação sobre concorrência aos contratos internacionais de transferência de tecnologia.

jurídicas que protegem a propriedade industrial com as que tendem a manter uma situação de livre concorrência.

No que se refere especificamente à patente, os atos que podem constituir infração da ordem econômica concernem à aquisição de patentes; à utilização de patentes e à outorga de licenças voluntárias.

### **2.1. Atos relativos à aquisição de patentes**

A aquisição de direitos exclusivos sobre a invenção não é ilícita. Os direitos de propriedade industrial podem ser transferidos. Não obstante, em determinados casos, podem dar lugar à uma infração da legislação antitruste, cabendo mencionar os seguintes:

A) Aquisição das patentes necessárias para operar em determinado mercado. Oposta à conduta de uma empresa que, mediante suas atividades de pesquisa e desenvolvimento, obtém determinadas patentes, está a da sociedade que adquire de terceiros uma parte substancial das patentes correspondentes a determinado setor produtivo, obtendo assim os meios necessários para impedir o acesso de possíveis competidores ao mercado correspondente. Tal conduta caracteriza a infração prevista no art. 20, II e art. 21, IV, da Lei n. 8.884/94.

B) Aquisição fraudulenta de patentes. Mediante falsas manifestações, ocultação de anterioridades ou outros meios proibidos, uma empresa pode obter uma patente de forma contrária ao previsto na lei sobre propriedade industrial. Tal patente seria considerada nula, mas pode também ser considerada como uma conduta punível sob o ponto de vista do Direito de concorrência. Os tribunais americanos vêem nesta conduta uma infração à Lei Sherman, quando há conhecimento da falsidade da informação ministrada às autoridades, intenção dolosa, e quando a falsidade foi essencial para a outorga da patente<sup>16</sup>.

C) Transações utilizadas para obstaculizar o acesso aos mercados. Uma transação entre o solicitante de uma patente e uma empresa que se opõe a tal pedido pode dar lugar a uma restrição da concorrência se tal transação é utilizada para excluir competidores potenciais. No caso *US vs. Singer Manufacturing Co*, uma empresa italiana se opôs a uma patente solicitada nos EUA por uma empresa americana. Esta reconheceu a prioridade da empresa italiana em troca de uma licença a seu favor. Posteriormente, devido à possibilidade de ingresso de competidores japoneses no mercado americano, as duas empresas celebraram um contrato cessão, para que firma americana opusesse a pa-

---

<sup>16</sup> *Blonder Tongue Laboratories Inc v. University of Illinois Foundation*, 422 F.2d 769 (7<sup>th</sup>.Cir. 1970)

tente contra os japoneses, com maior chance de êxito. A Corte Americana considerou tal tratativa uma violação contra a concorrência, não pelo fato em si da cessão da patente, que é lícita, mas porque houve uma colusão entre as empresas destinada a impedir que prioridades chegassem ao conhecimento da autoridade de propriedade industrial.

D) Intercâmbio de direitos sobre patentes. Pode ocorrer que diversas empresas concordem em outorgar umas às outras as patentes obtidas ou a absterem-se delas, seja mediante um condomínio sobre tais patentes ou através de licenças cruzadas (“patent pools”). A operação de patentes em comunidade não é por si ilícita sob o ponto de vista do Direito das patentes, mas pode violar a concorrência quando, por exemplo, implica na divisão de mercados derivada da cooperação entre os titulares de patentes, levando a restrições desnecessárias sobre a concorrência e caracterizando um abuso de direito de propriedade industrial. Esta conduta tipificaria a infração prevista no art. 21, III, da Lei n. 8.884/94.

## **2.2. Atos relativos à utilização de patentes.**

Neste tópico, a conduta mais grave é a não utilização das invenções patenteadas. A lei americana não prevê a obrigação de uso das invenções protegidas por patentes, de forma que o titular poderia evitar a utilização de uma invenção. Segundo a lei brasileira, o não-uso da invenção patenteada por um prazo de três anos, de forma séria e efetiva, de modo a satisfazer as necessidades do mercado, pode determinar a outorga de licença compulsória (art. 68, par. 5, da Lei n. 9.279/96). Conforme vimos na primeira parte deste trabalho, o inventor não é titular de um direito absoluto, devendo ser observada a função social do privilégio da patente.

Questão polêmica refere-se à obrigatoriedade ou não do titular da patente outorgar licenças voluntárias, quando recebe propostas justas e equitativas. Entendemos que a negativa de licenciar os direitos de propriedade intelectual pode, em determinado caso concreto, representar um abuso de posição dominante, de forma que deve a autoridade antitruste solicitar ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPE), a outorga de licença compulsória.

## **2.3. Atos relativos aos contratos de licença**

Grande parte das regras desenvolvidas pela jurisprudência americana e europeia em relação ao exercício de direitos de propriedade industrial relacionam-se com contratos de licença e transferência de tecnologia. Embora sejam benéficos de forma geral, por propiciarem a transferência e a disponibilização de tecnologia, os contratos de licença constituem também um meio eficaz para impor restrições sobre o licenciado, devido ao poder de mercado derivado dos direitos exclusivos sobre as invenções tuteladas.

A transferência de tecnologia patenteada pode acarretar danos à concorrência, conforme as disposições contratuais que tenham sido pactuadas pelas partes e as condições reinantes no mercado. De fato, algumas cláusulas inseridas nos contratos de licença podem ter efeitos negativos sobre a livre concorrência e constituir infrações contra a ordem econômica.

A matéria é complexa, pois de um lado envolve a liberdade contratual e o legítimo exercício dos direitos de propriedade industrial e, por outro lado, podem tais cláusulas revelar abuso de posição dominante por parte do titular da patente. Assim, deve ser analisado o caso concreto, para se averiguar se a conduta do licenciante configura um abuso de posição dominante ou simplesmente uma extensão de seu direito de titular da patente. Por outro lado, deve-se atentar para o fato de que a imposição de cláusulas restritivas pode, na verdade, evidenciar uma menor abertura e competitividade dos mercados, além de impedir o interesse geral consistente na divulgação do conhecimento.

Em suma, cabe à autoridade antitruste examinar se determinada cláusula imposta pelo licenciante constitui mero exercício dos direitos inerentes à titularidade da patente (ou de outro direito de propriedade industrial, como a marca); ou, ao contrário, se representam abuso de posição dominante.

Com efeito, determinadas cláusulas são potencialmente prejudiciais ao interesse econômico geral e danosas ao sistema produtivo. Apenas a título de exemplo, cumpre citar algumas cláusulas que podem configurar abuso de posição dominante:

a) Cláusulas relativas a remuneração ou regalias. Em princípio, as partes podem estipular livremente as taxas remuneratórias, uma vez que tal preço é o que permite ao licenciante obter através da concessão de direitos a contraparte dos benefícios derivados das patentes. Não obstante, a prática de preços discriminatórios pode ter um efeito lesivo sobre a concorrência, ao colocar um licenciário em condições de inferioridade frente às empresas que operem no mesmo setor. As regalias discriminatórias podem também constituir uma forma de abuso de posição dominante e caracterizar a conduta ilícita prevista no art. 21, XII, da Lei n. 8.884/94.

b) Imposição de prestações suplementarias. Os contratos de licença constituem um dos instrumentos utilizados com maior frequência para a imposição de prestações suplementarias. O poder de negociação que outorga a titularidade de uma patente e, no caso de outros contratos de transferência de tecnologia, o controle sobre conhecimentos secretos necessários para determinada atividade econômica, permitem aos licenciantes exigir a aceitação de operações adicionais, tais como a compra de insumos ou cessão de tecnologias complementares não requeridas pelo licenciário. Em razão da posição dominante no mercado de tecnologia que na grande maioria dos casos ocupam

os licenciantes, tal imposição poderá configurar exercício abusivo de posição dominante (art. 20, IV, da Lei n. 8.884/94). Excepcionalmente, entretanto, tais cláusulas podem ser justificadas, quando a prestação suplementaria for necessária para o emprego correto da tecnologia envolvida.

c) Cláusula de retrocessão de melhoras. Mediante tais cláusulas, obriga-se a empresa receptora a transmitir à provedora as melhorias ou aperfeiçoamentos realizados sobre a tecnologia recebida ou a ceder ou licenciar direitos de patentes obtidos pela primeira sobre tais invenções. As legislações reguladoras da concorrência adotam, em geral, uma posição relativamente flexível frente às cláusulas de retrocessão de melhoras. A princípio, são consideradas válidas, desde que os direitos dela derivados em favor do licenciante não sejam exclusivos e exista uma obrigação recíproca a recair sobre este. As cláusulas ora analisadas não representam um impacto negativo sobre a concorrência na medida em que não outorguem direitos exclusivos em favor do licenciante original e garantam ao licenciatário uma contraprestação razoável por suas invenções e desenvolvimentos. No entanto, se derem ensejo à concentração de tecnologia e dificultarem a circulação do conhecimento, podem ter efeitos danosos à ordem econômica e incidir na figura típica prevista no art. 21, XVI, da Lei n. 8.884/94.

d) Restrições territoriais. Nos EUA, a lei sobre patentes permite a imposição ao licenciatário de restrições com respeito da área em que este poderá exercer seus direitos. A princípio, a natureza dos direitos de propriedade industrial permitem a imposição de tal cláusula. No entanto, se a cláusula, além de limitar o uso da invenção restringir elementos técnicos e econômicos necessários para a produção em questão, podemos estar diante de uma divisão de mercados ilícita.

e) Cláusulas relativas ao pessoal do licenciatário. As disposições dos contratos de licença em virtude das quais se outorgam direitos ao licenciante com respeito à designação do pessoal de seu co-contratante têm sido, em geral, consideradas inválidas pelas leis reguladoras da transferência internacional de tecnologia (Ato normativo 15 do INPI). Por outro lado, não violam dispositivos da lei sobre concorrência.

f) Cláusulas restritivas de pesquisas e adaptações do licenciatário. Tais cláusulas não encontram justificativa no direito de propriedade industrial e têm um efeito negativo sobre a concorrência entre as partes contratantes, seja com relação à oferta de tecnologia, ou a respeito dos produtos fabricados. Tais cláusulas não supõem o exercício dos direitos inerentes à patente, não são necessárias para proteger possíveis interesses legítimos do licenciante, que pode, neste sentido, incluir cláusulas de retrocessão de melhoras, dentro dos limites acima analisados.

g) Proibição de utilização de tecnologias competitivas. Este tipo de cláusula apresenta diversos efeitos lesivos da livre concorrência. Restringe o livre acesso do licenciário aos mercados de tecnologia e, como outras cláusulas atadas e de provisionamento exclusivo, podem fortalecer a posição dominante do licenciante nesses mercados e naqueles que são atendidos mediante a utilização da tecnologia objeto do contrato de licença. Ademias, impede o licenciário de efetuar uma seleção livre e razoável da tecnologia a ser por ele empregada, podem assim conduzir a estruturas produtivas ineficientes. Resulta, assim, proibida pela norma disposta no art. 21, XVI, da Lei n. 8.884/94.

h) Restrições sobre o volume e estrutura da produção. As restrições sobre o volume de produção são frequentemente consideradas lícitas quando se referem à utilização da invenção objeto da licença. Caso contrário, são consideradas ilícitas, uma vez que – tal como as restrições territoriais – podem encobrir práticas concertadas dirigidas a limitar a oferta em determinado mercado. Não pode ser confundidas com os controles de qualidade impostos pelo licenciante, que são admissíveis.

i) Outras cláusulas dos contratos de licença. Outros tipos de cláusulas que podem ser inseridos nos contratos de licença merecem especial atenção por parte da autoridade antitruste, uma vez que podem dissimular infrações contra a ordem econômica. Cabe mencionar, a título ilustrativo, algumas estipulações contratuais que podem resultar ilícitos sob o ponto de vista do direito da concorrência. São elas: cláusulas que dificultam ou penalizam a propositura de ações relativas à validade da patente objeto da licença; cláusulas que limitam a produção e outros direitos do licenciário posteriores à expiração das patentes correspondentes; cláusulas que restringem os meios a serem utilizados para a comercialização ou sobre as pessoas para quem poderão ser vendidos os produtos fabricados sob a licença; cláusulas que limitem o licenciário da utilização de suas próprias marcas (supõem a obrigação explícita ou implícita de utilizar as marcas do licenciante) e cláusulas que permitam ao licenciante interferir na direção e administração do licenciário. Estas últimas somente podem ser justificadas quando forem necessárias para assegurar o cumprimento dos fins legítimos do licenciante, como, por exemplo, para permitir a inspeção das instalações do licenciário para fins de controle de qualidade.

Enfim, os exemplos apresentados mostram a complexidade do tema relativo aos direitos de propriedade industrial e sua relação com o direito de concorrência e os abusos que podem ser cometidos pelo titular das patentes. Tais exemplos mostram a importância da previsão legal de instrumentos que podem inibir o exercício abusivo dos direitos de exclusividade derivados da patente, como é o caso da licença compulsória.

## CAPÍTULO 2. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO

Na União Européia, o TJCE foi chamado a resolver se o titular de um direito abuso de sua posição dominante quando se nega a conceder a terceiros a licença de distribuição de determinadas peças, inclusive quando os interessados na licença estão dispostos a pagar uma contraprestação razoável. No caso “Volvo”, o entendimento da Corte Européia de Justiça foi no sentido de que a negativa a licenciar direitos sobre os desenhos de peças automotivas não poderia constituir em si mesmo um abuso de posição dominante, sendo direito do titular do desenho registrado impedir que terceiros fabriquem, vendem ou importem produtos que incorporem o desenho, precisamente a matéria própria de seu direito exclusivo.

Não obstante, assinalou-se na decisão que o exercício de um direito exclusivo pode ser proibido à luz do art. 86 do Tratado de Roma se tal exercício supõe, por parte de uma empresa que goze de uma posição dominante em um mercado determinado certa conduta abusiva, tal como a negativa arbitrária a prover a reposição de peças para empresas dedicadas à reparação de automóveis, a fixação de preços para tais peças de reposição a níveis injustificados ou a decisão de cessar a produção das peças de determinados modelos de automóveis, quando ainda existirem muitos veículos em circulação. Neste caso, admite-se o uso da licença obrigatória para por fim à prática anti-concorrencial.

Com base nesta e outras decisões da Corte européia (v.g. caso “Magill”), sustenta a doutrina a obrigatoriedade - para os titulares do direito de propriedade intelectual - de aceitar as licenças obrigatórias se um terceiro puder demonstrar que o desenvolvimento de um novo produto requer o uso da tecnologia ou da informação protegida, e que a negativa a seu licenciamento se origine no propósito do titular do direito de manter uma posição dominante em um mercado determinado<sup>17</sup>.

Mas é principalmente nos EUA que o uso de licenças compulsórias é mais comum para o combate a condutas atentatórias da livre concorrência e aos abusos do direito de propriedade industrial. Os tribunais americanos tendem a tratar as atividades baseadas no monopólio legal conferido por uma patente de forma mais estrita que as referidas a outras modalidades de propriedade. A Corte Suprema entendeu em 1949 que “as patentes estão condicio-

---

<sup>17</sup> L'Ecluse, P., “Software copyright after Magill, Managing Intellectual Property, dezembro de 1991, p. 12.

nadas para um fim público”<sup>18</sup>, conceito reiterado em 1969, no caso “Lear vs. Adkins”<sup>19</sup>, no qual se observou também que “a concessão de um poder de monopólio ao dono de uma patente constituía uma exceção limitada à política federal que favorece a livre concorrência”.

Neste marco geral de políticas, os tribunais sentenciaram uma multiplicidade de casos, declarando inclusive diversas restritivas previstas em contratos de licença de patentes como ilegais per se, sem necessidade de aplicar a rule of reason. Na década de oitenta, foi adotada uma jurisprudência mais flexível em relação às cláusulas restritivas dos contratos de licença, abandonando o conceito de restrições violatórias per se.

Os primeiros casos de concessão de licenças obrigatórias por violação antitruste no exercício de direitos de patente remontam à década de quarenta. No caso “GE Incandescent Lamp”, os demandados foram obrigados a colocar à disposição do público todas e cada uma das patentes existentes sobre lâmpadas e partes de lâmpadas<sup>20</sup>.

Nos EUA, as licenças obrigatórias foram concedidas desde o final dos anos quarenta como respaldo da legislação antitruste, particularmente da lei Sherman. Tais licenças têm sido concedidas mais que como uma sanção, com um remédio para evitar que uma conduta prejudicial tenha continuidade. Elas são outorgadas sob condições consideravelmente restritivas e az vezes sem mesmo qualquer remuneração como contrapartida (licenças royalty free). Nos casos “Beecham vs. Bristol Myers”, 1979 e “Rhone Poulenc”, em 1990, os tribunais impuseram licenças compulsórias sem pagamento de remuneração aos titulares das patentes.

Nas sentenças de concessão de licenças obrigatórias é comum se impor a obrigação de dar assistência técnica e transferir know-how de fabricação por um determinado prazo<sup>21</sup>. Para remediar situações anticompetitivas, pode-se determinar a extensão das licenças às patentes (correspondentes às registradas nos EUA) obtidas no exterior, com o fim de assegurar as exportações dos beneficiados pelas licenças obrigatórias.

Os EUA, portanto, constituem exemplo notável de aplicação efetiva da licença compulsória como instrumento apto a fazer cessar condutas contrárias à concorrência. Mas países como Inglaterra, Canadá e outros também prevêm tal remédio em suas leis internas. O art. 48(3) da lei de patentes da

---

<sup>18</sup> *Mercoid Copr. vs. Mid-Continental Inv. Co.*, 320 U.S 661, 666, 64 S. Ct. 268, 271, 88 L. Ed. 376, 381 (1944).

<sup>19</sup> 395, U.S 653, 89 S. Ct. 1902, 23 L. Ed. 610 (1969).

<sup>20</sup> *US vs. General Electric Co.*, 115 F. Supp. 835 (D.N.J. 1953)

<sup>21</sup> No caso “Beecham vs. Bristol Myers”, a primeira empresa foi obrigada a transferir informação técnica por dez anos.

Grã-Bretanha prevê expressamente a figura do *refuse to deal* como causa de concessão de licenças compulsórias, para o caso de recusa do titular da patente em conceder uma licença voluntária em termos razoáveis, de forma a impedir ou prejudicar a exploração eficiente da invenção naquele país ou obstaculizar o desenvolvimento econômico e comercial.

Ao nosso ver, as decisões acima examinadas seriam perfeitamente cabíveis no sistema jurídico brasileiro. A Lei n. 9.279/96 prevê a possibilidade de outorga da licença compulsória no caso de insuficiência de exploração da invenção no território brasileiro, de forma a atender as necessidades do mercado interno (art 68, II); e também na hipótese de recusa injusta de licença voluntária, quando tal recusa possa prejudicar o desenvolvimento e a atividade econômica nacional. Por sua vez, a Lei n. 8.884/94 estabelece que o CADE pode recomendar ao INPE para que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator contra ordem econômica (art. 24, IV, “a”). Embora a lei se refira apenas à patente, nada obsta que a licença compulsória alcance outros direitos de propriedade industrial, como os modelos de utilidade e os desenhos industriais.

## CONCLUSÃO

O direito de propriedade industrial e o direito de concorrência perseguem finalidades antagônicas. O primeiro busca criar condições de monopólio, mediante direitos de exclusividade; o segundo, busca garantir que a concorrência seja a mais efetiva possível, em benefício dos consumidores e dos adquirentes de insumos para o processo produtivo.

As licenças compulsórias constituem um dos meios para compatibilizar ambos os sistemas normativos. Elas podem prevenir ou remediar distorções da concorrência derivadas do uso abusivo dos direitos de propriedade industrial. A concessão de tais licenças pode, como o evidencia o direito comparado comentado, basear-se em causas *per se* (que não requerem uma verificação adicional de seu efeito sobre a concorrência, mesmo porque o direito brasileiro antitruste não exige culpa ou dolo) ou em fórmulas mais gerais cuja aplicação a cada caso concreto depende de circunstâncias próprias.

Como vimos, o direito brasileiro admite a outorga de licenças obrigatórias para a defesa da ordem econômica e elas devem ser efetivamente aplicadas, pois contribuirão para impedir o exercício abusivo dos direitos de propriedade industrial em prejuízo da livre concorrência e dos direitos dos consumidores.

**BIBLIOGRAFIA**

ASCARELLI, Túlio. Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales. Barcelona: Bosch, 1970.

BAUDRY-LACANTINERIE, Georges. Précis de Droit Civil, 10<sup>a</sup>. ed. Paris.

BERGEL, Salvador D. e CORREA, Carlos. Patentes y Competência. Buenos Aires: Rubinzal -Culzoni

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Derecho Antimonopólico y de Defensa de la Competencia. Buenos Aires: Ed. Heliastás, s/d.

GOMES SEGADE, J.A . La obligación de explotar las patentes en España y en Iberoamérica. Madri: Montecorvo, 1978.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de A V. A Lei de Propriedade Industrial Comentada. São Paulo: Lejus, 1999.

MACHADO DE ANDRADE, Antonio C. “Política de concorrência e os direitos de propriedade intelectual”. Revista do IBRAC, v. 9, n. 1. São Paulo: IBRAC, 2002.

MASSAGUER, J. Los efectos de la patente en el comercio internacional. Barcelona:Bosch, 1989.

MATHELY, Paul. Le droit français des brevets d’invention. Paris: LJNA, 1974.

MESSINEO, Francesco. Manual de derecho civil y comercial. Buenos Aires: Ejea.

PLAISANT, M. De la protection internationale de la propriété industrielle. Paris: 1933.

PENROSE, E. La economía del sistema internacional de patente. México: Siglo XXI, 1974.

POLI, I. “La patente de invención como instrumento monopólico en el derecho norteamericano”. Revista del Derecho Industrial. Buenos Aires: 1979

SALAMOLARD, J. M. La licence obligatoire en matière de brevets d’invention. Genezbra: Lvraria Droz, 1978.



## DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SETOR ELÉTRICO

### Definição de mercado relevante no segmento de geração de energia

*Paulo Leonardo Casagrande*

#### Introdução

Vários países vêm implementando o que se convencionou chamar reforma regulatória em seus setores de serviços públicos (ou public utilities, na tradição jurídica americana), caracterizada pelo levantamento de restrições e condicionamentos regulamentares encontrados nestes setores<sup>1</sup>. Um dos objetivos deste movimento é a implementação de competição na totalidade ou em segmentos destes setores, quando isso se apresenta viável. No campo jurídico, isso implica em mudanças das mais variadas, mas dois fenômenos conexos se destacam: o caráter "pró-concorrencial" das normas de regulação da atividade econômica, em setores regulados; e a aplicação do direito concorrencial em segmentos dos setores regulados sujeitos aos processos de liberalização<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> O movimento de desregulamentação tem suas raízes teóricas na década de setenta, com o surgimento da chamada Teoria Econômica da Regulação nos Estados Unidos. Esta iniciou-se quando diversos economistas, destacando-se George Stigler e Sam Peltzman, começaram a questionar os motivos tradicionais para a existência de regulação em determinadas atividades, então predominantemente justificadas pelo interesse público em controlar setores socialmente relevantes cujos agentes poderiam, se livres da regulação, atuar na busca de seus próprios interesses e não cumprir as funções de interesse coletivo que tais atividades deveriam apresentar. Essa última teoria é denominada Teoria Normativa da Regulação. Um texto conhecido que descreve este desenvolvimento é o artigo de S. PELTZMAN, "The economic theory of regulation after a decade of deregulation" in BALDWIN, ROBERT; SCOTT, COLIN; HOOD, CHRISTOPHER (org.), *A reader on regulation*; Oxford University Press, Oxford, 1999 (originalmente publicado em *Brookings Papers on Microeconomics*, 1989). A partir dos Estados Unidos, outros países, notadamente o Reino Unido sob o governo conservador da década de 80, implementaram grandes reformas de desregulamentação. Essa tendência de reforma regulatória (quase sempre associada a privatizações) se intensificou na década de 1990, ao ser adotada por outros países da Europa e pelos denominados "países de economia emergente".

<sup>2</sup> Acerca da visão da regulação da atividade econômica como "regulação institucional", que tem como função mínima a integração econômica pela efetiva garantia da instituição "concorrência", ver C. SALOMÃO FILHO, *Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 29 e ss.

Exemplo interessante dessa situação é o que vem ocorrendo com a indústria de energia elétrica. Os processos de reforma no setor elétrico já são realidade em vários países, dentre os quais se inclui o Brasil, que tem implementado medidas para a liberalização do setor desde 1995. A premissa básica a lhes informarem é de que a geração de energia elétrica é uma atividade competitiva, e que, portanto, a regulamentação incidente sobre esta atividade e sobre os preços pagos pelo seu produto, a energia elétrica, deve ser flexibilizada, para que os geradores possam contratar livremente com grandes consumidores e distribuidores (revendedores). Várias são as causas que levaram a esta concepção acerca da geração de energia elétrica, tais como a diminuição da escala eficiente de produção e desenvolvimento das melhores tecnologias de transmissão. Em virtude das conseqüentes facilidade para a entrada de novos competidores e multiplicidade de geradores atendendo a todos os clientes interconectados à mesma rede, a exploração de poder de mercado no segmento de venda neste segmento seria improvável.

Entretanto, novos estudos empíricos demonstram que a atividade de geração e, conseqüentemente, de comercialização de eletricidade no atacado, não podem ser consideradas como perfeitas concorrencialmente, tendo em vista comportamentos estratégicos de empresas geradoras de energia elétrica no intuito de aumentar injustificadamente os preços, valendo-se, para tanto, das características estruturais peculiares desta indústria. Esses estudos têm como principais campos de pesquisa os setores elétricos da Inglaterra e País de Gales, onde a liberalização do setor ocorreu em 1990, e do estado norte-americano da Califórnia, cujo mercado foi desregulamentado em 1998<sup>3</sup>. Di-

---

<sup>3</sup> Os problemas enfrentados pela Inglaterra e pela Califórnia em seus respectivos mercados de energia elétrica no atacado são objeto de numerosos artigos científicos e relatórios governamentais. O Department of Energy norte americano, em seu estudo *Horizontal Market Power in Restructured Electricity Markets* (Washington, March 2000, obtido em <http://www.policy.energy.gov/electricity/HMPReport.pdf>), apresenta os principais textos que demonstram evidências empíricas de exercício de poder de mercado por geradores: WOLFRAM, CATHERINE D., "Strategic Bidding in a Multi-Unit Auction: An Empirical Analysis of Bids to Supply Electricity in England and Wales", in *RAND Journal of Economics*, Vol. 29, Winter 1998, e "Measuring Duopoly Power in the British Electricity Spot Market", *American Economic Review*, Vol. 89, September 1999; WOLAK, FRANK A., PATRICK, ROBERT H. "The Impact of Market Rules and Market Structure on the Price Determination Process in the England and Wales Electricity Market", *POWER Working Paper PWP-047*, Berkeley, University of California Energy Institute, 1997; BORENSTEIN, SEVERIN; BUSHNELL, JAMES; WOLAK, FRANK, "Diagnosing Market Power in California's Deregulated Wholesale Electricity Market", *POWER Working Paper PWP-064*, Berkeley, University of California Energy Institute, 1999. No Reino Unido, o Office of Gas and Electricity Markets (Ofgem), regulador do setor de energia elétrica e gás,

ante disso, tem-se percebido a necessidade de que medidas que impeçam o abuso de poder de mercado por geradoras devem ser postas ou reformuladas.

É com base nesta constatação que se apresenta o presente trabalho. Seu objetivo é duplo. Pretende-se nele inverter a presunção de que a geração de energia elétrica é atividade plenamente competitiva, ao se demonstrar o poder de mercado detido pelos geradores e suas possíveis formas de expressão quando da desregulamentação da comercialização de energia no atacado, a se completar em 2006<sup>4</sup>. O segundo objetivo é demonstrar como a atual norma que define os limites de concentração no mercado de geração de energia, a Resolução da Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL n° 278, de 19 de julho de 2000, partilha desta presunção, ao determinar um mercado relevante de energia que não é adequado ante as características do setor.

O estudo do tema é de especial relevância por dois eventos, um presente e outro futuro. A atual crise energética pela qual passa o país cria condições propícias para uma reflexão crítica sobre modelo de reforma proposto<sup>5</sup> e adotado para o setor, com vistas ao seu aperfeiçoamento<sup>6</sup>. O segundo even-

---

após várias investigações acerca de condutas anticoncorrenciais de geradores, implementou uma reestruturação completa nas regras de comercialização de energia (a ser comentada oportunamente). Além disso, fez uma representação perante a Competition Commission ante a recusa de duas grandes geradoras, AES e British Energy, em assinarem espécie de "compromisso de desempenho" associado às suas licenças de operação (COMPETITION COMMISSION, AES and British Energy: A report on references made under section 12 of Electricity Act 1989 – obtido no endereço eletrônico <http://www.competition-commission.gov.uk/reports/453elec.htm>).

<sup>4</sup> Lei 9.648, de 27 de maio de 1998, artigo 10. Detalhes sobre a liberalização do mercado de energia serão apresentados ao longo deste trabalho.

<sup>5</sup> Ao nos referirmos a “modelo proposto”, temos um objeto semanticamente definido: trata-se do conjunto de medidas sugeridas pela consultoria internacional Coopers & Lybrand, contratada pelo Ministério de Minas e Energia em 1996 para elaboração de análise e proposta de reformas ao setor elétrico brasileiro. Estas medidas se encontram em MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA, Estágio VII – Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro – Relatório Consolidado, Brasília, Dezembro de 1997. Nele foram baseadas várias das medidas tomadas para reformulação do setor, a serem analisadas à frente.

<sup>6</sup> Isso se evidencia até mesmo na produção normativa decorrente da atual situação crítica. A Câmara de Gestão da Crise de Energia (GCE), criada pela Medida Provisória n.º 2.147, de 15 de maio de 2001 (atualmente re-editada com alterações sob n.º 2.209, de 29 de agosto de 2001), já editou resoluções que criam órgãos para a revisão de regras vigentes para o setor, como o Comitê Técnico do Mercado Atacadista de Energia (Resolução GCE n.º 10, de 29 de maio de 2001), responsável por analisar e revisar as regras do MAE; e o Comitê de Revitalização do Modelo do Setor Elétrico (Resolução n.º 18, de 22 de junho de 2001), "com a missão de encaminhar propostas

to é a liberalização do mercado de energia elétrica no atacado, cujo cronograma, caso seja cumprido, prevê que o processo se intensificará no ano de 2003<sup>7</sup>, e em 2006 toda a energia adquirida diretamente de um gerador será contratada a preços livremente estipulados.

Para cumprir com os objetivos a que se propõe, o presente trabalho inicialmente descreverá o atual quadro institucional para a defesa da concorrência no setor elétrico, mais precisamente no que se refere ao controle de suas estruturas, e as características da Resolução nº 278, o que será feito no Capítulo I. Posteriormente, serão descritas as características peculiares e complexas da indústria de energia elétrica, cuja compreensão é imprescindível para a análise subsequente<sup>8</sup>. Esta descrição constituirá o Capítulo II, que detalhará também algumas rationales para a desregulamentação setorial e as medidas tomadas para implementá-la. Aspectos essenciais do atual quadro institucional do setor elétrico brasileiro também serão descritos. Esse estudo inicial das estruturas nos dará subsídios para a demonstração do poder de mercado detido pelos agentes de geração, que será apresentada no Capítulo III.

## **I. Controle das estruturas no setor elétrico brasileiro**

Previamente, devemos fazer algumas considerações acerca do regime constitucional do setor elétrico brasileiro. Trata-se de atividade definida como serviço público<sup>9</sup>, de titularidade da União, que pode ser outorgada a

---

para corrigir disfunções correntes e propor aperfeiçoamentos para o referido modelo" (art. 1º).

<sup>7</sup> A descrição do cronograma de liberalização da comercialização de energia no atacado será feita abaixo. As datas estão previstas no artigo 10 da Lei 9.648, de 27 de maio de 1998.

<sup>8</sup> Isso se justifica por um pressuposto metodológico aqui adotado: não se pode aferir a adequação de regras jurídicas de regulação de mercados dominados e defesa da concorrência sem se averiguar qual o substrato econômico e social em que incidirão. A norma jurídica não é somente uma "regra de interpretação" de condutas humanas, como propugnava Kelsen (Teoria Pura do Direito, Almério Amado, Coimbra, 1998), mas se estrutura a partir de uma realidade social, econômica e cultural, que, ao mesmo tempo, ajuda também a condicionar, por ser uma forma de cognição valorativa dessa mesma realidade. Esse tipo de preocupação na análise do Direito é bastante evidente na obra do Professor Eros Grau (como A ordem econômica na Constituição de 1988, 5ª ed. São Paulo, Malheiros, 1999), e da Professora Cristiane Derani (Direito Ambiental Econômico, São Paulo, Max Limonad, 1997, especialmente Capítulo I).

<sup>9</sup> Uma das análises mais percucientes do conceito de serviço público na doutrina nacional é encontrada na citada obra do Prof. Eros Grau, A ordem econômica na

particulares por meio de concessão, permissão e autorização (art. 21, inciso XII, alínea “b” da Constituição da República)<sup>10</sup>. Como tal, tanto particulares quanto empresas estatais que prestem este serviço o fazem por delegação do poder concedente, e não por lhes serem atividades próprias, como as atividades econômicas em sentido estrito. Além disso, é competência privativa da União legislar sobre energia (Constituição, artigo 22, IV).

Essa digressão é relevante para demonstrar que a União tem competência para imprimir ao setor a estrutura que considerar mais adequada, por ser a titular dos serviços que o compõem. Mas tal modelação não se pode dar de maneira discricionária. Há princípios constitucionais que condicionam tanto a produção normativa do Poder Legislativo quanto a execução de políticas públicas pelo Executivo Federal. Dentre estes se destacam, para o nosso estudo, os princípios da livre iniciativa, função social da propriedade, livre concorrência e defesa do consumidor, por serem princípios que informam a Ordem Econômica (Constituição, artigo 170). Para os fins deste trabalho, tomaremos as normas legais (em sentido estrito) como condizentes a tais princípios, sendo passíveis de remodelação apenas a interpretação de tais normas pela regulamentação infra-legal e as práticas atualmente existentes para o controle de estruturas no setor. Isso se dará, primeiro, pela descrição do atual quadro institucional para aplicação de regras de controle de poder econômico no setor elétrico e, posteriormente, pela análise destas regras.

A legislação do setor elétrico previu uma estrutura institucional para a aplicação das regras concorrenciais no setor. Prevê o artigo 3º da Lei 9.427/96, desde que foi alterado pela Lei 9.648/98, ter a ANEEL competência para: i) impor limites à concentrações no setor elétrico (inciso VIII) e ii) "zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica" (inciso IX). Determinou ainda que "[n]o exercício da competência

---

Constituição de 1988 (pp.139 e ss.), na qual se evidencia o caráter dinâmico deste conceito, em decorrência das alterações nas relações de produção existentes. Essa noção de dinamismo do conceito de serviço público será evidenciada quando analisarmos as medidas de flexibilização do regime jurídico aplicável às atividades de geração.

<sup>10</sup> Questiona-se muito na doutrina administrativista a possibilidade de autorização de serviços público, em face da redação do artigo 175 da Constituição Federal, que prevê serem os serviços públicos somente outorgáveis por permissão e concessão (ver, dentre outros, JUSTEN FILHO, MARÇAL, *Concessões de Serviços Públicos*, São Paulo, Dialética, 1997, pp. 400 e ss.). Para fins deste trabalho, e diante da regulamentação infraconstitucional do setor elétrico, a autorização de serviços de energia elétrica é tida como válida.

prevista nos incisos VIII e IX, a ANEEL deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça" (parágrafo único).

A redação da lei gerou certa estranheza na doutrina<sup>11</sup>, pois, em virtude da falta de exatidão, poderia gerar conflito de competência entre a ANEEL e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, instituído pela Lei 8.884, de 11 de junho de 1994 e composto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, Secretaria de Direito Econômico - SDE e Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE. Em decorrência, porém, da assinatura de termos de compromisso entre a SDE e a ANEEL, em obediência à determinação da Lei 9.427/96, este problema foi formalmente resolvido. Atualmente, os procedimentos tanto de repressão a infrações contra a ordem econômica quanto de análise de atos de concentração no setor elétrico são regidos pelo Primeiro Termo Aditivo ao Termo de Compromisso entre ANEEL e SDE<sup>12</sup>.

O procedimento de análise de atos de concentração, diretamente relacionado ao nosso estudo e que não será aqui descrito em detalhes, prevê que a instrução será coordenada pela SDE, com pareceres técnicos da ANEEL e da SEAE, e o ato de concentração é posteriormente submetido ao CADE. Portanto, em pouco difere do procedimento regular de análise de atos de concentração previsto pela Resolução do CADE nº 15, de 19 de agosto de 1998. Consiste a diferença na participação da ANEEL no processo, e na possibilidade desta solicitar formalmente reunião com representantes dos outros órgãos envolvidos "se entender necessário" (Cláusula Quarta, letra b do Primeiro Termo Aditivo ao Termo de Compromisso)

Creemos que esta é uma solução razoável. A competência para o julgamento de atos de concentração é privativa do CADE, salvo lei que expressamente venha concedê-la a outro órgão, o que não ocorre quanto ao setor elétrico brasileiro. Assim, os entendimentos por meio de convênios existentes entre os órgãos componentes do SBDC e a ANEEL são coerentes com as previsões legais e adequados à análise dos atos de concentração do setor, por

---

<sup>11</sup> ROCHA, BOLÍVAR M., "Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência", Revista do Ibrac, vol. 5, n. 7, 1998, pp. 47 a 58; MELLO, MARIA THEREZA LEOPARDI, "Defesa da concorrência no setor elétrico", Revista do IBRAC, v. 6, n. 5, pp. 31-61, 1999.

<sup>12</sup> "Primeiro aditivo ao termo de compromisso firmado em 02 de dezembro de 1998 que entre si celebram a União Federal, por intermédio do Ministério da Justiça, representado pela Secretaria de Direito Econômico – SDE e a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, visando a atuação conjunta com vistas à prevenção e a repressão de infrações contra a ordem econômica no setor elétrico brasileiro", obtido em [www.aneel.gov.br/Defesa\\_da\\_Concorrência/Convenios/Documents\\_Aplicacao/Primeiro\\_Aditivo\\_termo\\_ANEEL.pdf](http://www.aneel.gov.br/Defesa_da_Concorrência/Convenios/Documents_Aplicacao/Primeiro_Aditivo_termo_ANEEL.pdf)

permitir que o conhecimento específico da agência reguladora setorial possa instruir o processo a ser analisado pelo órgão antitruste, especialista em questões concorrenciais e com uma visão abrangente do mercado brasileiro. A possibilidade de a ANEEL poder reunir-se com agentes dos outros órgãos envolvidos no procedimento para apresentar questões específicas que considera relevantes é competência que pode e deve ser explorada. Em decorrência das especificidades da indústria de energia, a serem demonstradas ao longo deste trabalho, somente a ANEEL poderia verificar alguns perigos à concorrência que uma concentração no setor apresenta. A convocação dos outros órgãos para apresentar tais problemas é, de todo claro, útil e necessária.

Transposta a análise da estrutura institucional existente, resta analisar quais regras são aplicadas quando da análise de um ato de concentração entre geradores. Como dito acima, a ANEEL tem competência para impor condicionamentos para controlar a concentração no mercado, de acordo com o artigo 3º, inciso VIII da Lei 9.427/96. Esta competência foi exercida pela ANEEL ao editar a Resolução nº 94, de 30 de março de 1998, sucedida pela Resolução nº 278, de 19 de julho de 2000, atualmente em vigor. Tal resolução prevê, dentre outras coisas, o limite máximo de participação dos agentes no mercado brasileiro de energia elétrica, e é a norma básica para verificação de posição dominante no setor, utilizada tanto pela ANEEL quanto pela SE-AE e SDE na instrução dos casos submetidos à análise do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Antes que passemos à crítica que desejamos fazer sobre a referida norma, é necessário expor uma característica que lhe é fundamental. Ao contrário do que ocorre com os parâmetros previstos pelo artigo 54, § 3º da Lei 8.884/94, os limites impostos pela Resolução ANEEL nº 278/2000 para a concentração de mercado não criam mera presunção da existência de poder de mercado (ou, na redação da Lei Concorrencial, posição dominante) de um agente, mas determinam quando uma concentração deve ser caracterizada como ilícita per se. Isso se deve ao fato de o setor elétrico compor-se de atividades intituladas pela União e caracterizar-se como setor regulado, que apresenta certas características de monopólio natural<sup>13</sup>. Como demonstrado pelo Professor Calixto Salomão, nesses setores demanda-se uma aplicação

---

<sup>13</sup> O conceito mais simples de monopólio natural é aquele que o define como a estrutura de produção de determinado bem ou serviço que é socialmente menos custosa quando constituída por somente uma empresa (ver, por exemplo, CARLTON, DENNIS e PERLOFF, JEFFREY, *Modern industrial organization*, 3rd. ed., Addison Wesley Longman, 2000, p. 101).

mais incisiva do direito concorrencial, tendo em vista tratarem-se de setores regulados dominados<sup>14</sup>.

Isso posto, cremos que esta norma padece de um vício fundamental, que pode possibilitar a concentração indesejada de empresas. Tal vício se encontra na definição de mercados relevantes de energia no Brasil, especificamente no que se refere à geração e comercialização de energia. Os níveis de concentração permitidos para geração estão assim definidos em seu artigo 3º, incisos:

I - um agente econômico não poderá deter participação na capacidade instalada do sistema elétrico nacional superior a 20% (vinte por cento);

II - um agente econômico não poderá deter participação na capacidade instalada do sistema elétrico das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste superior a 25% (vinte e cinco por cento);

III - um agente econômico não poderá deter participação na capacidade instalada do sistema elétrico das regiões Norte e Nordeste superior a 35% (trinta e cinco por cento).

Parágrafo único. Será admitida participação superior aos limites estabelecidos neste artigo quando corresponder à potência instalada em uma única usina de geração de energia elétrica."

De acordo com esta norma, o sistema elétrico brasileiro está dividido em dois subsistemas, Norte/Nordeste e Sul/Sudeste/Centro-Oeste, para fins da verificação de concentrações proibidas. Cremos que esta não é a maneira mais adequada de definir os mercados relevantes de energia em território brasileiro, em virtude tanto de características especiais da indústria de energia elétrica, quanto das peculiaridades desta em nosso país. Para demonstrar as razões desta opinião, faremos, no próximo capítulo, uma descrição das características do setor e das medidas que vêm sendo tomadas para implementação

---

<sup>14</sup> SALOMÃO FILHO, CALIXTO, Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos, São Paulo, Malheiros, 2001, pp. 71 a 73. O autor distingue nesta obra (pp. 41-50) dois grandes tipos de setores regulados: os setores regulados dominados, caracterizados pela dependência de todos os agentes econômicos do setor a uma estrutura essencial, normalmente organizada como uma rede; e os setores de acesso e permanência regulados, nos quais, embora as condições existentes nos do primeiro tipo inexistam, possuem relevância pública e o Estado os controla para "garantir a segurança e a integridade física e econômica dos indivíduos e da nação" (p. 46). Como será demonstrado aqui, o setor elétrico pertence à primeira classe exposta.

da concorrência no mesmo. Posteriormente, sugeriremos uma definição de mercado relevante que nos parece mais condizente com tais peculiaridades.

## **II. Estrutura do setor elétrico - características especiais e medidas reformadoras**

### **II.1 Introdução**

Este capítulo é de cunho eminentemente descritivo, e tem por principal objetivo fornecer informações que servirão de base para a crítica aos critérios da Resolução 278/2000 da ANEEL. Ele principia por uma descrição das principais características intrínsecas à indústria de energia elétrica, segue com as peculiaridades de tal indústria no Brasil, e termina por expor os aspectos da reforma promovida no setor que são relevantes para nossa análise.

### **II.2 Características da indústria de energia elétrica**

A indústria de energia elétrica é uma indústria de rede, apresentando as externalidades características dessa forma de organização industrial. Essas externalidades são potencializadas em virtude das principais características físicas do “produto” energia elétrica: impossibilidade de armazenamento economicamente viável e homogeneidade completa entre todas as unidades produzidas. Disso decorre que, a cada instante, a oferta deve equivar a demanda. Esta, por sua vez, apresenta grande inelasticidade por variação de preço, pela ausência de produto similar e pela essencialidade no consumo de energia. Há, conseqüentemente, a necessidade de se haver diversidade de unidades geradoras, com capacidade excedente disponível e interligadas, para minimizar riscos de blackout. A interligação em rede também se justifica pela necessidade de coordenação centralizada de todo o sistema, de modo a que esta equivalência entre oferta e demanda se verifique constantemente, da maneira mais eficiente possível. Outro fator que justifica essa organização para a indústria é uma terceira qualidade da energia elétrica: ela é um bem não dirigível, ou seja, não segue um caminho pré-definido em redes de energia com restrições e interconexões, como prescrevem as leis de eletrodinâmica<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> As características estruturais básicas da indústria de energia elétrica aqui descritas foram retiradas de STALON, CHARLES, "Electric industry governance: Reconciling competitive power markets and the physics of complex transmission interconnections", in *Resources and Energy*, v. 19, pp. 47-83, 1997.

Como já se disse, o que rege a indústria de eletricidade são suas leis físicas; normas jurídicas e aspectos econômicos apenas a elas se adaptam<sup>16</sup>.

Em virtude das características expostas, a cadeia produtiva para o fornecimento de energia elétrica se estruturou em três etapas: geração, na qual se transforma outra fonte de energia (combustíveis, força hidráulica ou energia nuclear) em energia elétrica; transmissão, na qual a energia é transportada das usinas geradoras para os centros consumidores, por meio de grandes linhas transmissoras; e distribuição, na qual a energia transportada pela transmissora passa por uma rede capilarizada para chegar ao consumidor final. Transmissão e distribuição apresentam características de monopólio natural, pela anti-economicidade em se duplicar tais redes<sup>17</sup>. Já as atividades de geração de energia elétrica vêm sendo consideradas pela moderna doutrina econômica como passíveis de serem exercidas em regime concorrencial, em virtude do surgimento de novas tecnologias de produção de energia e de coordenação de sistemas elétricos, os quais possibilitam a diminuição da escala de produção deste bem<sup>18</sup>.

### **II.3 Setor elétrico brasileiro**

A estas características gerais da indústria de energia somam-se algumas peculiaridades bastante próprias do setor elétrico brasileiro, decorrentes da estatização do setor na década de 60<sup>19</sup> e das características geográficas

---

<sup>16</sup> KOCH JR., CHARLES H., "Control and governance of transmission organizations in the restructured electricity industry", in *Florida State University Law Review*, v. 27, p. 4. É claro que esta afirmação pressupõe uma antecedente, de caráter econômico: a sociedade elege meios de produção e padrões de conforto para os quais a energia elétrica é essencial. A partir daí se estrutura uma indústria de energia elétrica, que fatalmente deverá respeitar as leis físicas da eletricidade.

<sup>17</sup> A caracterização dos segmentos de transmissão e distribuição de energia como monopólios naturais é pacífica. Ver, por exemplo, STEINER, FAYE, "Regulation, industry structure and performance in the electricity supply industry", *Economics Department Working Papers* nº 238, Organization for Economic Co-operation and Development, Paris, April 2000, pg. 10., e PIRES, JOSÉ CLÁUDIO LINHARES, "O processo de reformas do setor elétrico brasileiro", in *Revista do BNDDES*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, dez. 1999, p. 143.

<sup>18</sup> R. L. HOCHSTETLER apresenta as principais razões para esta nova concepção em *A Reforma do Setor Elétrico no Brasil: As Perspectivas de Introdução de Competição no Segmento de Geração*, Tese de mestrado apresentada à Faculdade de Economia, Administração e Ciências Contábeis da Universidade de São Paulo, 1999, pg. 10 e ss.

<sup>19</sup> Uma detalhada descrição deste processo é encontrada em LIMA, JOSÉ LUIZ, *Estado e energia no Brasil – O setor elétrico no Brasil: das origens à criação da Eletrobrás*

do País<sup>20</sup>. A maioria da energia consumida no Brasil é de origem hidráulica (95%), tendo as usinas termelétricas função complementar para suprimento do sistema em horários de maior demanda. Esta configuração de parque gerador brasileiro requereu a criação de um mecanismo de coordenação centralizada do sistema, o chamado despacho centralizado, por meio do qual, tendo por base um planejamento elaborado com informações acerca da oferta e da demanda, emitem-se ordens aos geradores para que produzam quantidades adequadas para atender a demanda. Estas ordens baseiam-se em combinações entre o custo presente de operação das unidades produtoras e os níveis dos reservatórios das usinas hidrelétricas, para prevenção de crises de escassez no futuro<sup>21</sup>.

Além disso, é sistema de dimensões continentais, que, em decorrência de fortes restrições em certos pontos das linhas de transmissão, apresenta diferentes subsistemas: i) os sistemas isolados do norte, na região amazônica, não integrados ao resto do país; e ii) os quatro subsistemas interligados, a saber, Norte, Nordeste, Sudeste/Centro-Oeste e Sul<sup>22</sup>. Essa subdivisão do sistema interligado nacional é essencial para o presente estudo.

---

(1890-1962), São Paulo, Instituto de Pesquisas Econômicas da Universidade de São Paulo, 1984.

<sup>20</sup> Estes detalhes foram retirados de PIRES, JOSÉ CLÁUDIO LINHARES, "Desafios da reestruturação do setor elétrico brasileiro", Textos para discussão n° 76, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, Rio de Janeiro, março de 2000.

<sup>21</sup> Busca-se, desse modo, ponderar entre a combinação de usinas que demonstra o menor custo marginal possível e aquela que, tendo em vista os dados históricos acerca do regime de chuvas e da sazonalidade da demanda, diminua o risco de escassez no futuro. É um procedimento que depende preponderantemente de análise probabilística, na qual se comparam custos presentes e riscos de operação futuros. Esse tipo de despacho é conhecido por despacho centralizado de menor custo, e se encontra detalhadamente descrito em BARROSO, LUIS AUGUSTO, Esquemas competitivos em sistemas hidrotérmicos – comportamentos estratégicos em ambiente de mercado, Tese de mestrado apresentada ao Instituto de Matemática da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000, pp. 36 e ss. Vale lembrar que a atual crise de energia não se deve somente à ausência de reservas hídricas para tempos de escassez no sistema brasileiro, mas porque tais reservas foram sendo usadas nos últimos anos para atender uma demanda crescente não acompanhada por investimentos em geração no setor.

<sup>22</sup> Esta divisão do sistema elétrico brasileiro não tem base no texto mencionado de J. C. L. PIRES, mas no Relatório Analítico do Mercado de Energia Elétrica - Ciclo 2000, produzido pelo Comitê Coordenador do Planejamento da Expansão dos Sistemas Elétricos - CCPE do Ministério de Minas e Energia em conjunto com a Eletrobrás, no qual são descritas quais foram as tendências do mercado de energia no ano de 2000. Escolheu-se essa divisão por ser mais específica e advir de órgão com experiência na

No que se refere à configuração institucional do setor, esta se apresentava, no início da década de 90 como eminentemente estatal. Boa parte da geração e transmissão nacionais era (e ainda é) operada por grandes empresas federais integradas verticalmente e controladas pela Centrais Elétricas Brasileiras S.A. – Eletrobrás<sup>23</sup>. Já a distribuição era explorada por empresas estaduais (controladas pelos governos estaduais, mas com participação acionária da Eletrobrás<sup>24</sup>), algumas delas integradas verticalmente (como a COPEL, no Paraná, e CEMIG, em Minas Gerais). O setor era supervisionado pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica – DNAEE, autarquia vinculada ao Ministério de Minas e Energia – MME.

## **II.4 Reforma do setor elétrico brasileiro**

Desde 1995, este cenário vem sendo mudado por uma série de medidas regulatórias de caráter pró-concorrencial<sup>25</sup>. O objetivo destas reformas é criar condições para que a geração e a comercialização de energia sejam exercidas como atividades competitivas e desregulamentadas, enquanto que a exploração dos elementos de rede da indústria (transmissão e distribuição), por se caracterizarem como monopólios naturais, deve ser regulamentada para impedir o exercício de poder de mercado das empresas responsáveis por tais etapas.

Para tanto, a primeira medida essencial é a instituição do livre acesso às redes de transmissão e distribuição, que tem como objetivo garantir que novos geradores e grandes consumidores acessem de maneira não discriminatória as redes, eliminando certas barreiras à entrada. Ela é complementada pela obrigatoriedade de contratação separada entre as atividades de transporte

---

operação técnica do sistema elétrico brasileiro, o que atende aos propósitos deste trabalho.

<sup>23</sup> Tais empresas eram Centrais Elétricas Sul do Brasil S/A -ELETROSUL, Centrais Elétricas Norte do Brasil S/A - ELETRONORTE, Cia. Hidroelétrica do São Francisco - CHESF e Furnas Centrais Elétricas S/A. A Eletrosul foi cindida e os ativos de geração transferidos para a Gerasul, privatizada no final de 1998. As outras empresas do grupo permanecem estatais.

<sup>24</sup> Hoje, 65% da distribuição brasileira é feita por empresas privadas, em decorrência de privatização.

<sup>25</sup> Acerca das principais medidas tomadas no contexto da reforma, bem como de seus objetivos, ver PIRES, JOSÉ CLÁUDIO LINHARES, "O processo de reformas do setor elétrico brasileiro", in Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, dez. 1999, pp. 137-168.

(transmissão e distribuição, com preços regulados) e comercialização de energia (desregulamentada).

A segunda é a desverticalização do setor, com a separação operacional entre geração, transmissão e distribuição. Essa medida tem o condão de impedir que geradores detentores de redes de transmissão e distribuição dificultem a entrada de novos competidores em seu mercado, pelo exercício de poder de mercado vertical. Soma-se a essas a flexibilização do regime jurídico da geração de energia elétrica, pela qual são retirados dos agentes deste segmento certos condicionamentos, tais como a necessidade de licitação prévia, regime de preços e a obrigação de fornecer uma quantidade regulamentada de energia ao sistema. Tais medidas, de acordo com o modelo idealizado pela reforma, possibilitariam a existência de um mercado competitivo de energia elétrica no atacado.

No Brasil, a primeira norma a implementar efetivamente estas medidas foi a Lei 9.074, de 07 de julho de 1995, por meio da qual foi instituído o livre acesso aos sistemas de transmissão e distribuição. Criou-se também a figura do Produtor Independente de Energia (“PIE”), empresa que gera energia para comercialização, e não para prestação de serviço público<sup>26</sup>; e permitiu aos consumidores atendidos acima de determinado patamar de potência e voltagem (denominados consumidores livres) a escolha de seu próprio fornecedor de energia<sup>27</sup>.

A reforma do setor prosseguiu pela criação da Agência Nacional de Energia Elétrica, autarquia federal sob regime especial vinculada ao MME, por meio da Lei nº 9.472/96, regulamentada pelo Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997, que sucedeu o extinto DNAEE. A ANEEL é o órgão responsável por gerenciar a reforma no setor elétrico. Tem esta agência competência para estabelecer toda a base normativa infralegal de regulamentação do setor elétrico, nas áreas técnica, concorrencial, econômica e estrutural. Além disso, todas as concessões, permissões e autorizações de serviços de eletricidade devem ser outorgadas pela ANEEL, representando o poder concedente, a

---

<sup>26</sup> Defendendo a impossibilidade de haver geração de energia elétrica que não para serviço público, ver JUSTEN FILHO, MARÇAL, *Concessões de Serviços Públicos*, São Paulo, Dialética, 1997, pp. 400 e ss.; e BLANCHET, LUIZ ALBERTO, *Concessões de Serviços Públicos*, Curitiba, Juruá, 1999, pp. 205 e ss. Vale lembrar a menção feita à obra do Professor Eros Grau, na nota de rodapé nº 9, relacionada à mutação do conceito de serviço público.

<sup>27</sup> Essas medidas visam a possibilitar a expansão da geração por meio da entrada de novos agentes (PIEs), que podem vender sua energia tanto para distribuidores quanto para consumidores livres, o que só é possível pelo livre acesso às redes.

União. A homologação de preços e reajustes em tarifas, bem como dos valores das diversas taxas existentes neste setor, também são de sua competência.

Mas as mudanças não se restringiram a estas. De acordo com o modelo proposto, um mercado competitivo de energia depende fundamentalmente da criação de um quadro institucional próprio, no qual deve haver, ao menos, a) um único operador do sistema elétrico interligado, que não seja dominado pelas empresas do setor, para permitir uma operação centralizada do sistema de modo eficiente e confiável, além de garantir o acesso indiscriminado às redes; e b) um ambiente onde geradores e consumidores de energia possam comercializar<sup>28</sup>. Ambos foram instituídos pela Lei 9.648, de 27 de maio de 1998, sob os nomes de Operador Nacional do Sistema Elétrico – ONS e o Mercado Atacadista de Energia – MAE, respectivamente. Essa lei, que pode ser considerada como aquela que determina as principais medidas para a liberalização do setor elétrico, também previu a livre comercialização de energia (a ser descrita mais pormenorizadamente abaixo) e a contratação separada entre uso dos sistemas de transporte e comercialização de energia.

O ONS é uma organização privada, formada por representantes dos agentes do setor, e que possui como principal competência manter a confiabilidade e a operacionalidade do sistema elétrico brasileiro de maneira eficiente. Ele a cumpre predominantemente pelo já descrito despacho centralizado, função que herdou da Eletrobrás por meio do artigo 15 da Lei 9.648/98.

A outra instituição de fundamental importância para nossa análise é o Mercado Atacadista de Energia - MAE. Antes de falarmos nele, entretanto, é necessário que se descreva o cronograma previsto para a liberalização da comercialização de energia no atacado. A Lei 9.648/98 estabeleceu a livre comercialização de energia entre os agentes, mas previu uma fase de transição, que durará até o ano de 2005 (art. 10º). Esta fase se caracteriza pelo estabelecimento dos contratos iniciais, que nada mais são que contratos de compra e venda de energia com preço, quantidade e partes regulamentados pela ANEEL, baseada em informações fornecidas pelo ONS. Estes contratos comprometem a quase totalidade da capacidade do gerador com determinados distribuidores, deixando apenas uma pequena parcela da energia atualmente produzida no país para contratação livre. A partir de 2003 inicia-se a liberação gradual dos montantes vinculados aos contratos iniciais, quando os agentes poderão comercializar livremente o percentual de energia desvinculado de tais contratos<sup>29</sup>. No ano de 2006, o mercado de energia elétrica no atacado estará completamente liberalizado.

---

<sup>28</sup> MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA, Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro – Sumário Executivo, Brasília, 1997. pp. 3-5.

<sup>29</sup> Esta proporção é de 25% ao ano (Lei 9.648/98, art. 10º, II).

A energia não compreendida nos contratos iniciais pode ser livremente contratada entre os agentes, com preço e quantidade por eles definidos. Há duas formas de contratação livre: os contratos bilaterais e o mercado de curto prazo (ou mercado spot). Os primeiros podem ser livremente acordados e liquidados pelas partes, mas devem ser informados ao MAE e ao ONS<sup>30</sup>. Possuem prazo definido, geralmente de longa extensão, e preço estabelecido entre as partes. No mercado de curto prazo a energia é comprada para consumo imediato, devendo a respectiva contratação ser necessariamente celebrada e liquidada no âmbito do MAE, com preços determinados de acordo com as Regras do MAE.

Estas negociações se dão em quatro submercados diferentes, definidos com base nos quatro subsistemas do Sistema Elétrico Interligado mencionados acima. Isso se deve ao fato de que o critério para a definição dos mesmos deve ser "a presença e duração de restrições relevantes de transmissão nos fluxos de energia dos sistemas interligados" (Decreto nº 2.655, de 2 de julho de 1998, que regulamenta a Lei 9.648/98); esse é o mesmo motivo para a existência de subsistemas no sistema elétrico nacional.

Os submercados são considerados, para o funcionamento do MAE, como quatro mercados separados. Conseqüentemente, para cada um deles haverá preço e sistemas de liquidação e provisão de dados diferenciados. A atual definição das fronteiras dos submercados é dada pela Resolução ANEEL nº 402, de 21 de setembro de 2001<sup>31</sup>.

É possível, agora, iniciarmos o próximo capítulo deste trabalho, tendo sido apresentados: i) o regime jurídico dos serviços de energia elétrica, de acordo com a Constituição Federal; ii) as características econômicas elementares da indústria de energia elétrica; iii) as peculiaridades desta indústria no Brasil; iv) as medidas para liberalização do setor, por meio da introdução de competição no segmento de geração de energia; e v) o quadro institucional implementado pela reforma do setor, tendo a ANEEL como agência reguladora independente, o ONS como operador independente do sistema e o MAE como "bolsa de energia elétrica". Munidos destas informações, passemos então à identificação do poder econômico por parte de geradores de energia

---

<sup>30</sup> Esses contratos são registrados no MAE para fins de determinação do montante geral de energia no sistema. O mesmo ocorre com os contratos iniciais.

<sup>31</sup> Essa é uma definição provisória, tendo em vista problemas advindos da crise de energia elétrica. As fronteiras definitivas foram definidas pelo ONS em setembro de 2000, em atendimento ao disposto no artigo 5, inciso I, da Resolução nº 290, de 3 de agosto de 2000, que homologa as regras do MAE. Entretanto, a nova definição dos submercados pela ANEEL em pouco difere da estabelecida pelo ONS.

elétrica neste ambiente desregulamentado, para que possamos criticar os critérios definidos pela ANEEL para medi-lo.

### **III. Definição de mercado relevante e poder econômico dos geradores de energia elétrica**

Como exposto na Introdução ao presente estudo, seu objetivo é duplo: demonstrar que os agentes de geração detêm poder de mercado e que a definição de mercado relevante dada pela ANEEL é incorreta para o setor elétrico brasileiro. Como a identificação do poder de mercado deve sempre basear-se na definição do mercado relevante<sup>32</sup>, passemos a definir este, para demonstrar aquele. É essencial, então, que definamos qual é o mercado relevante de energia elétrica no atacado aplicável ao sistema brasileiro. Esse exercício, consistente na determinação dos produtos integrantes deste mercado e de sua dimensão geográfica, apresenta algumas complexidades quando aplicado no segmento de geração de energia elétrica.

A parte deste exercício que se mostra difícil não é a determinação da dimensão de produtos englobados pelo mercado. Trata-se de um mercado monoproduto: não há substitutos à energia elétrica que apresentem todas as suas múltiplas aplicações. Além disso, não se pode transportar outro tipo de energia pelas redes de transmissão e distribuição. Assim, a substitubilidade na demanda é ínfima.

Já a determinação do mercado geográfico se mostra problemática. A definição do mercado geográfico depende, fundamentalmente, da existência de restrições nas linhas de transmissão, já que o transporte de energia só é possível por meio delas. Estas, durante o funcionamento do sistema, apresentam restrições que podem fazer com que, a cada momento do dia, diferentes regiões do sistema possam ser consideradas momentaneamente isoladas de outras, pela impossibilidade de intercâmbio de energia entre as mesmas<sup>33</sup>. Em decorrência desta dificuldade para a definição do escopo geográfico do mercado de eletricidade no atacado, há certo consenso de que a definição de mercado relevante neste segmento da indústria deve tender a i) generalizações razoáveis que resultem em mercados regionais, por levarem em consideração restrições permanentes da rede que possibilitem identificar subsistemas mais ou menos isolados eletricamente; e ii) restrições na definição desta área,

---

<sup>32</sup> Ver SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Direito Concorrencial – as estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998, pp. 82 e ss.

<sup>33</sup> CARDELL, JUDITH B.; HITT, CARRIE CULLEN; HOGAN, WILLIAM W., "Market power and strategic interaction in electricity networks", *Resource and Energy Economics*, v 19, pp. 109-37, 1997; UNITED STATES DEPARTMENT OF ENERGY, *Horizontal Market Power in Restructured Electricity Markets* (March 2000), p. 2.

para que caiba às empresas envolvidas em ilícitos concorrenciais ou em atos de concentração o ônus de provar que tal abrangência é inadequada, por ser demasiadamente reduzida<sup>34</sup>. Nos Estados Unidos, país com grande dimensão territorial tal qual o nosso, esse exercício se dá por meio de definição de vários mercados regionais de energia, que levam em consideração as restrições constantes nas redes que interligam tais regiões. Cumpre encontrar alguma definição funcional de mercado relevante para o sistema interligado brasileiro que leve em consideração esses aspectos; essa é uma das finalidades deste trabalho.

Creemos que, ao contrário do que ocorre com a Resolução 278/2000, a definição dos quatro submercados do MAE pela ANEEL, por meio da Resolução nº 402/2001, preenche esses requisitos. Sua definição leva expressamente em consideração as fortes e constantes restrições no sistema interligado brasileiro, que fazem com que as quatro áreas possam ser consideradas como relativamente isoladas eletricamente, pela dificuldade de intercâmbios de energia (produto) entre as mesmas. Além (e em consequência) disso, estas regiões são as mesmas nas quais a definição dos preços do MAE é uniforme, o que possibilita um ambiente adequado para se verificar o exercício do poder de mercado por agentes de geração. Ao mesmo tempo, tal definição geográfica de mercado relevante atende aos requisitos de fundamentação técnica e instrumentalidade analítica, e permite uma aplicação coerente do direito concorrencial no setor.

Tendo como base estes mercados relevantes, pode-se verificar que o setor de geração de energia elétrica apresenta grande nível de concentração, detendo as principais empresas de geração parcela considerável de participação no mercado. Não se fará aqui cálculos para verificação de tais parcelas, em virtude de não ser esta a especialidade do autor. Entretanto, podem ser mencionadas as seguintes grandes geradoras para cada um dos submercados:

Submercado	Grandes Empresas
Sul	Gerasul e Copel
Sudeste/Centro-Oeste	Furnas, CESP Paranapanema, CESP Tiete, CESP Paraná.
Nordeste	CHESF
Norte	Eletronorte

fonte: Autor

<sup>34</sup> UNITED STATES DEPARTMENT OF ENERGY, op. cit., p. 3.

Em regra, a mera detenção de parcela significativa no mercado não é prova cabal, mas apenas presunção de detenção de poder de mercado. Entretanto, essa concepção não pode ser aplicada a setores regulados. Estes, como já foi aqui exposto (capítulo I), repetindo-se as palavras do Professor Calixto Salomão<sup>35</sup>, por apresentarem características especiais, necessitam de uma aplicação mais incisiva do direito concorrencial, sob risco de ineficácia. Isso será melhor demonstrado com alguns raciocínios expostos a seguir.

Poder-se-ia argumentar que as novas regras de livre acesso aos sistemas de transmissão, bem como a diminuição de escala eficiente para produção de energia em decorrência de novas tecnologias, ambas facilitando a entrada de novos competidores no mercado nacional, gerariam pressões competitivas suficientes para que se não configurasse o poder de mercado das empresas de geração. Mas o que se verifica no Brasil é que há relevantes barreiras à entrada para novas geradoras de energia, quais sejam: i) a geração predominante no Brasil, a de fonte hidráulica, ainda apresenta escala de produção ótima elevada<sup>36</sup> e depende de uso de potenciais hidráulicos, cada vez menos disponíveis em proximidade dos centros consumidores<sup>37</sup>; ii) o tempo para a obtenção de autorizações governamentais (ANEEL e órgãos ambientais), somado ao da construção de usinas (mesmo as térmicas) é significativo; iii) não há no Brasil, como em outros países que promoveram a desregulamentação de seus mercados de energia, abundância de gás natural, que viabiliza a construção de termelétricas, construídas em um espaço de tempo mais curto que as hidrelétricas; iv) investimentos em geração implicam altos custos de capital, seja com hidrelétricas (pela escala envolvida), seja com termelétricas (por ter seus insumos, maquinário e financiamentos valorizados em moeda estrangeira)<sup>38</sup>. Há ainda um outro elemento a potencializar o poder de mercado dos geradores: a existência de demanda inelástica a preço no mercado de energia elétrica<sup>39</sup>. A certeza de que a demanda pouco ou nada se alterará di-

---

<sup>35</sup> Ver nota 14.

<sup>36</sup> MENDONÇA, AUGUSTO; DAHL, CAROL, *The Brazilian electrical system reform; Energy Policy*, vol. 27, pp. 73-83, 1999.

<sup>37</sup> Atualmente, os grandes potenciais disponíveis no Brasil se encontram na Amazônia, longe dos centros consumidores do sul e sudeste.

<sup>38</sup> Poder-se-ia argumentar ainda que a previsão de outorga de uso de potencial até 30.000kW por autorização (Lei 9,472/96, art. 26, I), sem a exigência, portanto, de licitação prévia, é um modo de flexibilizar a entrada de novos competidores. Isso de fato facilita a entrada de novas empresas; entretanto, não parece meio suficiente para lidar com todas as razões de ordem econômica que dificultam o acesso ao mercado.

<sup>39</sup> Além da essencialidade do produto energia elétrica, já mencionada aqui, a pouca elasticidade a preço na demanda por energia elétrica se deve ao fato de que a maioria dos consumidores adquire energia “no varejo”, ou seja, por meio da concessionária

ante de oscilações no preço é uma expectativa que em muito facilita o exercício de poder de mercado.

Ante ao exposto, conclui-se que os mercados regionais de energia elétrica no atacado existentes em nosso país apresentam-se na forma de oligopólios, onde grandes empresas de geração detêm poder de mercado. Elas podem exercê-lo de variadas formas.

A literatura especializada em mercados liberalizados de energia apresenta uma série de condutas que caracterizam abuso de poder de mercado, sendo que as principais delas são: diminuição da oferta pela retenção de capacidade, aumento no preço de energia, manipulação de regras complexas do mercado atacadista e criação intencional de restrições no sistema, todas com o objetivo de aumento no preço de energia<sup>40</sup>. Não se fará neste trabalho descrição detalhada de cada uma delas, por não ser seu escopo, mas apenas se buscará prever quais poderiam possivelmente ocorrer quando da completa desregulamentação do setor no Brasil, levando em consideração os aspectos estruturais e institucionais apresentados até aqui. Pode-se dizer de antemão que, em todas elas, as características de oligopólio, as barreiras à entrada e a inelasticidade a preço da demanda são fatores preponderantes para sua explicação.

Há elementos na configuração do setor elétrico brasileiro que dificultam o exercício de poder de mercado. O primeiro deles é o despacho centralizado realizado pelo ONS, descrito no item II acima. Um grande gerador

---

de distribuição local, que fornece energia a preços regulados e constantes e, adicionalmente, tem limites para repassar variações na compra de energia a grosso aos consumidores finais cativos (Lei 9.648, art. 10, § 2º).

<sup>40</sup> A quantidade de artigos é bastante vasta. Para mencionar apenas alguns expressivos, ver ARENTSEN, MAARTEN J.; KÜNNEKE, ROLF W., "Economic organization and liberalization of the electricity industry", *Energy Policy*, v. 24, n. 6, pp. 541-52, 1996; GREEN, RICHARD, "Draining the Pool: the reform of electricity trading in England and Wales", *Energy Policy*, v. 27, pp. 515-25, 1999; HARTMAN, RAYMOND; TABORS, RICHARD, "Optimal operating arrangements in the restructured world - economic issues", *Energy Police*, vol. 26, n. 2, pp. 75-83; HOGAN, WILLIAM W., *Market Power in Theory and Practice*, POWER Conference - University of California, Berkeley, Berkeley, March 17, 2000; MACATANGAY, RAFAEL E. A., "Market definition and dominant position abuse under the new electricity trading arrangements in England and Wales", *Energy Policy*, v. 29, pp. 337-40, 2001; MENDONÇA, AUGUSTO; DAHL, CAROL, "The Brazilian electrical system reform"; *Energy Policy*, vol. 27, pp. 73-83, 1999; WOLAK, FRANK A., PATRICK, ROBERT H., "The Impact of Market Rules and Market Structure on the Price Determination Process in the England and Wales Electricity Market", POWER Working Paper PWP-047, Berkeley, University of California Energy Institute, 1997.

de energia elétrica, por estar sob regime de operação interligada, ou seja, sob despacho centralizado, não tem liberdade para determinar a quantidade de energia que poderá produzir e inserir no sistema, já que ele deve obedecer às determinações do ONS. Assim, o típico exemplo de exercício de poder de mercado pela diminuição da oferta para aumento de preço não se aplica, em princípio, aos geradores de energia do sistema interligado brasileiro<sup>41</sup>. Também a estrutura da formação de preços no mercado spot do MAE dificulta outro exemplo característico de exercício de poder de mercado, a oferta de preços acima do custo marginal da operação, tendo em vista que esse preço não é dado pelo gerador, mas pelo MAE, que segue o mesmo princípio do despacho centralizado. O gerador fornece tanto para o ONS quanto para o MAE dados de custo e capacidade, mas não preço; assim, não é por esse meio isoladamente que os agentes de geração tentarão explorar seu poder de mercado.

Entretanto, há características da configuração do setor que trazem sérias preocupações concorrenciais. Há uma grande dependência dos agentes de consumo (distribuidores e consumidores livres) em relação aos geradores, sendo sua melhor expressão a inelasticidade a preço da demanda, já mencionada. Isso é particularmente evidente com relação aos distribuidores de energia, pois, por prestarem serviço público, têm o dever de fornecer energia aos seus clientes, e para tanto dependem dos agentes geradores para que lhes forneçam tal energia. Diante desta necessidade premente de adquirir energia, os consumidores têm duas opções: ou o fazem por meio de contratos bilaterais de longo prazo, com preços livremente acordados com um gerador, pagando preços regulados pelo acesso e uso dos sistemas de transmissão; ou buscam suprir suas necessidades no mercado spot do MAE, que apresenta grande imprevisibilidade em relação a preços. Com exceção das distribuidoras, que, até a liberalização do mercado, terão de comprovar contratação mínima para suprir seus usuários<sup>42</sup>, nenhum outro agente tem qualquer obrigação de contratar desta ou daquela forma. Pode-se prever que os geradores terão grandes incentivos para vender sua capacidade no mercado spot, pela possibilidade de manipulação do preço desse mercado em virtude das complexas regras que apresenta (conhecido na literatura especializada como gaming). Tal manipulação

---

<sup>41</sup> Isso em princípio. Como mencionado por Pires ("Desafios da reestruturação do setor elétrico brasileiro", Textos para discussão nº 76, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, Rio de Janeiro, março de 2000, p. 25, nota 48), a possibilidade de se manipularem informações encaminhadas ao ONS e MAE de forma estratégica, com o objetivo de se aumentarem os lucros, é grande.

<sup>42</sup> Audiência Pública nº 009/1999, acerca da comprovação por distribuidoras de contratação prévia mínima para fornecimento de 85% da demanda planejada.

se dá, basicamente, pelo envio de informações simuladas tanto ao operador do sistema quanto ao administrador do mercado.

Outro elemento de preocupação é de que os submercados de energia, oligopolizados como são, apresentam grandes incentivos para a cartelização ou, ao menos, para a colusão tácita entre agentes. Esses incentivos decorrem de dois fatos. O primeiro é que estes agentes apresentam homogeneidade completa entre seus produtos e semelhança na estrutura de custos<sup>43</sup>. Além disso, todos fazem suas operações de compra e venda de energia no mesmo ambiente: o MAE. A obtenção de informações sobre a conduta dos concorrentes é extremamente facilitada. Estes dois elementos em muito facilitam comportamentos oligopolísticos, cooperativos ou não<sup>44</sup>. Não descreveremos as estratégias conjuntas que podem ser utilizadas pelos agentes, já que o objetivo deste capítulo era identificar o poder de mercado dos agentes, e não lhes descrever as condutas anticoncorrenciais decorrentes<sup>45</sup>.

## Conclusões

Do exposto, cremos que o modelo para o setor elétrico brasileiro necessita de vários ajustes, de modo a evitar terríveis problemas no futuro relacionados ao suprimento de energia elétrica no atacado. Inicialmente, poder-se-ia redefinir o mercado relevante para geração de energia elétrica, para haver maior consistência entre as regras aplicáveis ao MAE e a defesa da concorrência no setor. Essa nova definição de mercado relevante deveria ser efetivamente aplicada pela ANEEL, SDE, SEAE e CADE ao analisarem atos de concentração, inclusive aqueles decorrentes das privatizações por acontecer.

---

<sup>43</sup> SALOMÃO FILHO, CALIXTO, *Regulação da atividade econômica...*, op. cit., p. 24, nota 21.

<sup>44</sup> Em decorrência deste e de outros problemas, o Pool britânico, semelhante ao nosso MAE, foi dissolvido e substituído por um sistema de contratação bilateral obrigatória, denominado NETA (New Energy Trading Agreements). Ver GREEN, RICHARD, "Draining the Pool: the reform of electricity trading in England and Wales", *Energy Policy*, v. 27, pp. 515-25, 1999.

<sup>45</sup> Há uma série de estudos que descrevem jogos estratégicos entre geradores interconectados a redes que apresentam restrições. Nestes se evidenciam um caso peculiar de exercício de poder de mercado pelo aumento de produção, que geraria certas restrições na rede e dificultaria tanto a produção de outros geradores quanto a importação de outros submercados. Esse tipo de comportamento estratégico está detalhadamente descrito em CARDELL, JUDITH B.; HITT, CARRIE CULLEN; HOGAN, WILLIAM W., "Market power and strategic interaction in electricity networks", *Resource and Energy Economics*, v 19, pp. 109-37, 1997.

Outra medida que definitivamente deve ser adotada quando da privatização das grandes empresas federais de energia, prevista pelo artigo 5º da Lei 9.648/98, é a cisão dos ativos de geração em diversas empresas, medida também prevista pela mesma lei. Isso já vem sendo feito. Entretanto, talvez as cisões não correspondam à nova definição de mercado relevante proposta, o que, na nossa opinião, pode trazer grandes dificuldades e custos regulatórios futuros.

Creemos que essas medidas são fundamentais para que um modelo de livre mercado de energia tenha a possibilidade de ter sucesso. Dessa forma, o direito da concorrência e a regulação concorrencial cumprem a função de possibilitar a efetiva integração entre agentes econômicos por meio da disseminação efetiva de conhecimento econômico, não maculado pelo exercício de poder de mercado de certos agentes sobre outros.

## BIBLIOGRAFIA

ARENSEN, MAARTEN J.; KÜNNEKE, ROLF W., "Economic organization and liberalization of the electricity industry", *Energy Policy*, v. 24, n. 6, pp. 541-52, 1996

BARROSO, LUIS AUGUSTO, Esquemas competitivos em sistemas hidrotérmicos – comportamentos estratégicos em ambiente de mercado, Tese de mestrado apresentada ao Instituto de Matemática da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000

BLANCHET, LUIZ ALBERTO, Concessões de Serviços Públicos, Curitiba, Juruá, 1999

BORENSTEIN, SEVERIN; BUSHNELL, JAMES; WOLAK, FRANK, "Diagnosing Market Power in California's Deregulated Wholesale Electricity Market", POWER Working Paper PWP-064, Berkeley, University of California Energy Institute, 1999

CARDELL, JUDITH B.; HITT, CARRIE CULLEN; HOGAN, WILLIAM W., "Market power and strategic interaction in electricity networks", *Resource and Energy Economics*, v 19, pp. 109-37, 1997

CARLTON, DENNIS e PERLOFF, JEFFREY, *Modern industrial organization*, 3rd. ed., Addison Wesley Longman, 2000

COMITÊ COORDENADOR DO PLANEJAMENTO DA EXPANSÃO DOS SISTEMAS ELÉTRICOS - CCPE DO MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA; CENTRAIS ELÉTRICAS BRASILEIRAS S.A. - ELETROBRÁS, Relatório Analítico do Mercado de

Energia Elétrica - Ciclo 2000, disponível em [http://www.eletronbras.gov.br/downloads/mercado/relatorio\\_analitico\\_2000.zip](http://www.eletronbras.gov.br/downloads/mercado/relatorio_analitico_2000.zip)

COMPETITION COMMISSION, AES and British Energy: A report on references made under section 12 of Electricity Act 1989 – obtido no endereço eletrônico <http://www.competition-commission.gov.uk/reports/453elec.htm>

DERANI, CRISTIANE, Direito Ambiental Econômico, São Paulo, Max Limonad, 1997

GRAU, EROS ROBERTO, A ordem econômica na Constituição de 1988, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999

GREEN, RICHARD, "Draining the Pool: the reform of electricity trading in England and Wales", Energy Policy, v. 27, pp. 515-25, 1999

HARTMAN, RAYMOND; TABORS, RICHARD, "Optimal operating arrangements in the restructured world - economic issues", Energy Policy, vol. 26, n. 2, pp. 75-83

HOCHSTETLER, RICHARD L., A Reforma do Setor Elétrico no Brasil: As Perspectivas de Introdução de Competição no Segmento de Geração, Tese de mestrado apresentada à Faculdade de Economia, Administração e Ciências Contábeis da Universidade de São Paulo, 1999

HOGAN, WILLIAM W., Market Power in Theory and Practice, POWER Conference - University of California, Berkeley, Berkeley, March 17, 2000

JUSTEN FILHO, MARÇAL, Concessões de Serviços Públicos, São Paulo, Dialética, 1997

KELSEN, HANS, Teoria Pura do Direito, Almério Amado, Coimbra, 1998

KOCH JR., CHARLES H., "Control and governance of transmission organizations in the restructured electricity industry", Florida State University Law Review, v. 27, p. 1-45

LIMA, JOSÉ LUIZ, Estado e energia no Brasil – O setor elétrico no Brasil: das origens à criação da Eletrobrás (1890-1962), São Paulo, Instituto de Pesquisas Econômicas da Universidade de São Paulo, 1984

MACATANGAY, RAFAEL E. A., "Market definition and dominant position abuse under the new electricity trading arrangements in England and Wales", Energy Policy, v. 29, pp. 337-40, 2001

MELLO, MARIA THEREZA LEOPARDI, "Defesa da concorrência no setor elétrico", Revista do IBRAC, v. 6, n. 5, pp. 31-61, 1999

MENDONÇA, AUGUSTO; DAHL, CAROL, "The Brazilian electrical system reform", Energy Policy, vol. 27, pp. 73-83, 1999

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA, Estágio VII – Projeto de Reestruturação do Setor Elétrico Brasileiro – Relatório Consolidado, Brasília, Dezembro de 1997

PELTZMAN, SAM, "The economic theory of regulation after a decade of deregulation" in BALDWIN, ROBERT; SCOTT, COLIN; HOOD, CHRISTOPHER (org.), A reader on regulation; Oxford University Press, Oxford, 1999

PIRES, JOSÉ CLÁUDIO LINHARES, "Desafios da reestruturação do setor elétrico brasileiro", Textos para discussão nº 76, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, Rio de Janeiro, março de 2000

PIRES, JOSÉ CLÁUDIO LINHARES, "O processo de reformas do setor elétrico brasileiro", Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 6, n. 12, dez. 1999, pp. 137-168

ROCHA, BOLÍVAR M., "Regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência", Revista do Ibrac, vol. 5, n. 7, 1998, pp. 47 a 58

SALOMÃO FILHO, CALIXTO, Direito Concorrencial – as estruturas, São Paulo, Malheiros, 1998

SALOMÃO FILHO, CALIXTO, Regulação da atividade econômica - princípios e fundamentos jurídicos, São Paulo, Malheiros, 2001

STALON, CHARLES, "Electric industry governance: Reconciling competitive power markets and the physics of complex transmission interconnections", Resources and Energy, v. 19, pp. 47-83, 1997

STEINER, FAYE, "Regulation, industry structure and performance in the electricity supply industry", Economics Department Working Papers nº 238, Organization for Economic Co-operation and Development, Paris, April 2000, pg. 10

UNITED STATES DEPARTMENT OF ENERGY, Horizontal Market Power in Restructured Electricity Markets, Washington, March 2000, obtido em <http://www.policy.energy.gov/electricity/HMPReport.pdf>

WOLAK, FRANK A., PATRICK, ROBERT H., "The Impact of Market Rules and Market Structure on the Price Determination Process in the England and Wales Electricity Market", POWER Working Paper PWP-047, Berkeley, University of California Energy Institute, 1997

WOLFRAM, CATHERINE D., "Measuring Duopoly Power in the British Electricity Spot Market", American Economic Review, Vol. 89, September 1999;

WOLFRAM, CATHERINE D., "Strategic Bidding in a Multi-Unit Auction: An Empirical Analysis of Bids to Supply Electricity in England and Wales", in RAND Journal of Economics, Vol. 29, Winter 1998,

## **ACESSO AOS DUTOS DE TRANSPORTE E O CASO DO GÁS NATURAL: UMA ABORDAGEM NO ÂMBITO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA**

*Anderson Souza da Silva*

Monografia apresentada ao Instituto Brasileiro de Estudo das Relações de Concorrência e de Consumo – IBRAC, para fins de participação no III Concurso IBRAC de Monografias, destinado a alunos de graduação e pós-graduação, com o patrocínio da Esso Brasileira de Petróleo Limitada.

**SUMÁRIO:** Introdução ; Panorama jurídico da atividade de transporte na indústria petrolífera brasileira ; Acesso aos dutos de transporte e o direito da concorrência; Acesso aos dutos de transporte na cadeia do gás natural; Conclusão; Bibliografia

### **I. Introdução**

Ao longo da história da indústria petrolífera no Brasil uma marca que se prolongou por muito tempo neste setor foi o monopólio estatal incidente sobre as principais atividades desenvolvidas por esta indústria, mormente sobre as atividades de exploração e produção de petróleo. Na configuração deste cenário de monopólio estatal, o Estado se apresentava como principal ator e motor deste ramo da economia, determinando por meio de uma empresa estatal as metas a serem perseguidas e alcançadas. Destarte, não havia sentido em falar de defesa da concorrência neste setor, obedecendo ela no Brasil muito mais a uma lógica de estratégia estatal do que a de um mercado.

Esta situação de exploração da atividade relacionadas ao petróleo e gás no Brasil se alterou sensivelmente nos anos 90, especificamente em 1995 a 1998, quando foram introduzidas mudanças no plano político e jurídico concernentes ao monopólio estatal da indústria petrolífera do Brasil. No fluxo da onda de desestatização vigorante no Brasil, o monopólio executivo das atividades da indústria do petróleo e gás foi quebrado, retirando-se a exclusividade da Petrobrás no setor por meio da Emenda Constitucional n.º 09, consagrado definitivamente pela Lei n.º 9.478 de 1997. Antes proibida, passou-se à admissão de novos atores no mercado nacional. Desta forma, começou a avultar os investimentos privados no setor, procurando-se principalmente

atrair empresas internacionais ligadas à área, inserindo-as no mercado nacional mediante concessões e autorizações realizadas com o Estado, representado pela Agência Nacional do Petróleo.

No novo contexto que se desenha para a indústria petrolífera no Brasil, a implantação de um sistema de mercado neste setor traz consigo uma nova preocupação, que é garantir a existência de mecanismos efetivos de concorrência, de sorte que o monopólio estatal não se torne num monopólio privado. Nesta esteira, o presente trabalho tem o intuito de abordar a questão da concorrência numa das etapas mais sensíveis desta indústria que é o transporte. Quer se abordar aqui precisamente o tema de acesso a estas redes de transporte, escolhendo-se o caso do gás natural. Justifica-se o tema por duas premissas básicas: a primeira se liga à necessidade de implantação e expansão de uma rede de transporte e a sua possibilidade de funcionamento em sistema de concorrência, levando-se em conta o problema das “verticalizações” de empresas e do acesso a estas redes; a segunda se pauta nas especificidades técnicas e econômicas do gás natural no Brasil, que demandam discussões específicas sobre o acesso aos dutos de transporte relacionados.

O trabalho procurou-se estruturar em três núcleos de discussão: o primeiro descreve o novo panorama jurídico da atividade de transporte na indústria petrolífera após a transformação do monopólio estatal sobre a indústria, de tal modo que seja colocada a questão do seu acesso. O segundo trata das possibilidades de implantação de um sistema de concorrência neste setor, questionando-se o que é este acesso. Por fim, o terceiro núcleo situará o debate do acesso no caso do gás natural, assinalando as peculiaridades do caso e as soluções que possam ser dispostas pelo direito da concorrência.

## **II. Panorama jurídico da atividade de transporte na indústria petrolífera brasileira**

A compreensão da situação jurídica do transporte na indústria petrolífera brasileira passa necessariamente pelo crivo das recentes mudanças perpetradas pela Emenda Constitucional n.º 09 e pela promulgação da Lei 9.478/97.

Anteriormente a estes dois diplomas legais, predominava neste setor o monopólio estatal absoluto sobre as atividades chamadas, no jargão da indústria, de “upstream” (exploração, desenvolvimento e produção), “midstream” (transporte) e algumas de “downstream” (refino). Reforçando esta feição monopolista por parte do Estado, tínhamos a antiga disposição do § 1º do art. 177 da Constituição Federal que prescrevia: “O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo e gás natural,

ressalvado o disposto no art. 20, 1<sup>o</sup>”. Como se pode observar, na época monopolista da indústria nacional do petróleo confundia-se no ente estatal (a União, no caso) o titular da atividade de transporte, conforme vislumbrado nos incisos do art. 177 da Constituição Federal, e o executor da atividade, uma vez que é diretamente pelo Estado mediante empresa estatal – a Petrobrás, não se admitindo a participação de empresas na execução do monopólio. Retomando, então, o que já foi adiantado na introdução, não tínhamos no Brasil a necessidade de reflexão sobre o papel da defesa da concorrência neste segmento da indústria petrolífera, já que juridicamente e de fato a situação era de pleno monopólio estatal. Cabe frisar que o monopólio estatal só se estende ao transporte nas modalidades aquaviária e dutoviária.

Esta situação perdurou até o advento da Emenda Constitucional n.º 09. Segundo esta emenda, a atividade de transporte continuaria a ser monopólio da União, mas houve sensível mudança na sua execução. A execução do monopólio deixou de ser exclusividade de uma empresa estatal (a Petrobrás, no caso), para passar a ser executada por qualquer empresa que preencha os requisitos legais, seja privada, seja estatal. É o que se vislumbra na nova redação do §1º do art. 177 da Constituição: “A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo, observadas as condições estabelecidas em lei”. Dentre as atividades listadas nos incisos referidos inclui-se a de transporte.

O processo de alteração do texto constitucional consagrou a admissão de agentes privados na exploração do transporte por dutos de óleo, gás e derivados. A mudança, por sua vez, criou uma situação de perplexidade. De certa forma, a emenda propiciou a separação entre titularidade e executoriedade da atividade de transporte. Assim, a atividade de transporte é, por um lado, monopólio, cuja titularidade é da União; por outro lado, é executada por vários agentes, introduzindo-se verdadeiro sistema de competição.

Atento a esta circunstância da reforma constitucional, muito se discute acerca do alcance do monopólio estatal neste novo contexto. Para alguns houve uma total quebra do monopólio estatal sobre as atividades constitucionalmente tidas como monopólio, já que não há que se falar em monopólio se este também não abarca a sua execução. A manutenção do monopólio estatal seria mais um traço ideológico, ligado à tradição jurídica e política praticada no setor petrolífero brasileiro. Outros, porém, adotam uma visão moderada sobre a questão, entendendo que o mais certo é dizer que ocorreu “flexibilização” do monopólio estatal, pois o Estado permaneceu com a sua titularidade, embora ela não atinja a execução do mesmo. Monopólio e competição, uma combinação que possui reflexos no direito concorrencial e que retomaremos mais tarde.

Passando do nível constitucional para o infraconstitucional, a atividade de transporte foi disciplinada pela Lei 9.478/97, chamada de Lei do Petróleo. Nos arts. 3º a 5º desta lei reafirmou-se que a atividade de transporte é monopólio da União, podendo ser exercidas por empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no Brasil. O que ressalta de relevante na comparação entre o texto legal e constitucional é que o §1º do art. 177 da Constituição fala de “contratação”, enquanto o art. 5º da Lei do Petróleo especifica a mesma, sob as modalidades de concessão e autorização.

O diploma legal disciplina a atividade de transporte nos arts. 56 a 59. A modalidade de “contratação” escolhida para atividade foi a autorização. É o que se depreende do art. 56 da lei em comento: “Observadas as disposições das leis pertinentes, qualquer empresa ou consórcio de empresas que atender ao disposto no art. 5º poderá receber autorização da ANP para construir instalações e efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, seja para suprimento intenso ou para importação e exportação”. Escolhendo-se a modalidade de autorização como ato da Administração que faculta ao interessado exercer a atividade de transporte, clara foi a intenção de introduzir um sistema de competição no setor, já que basta a esse interessado satisfazer os requisitos necessários para obter a autorização a fim de poder exercer a atividade, diferentemente das atividades de exploração e produção de petróleo e gás que, embora haja a intenção de promover a competição e a livre iniciativa, são realizadas mediante concessão, a qual pressupõe um processo mais rigoroso para facultar o interessado a exercer aquelas atividades, rigorismo este consubstanciado na exigência de prévio processo de licitação.

Finalizando este panorama legal sobre atividade de transporte, temos também a sua disciplina pela via da regulação, destacando-se entre os atos normativos expedidos pela Agência Nacional do Petróleo a portaria 170º/98, que regulou os requisitos necessários para a empresa ou consórcio de empresas para obter a autorização para realizar a atividade de transporte.

### **III. Acesso aos dutos de transporte e o direito da concorrência**

Neste tópico será tratado o acesso aos dutos de transporte, mas antes de entrar no tema teceremos algumas considerações á convivência entre monopólio e competição na atividade de transporte na indústria petrolífera, como já foi adiantado.

Conforme já foi visto no tópico anterior, a atividade de transporte na indústria petrolífera é considerada, concomitantemente, monopólio estatal reservado à União e atividade submetida ao regime de concorrência mediante a admissão de diversos agentes econômicos. Já sublinhamos que esta situação de monopólio e concorrência soa estranho neste novo cenário. Deve-se, por-

tanto, definir o alcance deste “monopólio” para depois adentrar especificamente na questão do acesso. Tradicionalmente, a palavra monopólio envolve não somente a titularidade de um serviço público ou atividade econômica por ente privado ou estatal, mas também a prestação destes com absoluta exclusividade. De fato, é na prestação com absoluta exclusividade que se caracteriza um monopólio e não na mera titularidade dele, de modo que a manutenção da palavra “monopólio” no texto constitucional não possui o mesmo alcance que possuía na época em que o Estado brasileiro mantinha uma postura monopolista, sendo o principal agente do desenvolvimento econômico brasileiro. Seguindo este raciocínio, a palavra “monopólio” mantida no texto constitucional ganha outro significado, que só pode ser obtido a partir de uma interpretação sistemática dos arts. 20, IX, 173 e 174 da Constituição Federal.

Pelo art. 20, IX da CF os recursos minerais são bens da União. São, portanto, bens públicos. Os arts. 173 e 174 da CF, por sua vez, dizem respeito à atuação do estatal no domínio econômico, consignando uma posição de interferência mínima neste domínio. É o que se pode enxergar na disposição da prestação direta pelo Estado de atividade econômica somente em caso de segurança nacional e relevante interesse público (art. 173 da CF), e o papel do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Em face a esta configuração constitucional, apercebe-se que a palavra “monopólio” mantida no texto constitucional torna-se oca quanto ao peso por ela imprimido em razão das posturas de um Estado que dirige o desenvolvimento econômico por meio de políticas macroeconômicas e prestação direta de atividade econômica. De tal sorte, monopólio hoje não pode significar hoje uma ingerência estatal que venha a frustrar o processo de instauração de competição no setor petrolífero, mas que, considerando que a atividade de transporte envolve a manipulação de um bem público e, por conseguinte, de um interesse público, demanda uma ação do Estado que preserve as estruturas anteriores, coibindo comportamentos que ponham por terra a relevância dada ao petróleo e gás na economia nacional. Embora hoje submetida ao regime privado e de competição, a atividade de transporte é de utilidade pública (public utility), devendo ser exercida conforme ao interesse público e estratégico que possui o petróleo e gás na matriz energética brasileira. Deslocando a questão do nível para o legal, especificamente à Lei 9.478/97, confirmamos tal pensamento quando lemos o seu art. 1º, mormente os incisos I, III, IV e V, que rezam sobre a preservação do interesse nacional, a proteção do consumidor, a proteção ambiental e conservação de energia e a garantia de fornecimento de petróleo em todo o território nacional.

Essas primeiras considerações mostram que a palavra monopólio, antes de ser colidente com o sistema de competição (consagrado, aliás, entre os princípios do art. 1º da Lei 9.478/97), dá um maior significado à defesa da

concorrência em virtude do mercado ligado à atividade de transporte, visto que aqui as condutas privadas entre as empresas têm uma repercussão muito maior do que em mercados envolvendo outros bens e serviços.. A palavra monopólio, portanto, sinaliza a maior lesividade que as condutas anticoncorrenciais podem ter para o mercado de petróleo e gás por ser este dotado de essencialidade para a matriz energética do país.

Dentre as questões que são relevantes no transporte de petróleo e gás por dutos quanto à defesa da concorrência é a do acesso. O acesso aos dutos de transporte é um problema espinhoso, ladeado de pormenores, não só pelo seu reflexo no âmbito do direito de concorrência, mas também pela maior potencialidade de lesão do comportamento dos particulares a este mercado, em razão do “monopólio” constitucional e legal e seu novo significado, conforme já discutimos. É que o acesso aos dutos de transporte toca justamente no fenômeno chamado de “verticalização de empresas”, em que uma empresa atua em todos os elos da cadeia produtiva. Ademais, é de bom alvitre sublinhar que na indústria petrolífera se conhecem basicamente dois tipos de empresa: as empresas independentes, que atuam somente no “upstream” da indústria (exploração e produção); as empresas integradas que além de atuarem no setor “upstream”, também atuam em alguma atividade do “downstream” (refino, processamento, distribuição e comercialização) ou no “midstream” (transporte). Referindo-se ao ato de integração, diz-se que esta espécie de empresa vai do poço ao posto. A existência das empresas integradas junge-se historicamente ao monopólio de fato que foi estabelecido pela Standard Oil nos Eua, sob a égide Rockefeller, resultando em grande concentração econômica. O problema da “verticalização” na indústria petrolífera sob a figura das empresas integradas oscila entre dois marcos: um é o problema das concentrações empresariais, lesivas ao mercado e devendo ser submetidas ao regime de defesa da concorrência; o outro é que a integração na indústria petrolífera é uma estratégia vital da grande indústria petrolífera e uma estratégia vital da grande indústria petrolífera, de modo a garantir ao longo da cadeia produtiva a compensação de investimentos realizados na exploração e produção, garantido-se, igualmente, parcela grande do mercado consumidor e de boa fatia dos lucros (conseguidos principalmente nas atividades de distribuição e comercialização). Por estas razões, é interessante que a atividade de transporte seja separa da do restante da cadeia produtiva e, de certa maneira, este foi objetivo da Lei do Petróleo ao estabelecer um regime específico para atividade de transporte, diferenciando-os dos demais. Como aponta Maria D’Assunção Costa Menezello<sup>46</sup> em seu livro “Comentários à Lei do Petróleo” que “a ati-

---

<sup>46</sup> MENEZELLO, Maria D’Assunção Costa. Comentários à lei do petróleo: lei federal n.º 9.478, de 6-8-1997. São Paulo: Atlas, 2000, pág 152.

vidade de transporte requer a outorga de autorização por parte da ANP e exige a criação de uma pessoa jurídica independente, cujo objeto social tenha a finalidade de prestar serviços de transporte. Impede-se, com isso, que empresas que têm objeto social distinto dessa atividade possam realiza-la. Essa exigência legal visa propiciar maior horizontalização da indústria do petróleo, privilegiando a concorrência com a entrada no setor de outros agentes econômicos”. Seguindo esta tendência de separação da atividade de transporte das outras componentes da indústria petrolífera, o art. 65 da Lei do Petróleo determinou que a Petrobrás criasse uma subsidiária com atribuições específicas para a realização de atividades ligada ao transporte. A prestação da atividade de transporte por empresas independentes, portanto, ganha dimensões relevantes no novo cenário da indústria petrolífera nacional, orientando a interpretação dos dispositivos constitucionais e legais, bem como a regulação normativa da atividade.

O acesso aos dutos de transporte é disciplinado legalmente nos art. 58 e 59 da Lei do Petróleo. A partir destes artigos se pode deduzir o significado deste acesso na legislação.

A princípio, uma distinção trazida pela lei em comento e relevante para a discussão aqui travada é a entre dutos de transporte e transferência, consagrada no art. 6º, incisos VII e VIII. A diferenciação apresentada possui implicações neste estudo, visto que é primacial no delineamento da negação do acesso aos dutos de transporte e seus efeitos na garantia de um mercado competitivo.

Sobre a distinção entre dutos de transporte e de transferência não há quase trabalhos doutrinários, de modo que num primeiro momento seguiremos a dicção legal para depois tecermos as nossas considerações no âmbito das condutas lesivas à concorrência. Assim, o inciso VIII do art. 6º da Lei 9.478 define transporte como “movimentação de petróleo e seus derivados ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse geral” e transferência como “movimentação de petróleo, derivados ou gás natural em meio ou percurso considerado de interesse específico e exclusivo do proprietário ou explorador das facilidades”. À primeira vista, percebe-se que a locução dos incisos em comento vale-se de cláusulas gerais as peculiaridades de cada duto. A oposição entre interesse geral e específico volta-se para o que discutimos sobre a relação entre monopólio e concorrência neta atividade. A classificação “dutos de transporte” atende ao interesse público e estratégico que existem quanto ao petróleo e gás e sua função na matriz energética, enquanto a classificação “dutos de transferência” é corolário da garantia do lugar de cada agente econômico como competidor em um mercado, dentro da cercania do direito de propriedade e da garantia da livre concorrência. Desta feita, a exclusividade de propriedade ou exploração dos dutos de transferência implica o não

acesso deles por terceiros. Neste caso a negação do acesso não trará, a princípio, conseqüências suscetíveis de passarem pelo crivo da defesa da concorrência, pois inexistente utilidade pública quanto a estes dutos. Diversamente, nos dutos de transporte o acesso é uma questão mais problemática, pois se trata de uma utilidade pública, havendo obrigação de livre acesso. A recusa deste acesso será tratada melhor na última parte deste trabalho, quando nos determos no acesso dos dutos de transporte na cadeia do gás natural.

A utilização de cláusulas gerais para a distinção entre dutos de transporte e de transferência coloca o seguinte questionamento: quando estaremos diante de um duto de transporte e de um duto de transferência, ou seja, quando é possível detectar que existe interesse geral na utilização das instalações de transporte? De posse da noção de que a atividade é de interesse público e vital importância para a matriz energética brasileira, o transporte será justamente a atividade que enlaçará todos os elos da cadeia produtiva do petróleo e gás. Destarte, a movimentação de petróleo e gás será considerada transporte quando ligar cada um destes elos, ou seja, a exploração e produção com o refino, o refino com a exportação, o processamento com a distribuição e assim por diante. O interesse geral e de terceiros residirá na função da atividade de transporte tem em ligar as atividades da indústria petrolífera em uma cadeia de produção, e não num mero juízo subjetivo realizado pelos interessados no acesso. Socorrendo-se de um exemplo, embora uma mesma empresa detenha num mesmo complexo industrial atividades ligadas à produção e a exportação de petróleo, o duto que ligará estas atividades na movimentação do óleo poderá ser considerado um duto de transporte (seria o caso da previsão de reclassificação dos dutos de transferência prevista no art. 59 da Lei do Petróleo), de tal sorte que seu proprietário não poderá impedir seu acesso a terceiros, já que liga elos diferentes da cadeia produtiva do petróleo e gás. Procedendo-se à negação do acesso aos dutos que ligam elos da cadeia produtiva, caracterizar-se-ia a infração capitulada no art. 20, II (dominar mercado relevante de bens ou serviços), bem como a do art. 21, VI (impedir o acesso do concorrente às fontes de insumo, matérias primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição) da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste). Só poderemos ter um duto de transferência em cada elo da cadeia considerado em si, pois nessa qualidade não estará implicada a garantia da continuidade da cadeia produtiva. Em outras palavras, os dutos de transferências, considerados a partir dos elos da cadeia individualmente, existirão quando houver exclusividade na sua exploração, pois destinados a satisfazer unicamente as necessidades do empreendimento (Ex.: dutos que movimentam gás na área de concessão de exploração e produção).

Para finalizarmos este tópico deve ser analisado o alcance do acesso aos dutos de transporte na Lei 9.478/97.

Analisar a forma do acesso aos dutos de transporte na lei 9.478/97 é responder se foi consagrado um regime de plena competição, onde o acesso significa, primordialmente, a interconexão de redes de transporte combinada com acesso a terceiros (carregadores e usuários) ou uma situação de monopólio natural, onde o acesso liga-se ao uso da rede por carregadores e usuários. A análise da existência, pelo menos no plano legal da competição plena ou do monopólio natural é se orientar por duas formas de ver a defesa da concorrência: pelo primeiro aspecto seria garantir a livre iniciativa dos players no mercado; pelo segundo aspecto seria ver a defesa da concorrência sobre o prisma da eficiência econômica e cuidar para que ela não se torne uma postura abusiva, deixando cativos os consumidores e usuários da rede.

Pesando a primeira hipótese, dois dispositivos da Lei do Petróleo são bastante elucidativos. O primeiro é o art. 1º, inciso IX, que consagra com princípio e objetivo da política energética nacional a promoção da livre concorrência. O segundo é o art. 56, já mencionado anteriormente, que assevera: “Observadas as disposições das leis pertinentes, qualquer empresa ou consórcio de empresas que atender ao disposto no art. 5º poderá receber autorização da ANP para construir instalações e efetuar qualquer modalidade de transporte de petróleo, seus derivados e gás natural, seja para suprimento interno ou para importação e exportação” (grifos nossos). Em face a uma visão de defesa da concorrência na livre iniciativa dos mercados e na proteção do consumidor, os dois dispositivos permitem embasar uma visão de acesso ligada à interconexão de redes pertencentes a diferentes transportadores. Desta forma, há espaço legal para conceber a atividade de transporte em pleno regime de competição (...qualquer empresa ou consórcio de empresa...). Deste ponto de vista, a defesa da concorrência cumprirá seu papel na problemática do acesso aos dutos de transporte impedindo com todas as forças a realização da infração capitulada no inciso II do art.20 da Lei Antitruste (dominar mercado relevante de bens ou serviços).

Ocorre, porém, que a atividade de transporte por dutos é muito dispendiosa, exigindo vultosos investimentos para sua instalação e ampliação e cujo retorno em capital não é tão compensador, diminuindo as possibilidades de competitividade neste segmento. Como já foi dito, na cadeia produtiva do petróleo e gás as atividades mais rentáveis são a distribuição e a comercialização. Outro problema que se coloca é que a existência de um sistema forte de competição em alguns setores de uma certa cadeia produtiva pode garantir a livre iniciativa, abrindo o mercado para a entrada de novos agentes, mas comprometer substancialmente a eficiência econômica da atividade, principalmente no caso considerado, cujo efeito seria a duplicidade de redes sem alcance da eficiência esperada num sistema competitivo. Segundo Ana Maria Oliveira

Nusdeo<sup>47</sup>, comentando o caso da telefonia assevera: “No entanto, nem todas as fases da prestação desses serviços e do exercício destas atividades de telefonia são passíveis de ser desenvolvidas em competição. Algumas permanecem com as características de monopólio natural, devendo ser objeto de uma regulação destinada a garantir o uso em bases não-discriminatórias ou abusivas. Do contrário empresas do setor que dependem deste acesso para o desempenho de suas atividades teriam sua permanência no mercado inviabilizada. Trata-se de estruturas, sistemas e equipamentos necessários à prestação de serviços pelas várias prestadoras, mas que não podem ser duplicadas por cada uma delas. Além disso, as empresas com controle dessas estruturas ou equipamentos poderiam discriminar as outras, suas concorrentes, no mesmo ou em outro mercado, inviabilizando seu acesso a tais equipamentos e sistemas ou aumentando os seus custos.

A fim de lidar com essa situação, a doutrina antitruste norte-americana desenvolveu o conceito de essencial facility, aplicável sobretudo no caso de indústrias reguladas nas quais haja o controle por um monopolista de um equipamento ou sistema que seja essencial para o desenvolvimento de uma atividade por um concorrente, materialmente impossibilitado de duplicar o equipamento ou sistema”. Ainda segundo esta autora<sup>48</sup>, agora analisando o caso do transporte na indústria petrolífera: “Na exploração do petróleo a fase de transporte apresenta-se como crítica do ponto de vista concorrencial. A construção de oleodutos, gasodutos e terminais marítimos é extremamente custosa e a necessidade de empreendê-la para o desenvolvimento das atividades de produção, refino, importação e exportação, entre outras acabaria por inviabilizar o ingresso de novos agentes no mercado para concorrer com a PETROBRÁS”. A partir disto é que se construiu o conceito de monopólio natural, que são situações onde a introdução de um sistema de concorrência não induz ao alcance da eficiência esperada, mas que é obtida com a existência de um prestador em posição dominante. Nas palavras de Possa, Ponde e Fagundes<sup>49</sup>, “Os casos típicos, muito tratados em economia industrial, são os chamados “monopólios (ou oligopólios) naturais”,... qualquer tentativa de ampliar o número de produtores na indústria, de modo a estimular a concor-

---

<sup>47</sup> NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) Direito Administrativo Econômico. 1º edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, pág 170-171.

<sup>48</sup> Ibidem, pág. 172

<sup>49</sup> POSSAS, Mario Luiz; PONDE, João Luiz; FAGUNDES, Jorge. Regulação da Concorrência nos Setores da Infra-Estrutura no Brasil: Elementos para um Quadro Conceitual. **Apud** MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de Serviços Públicos e Competição – o Caso da Distribuição de Gás Natural. Revista de Direito Administrativo, Editora Renova, n.º 223, 2001.r

rência, acarreta a presença de uma ou mais plantas de escala subótima, e, portanto, custos médios mais elevados que o mesmo nível de produção realizado pela oferta existente (monopolista ou oligopolista). Para esses casos, incluídos entre as convencionalmente chamadas “falhas de mercado”, aceita-se de forma generalizada, mesmo nas abordagens ortodoxas, a regulação pública do mercado, de forma a impedir a prática de preços monopolísticos, mantendo-os próximos do nível dos custos médios, entre outros objetivos regulatórios. Em outras palavras, abre-se mão em nome da eficiência econômica – no caso, expressa em custos e preços mais baixos –, de uma estrutura de mercado mais competitiva, isto é, capaz de maior grau de concorrência”.

Do ponto de vista da defesa da concorrência é cercado conceitualmente pela expressão dominante. Neste caso a defesa da concorrência terá papel fundamental na reprimenda do abuso da posição dominante (art. 20, IV da Lei Antitruste). De fato, não se cogitará aqui da infração capitulada no art. 20, II da Lei Antitruste, já que a admissão de monopólio natural liga-se à maior eficiência do agente econômico e, como explicita o §1º do art. 20 da Lei 8.884/94 a maior eficiência será excludente da infração capitulada no art. 20, II desta lei.

Em situação de monopólio natural torna-se vital o acesso às estruturas de mercado nas mãos do agente em posição dominante e, no caso do petróleo e gás, a Lei do Petróleo considerou esta situação no art. 58, que diz: “Facultar-se-á a qualquer interessado o uso dos dutos de transporte e os terminais marítimos existentes ou a serem construídos, mediante remuneração adequada ao titular das instalações” (grifos nossos). Prevendo-se que a atividade de transporte por dutos seja exercida em monopólio natural, a lei institui aos proprietários das instalações de transporte a obrigação de dar livre acesso, pois tomou este tipo de transporte como uma essencial facility. Há de se ter em mente, contudo, que a obrigação de livre acesso na lei do Petróleo vale independentemente da existência de monopólio natural. O que a lei consignou é um instrumento de prevenção de condutas abusivas no acesso à rede pelo transportador, refletindo-se principalmente nas situações de monopólio natural.

Arrematando as nossas conclusões com base na Lei do Petróleo, a plena competição, bem como o monopólio natural foram contemplados nesta Lei. A princípio, estimula-se que a atividade de transporte seja executada de forma competitiva, com a entrada cada vez maior de outros agentes na sua prestação, mas admite-se que ela seja prestada em monopólio natural (que acontece de fato hoje no setor, em razão da atuação da Transpetro, subsidiária da Petrobrás), estabelecendo-se, em contrapartida, a obrigação de prover o livre acesso, prevenindo-se os efeitos danosos da posição dominante de um transportador neste segmento.

#### **IV. Acesso aos dutos de transporte na cadeia do gás natural**

Nesta última parte trataremos do acesso ao transporte na cadeia do gás natural. Procuraremos apontar as especificidades da cadeia do gás natural e suas implicações no acesso à rede dentro do novo contexto oferecido pela exploração do gás natural no Brasil. Para esta discussão, além das considerações já tecidas nos tópicos anteriores, tomaremos como base a nova portaria da ANP a ser expedida sobre o tema ( Minuta 0507.2002), bem como o cotejo dela com a Diretriz 98/30 da Comunidade Européia sobre o mercado de gás natural.

Nos últimos anos vem crescendo a importância do gás natural na matriz energética brasileira. O aumento da demanda por esse hidrocarboneto encontra várias razões neste novo cenário. Uma delas foi a introdução do uso do gás natural como combustível automotor (gás natural veicular – GNV). O preço mais barato deste hidrocarboneto, combinado com o aumento progressivo da gasolina , estão aumentando a margem de demanda pelo GNV em proporções nunca experimentadas antes no Brasil, culminando na necessidade de aumento da produção de gás natural para dar conta da crescente demanda. Outro fator do aumento da demanda por gás natural é a necessidade de diversificação da matriz energética brasileira, que em episódios recentes mostrou-se bastante frágil, em razão da dependência da hidroeletricidade e seus efeitos danosos na época do racionamento. Desta forma, vem-se direcionando boa parte da produção de gás natural para a geração de termoeletricidade, uma das alternativas para a grande dependência da matriz energética brasileira frente à hidroeletricidade. Outrossim, o gás natural é cada vez mais canalizado para a grande indústria para fins de substituição energética de combustíveis altamente poluentes como o carvão, a lenha e óleo combustível. O gás natural se apresenta como ótima fonte alternativa a substituir as já citadas, visto que o gás natural provoca menor impacto ambiental, seja pelos menores graus de concentração de enxofre e gás carbônico, seja pela combustão mais completa, diminuindo a emissão de resíduos. Enfim, tem-se o uso do gás natural para atender a demanda residencial.

Tendo-se em vista os fatores elencados como responsáveis pelo aumento da demanda de gás natural, é perceptível que se vive um momento ímpar desta indústria em relação à tradicional indústria petrolífera, com grandes perspectivas de ampliação da rede de gasodutos para responder a demanda em crescimento. O próprio governo federal prevê e estimula a participação do gás natural na matriz energética brasileira até 2010 na razão de 10 a 12%. A necessidade de ampliação da rede se direciona principalmente a quatro segmentos: uso residencial, uso industrial (geração e cogeração), geração de termoeletricidade (geração e cogeração) e combustível automotor (GNV).

Neste contexto de ampliação das redes de gasodutos torna-se imperioso garantir que a cadeia de gás natural funcione de maneira ininterrupta, a fim de garantir o suprimento do mercado consumidor. E a questão de acesso à rede de gasodutos é um dos pilares deste cenário, visto que está interligado à garantia da continuidade da cadeia do gás natural, bem como a introdução de um mercado competitivo.

Para a melhor visualização da problemática do acesso aos gasodutos e suas implicações para a defesa da concorrência, é bom se registrar certas peculiaridades da cadeia do gás natural no Brasil antes de adentrar no âmbito da portaria da ANP sobre o tema a ser analisada.

A principal peculiaridade da cadeia do gás natural é que dá vazão a muitas incoerências é o cenário regulatório do setor. A regulação do setor de gás natural apresenta diversas incongruências. O motivo destas incongruências reside na divisão de competências e dos regimes adotados para o gás natural. Por um lado, as atividades de exploração, produção, processamento, transporte, importação e exportação são consideradas atividades econômicas e cuja disciplina está submetida ao crivo da União mediante a atuação da Agência Nacional do Petróleo, em função da configuração dada pelo art. 177 da Constituição Federal e da Lei do Petróleo. Assim, a regulação das atividades mencionadas está submetida ao regime federal estabelecido em leis e decretos, assim como pelas normas baixadas pela ANP, e funcionam sob os princípios típicos das atividades privadas, embora com certas restrições, conforme já tratamos quando falamos, por exemplo, nas relações entre monopólio e concorrência. Por outro lado, o art. 25, §2º da Constituição determina que os serviços de distribuição de gás canalizado são de competência dos estados-membros e que serão prestados não na forma de atividade econômica, mas de serviços públicos. Em virtude desta configuração, a distribuição de gás natural está submetida a Lei geral sobre concessões e permissões de serviços públicos ( Lei 8.987/95), aos decretos estaduais expedidos sobre as concessões para a distribuição de gás natural, bem como aos atos normativos das agências estaduais. É fácil perceber que no Brasil vivemos um regime de duplicidade do regime regulatório do gás natural, uma vez que no plano federal a cadeia do gás natural está disciplinada ao lado da do petróleo, não tendo havido uma separação entre elas, como acontece na Diretiva 98/30 da Comunidade Europeia, que disciplina todas as atividades verticalizadas ligadas à cadeia do gás natural. Essa duplicidade de regimes regulatórios impõe sérios desafios de harmonização de normas entre a ANP – agência federal – e as agências estaduais, refletindo este problema na harmonização dos regimes de atividade econômica e serviço público e o acesso aos gasodutos.

A segunda peculiaridade da cadeia do gás natural no Brasil é quanto às reservas nacionais de gás. Apesar de serem em grande número, o Brasil, na

verdade, não é um “mar” de gás natural, ou seja, não possui reservas extraordinárias de modo a suprir o aumento da demanda sem problemas. Por esta razão, procura-se buscar novas reservas que supram essa demanda, indo-se busca-las principalmente em outros países da América do Sul. Atualmente, um grande parceiro do Brasil neste ramo é a Bolívia por meio do gasoduto Brasil-Bolívia, tendo-se, inclusive, a Argentina como grande fornecedor potencial de gás natural em virtude de suas grandes reservas.

A terceira peculiaridade resvala nas próprias características físico-químicas do gás natural. Diversamente do óleo bruto, o gás natural possui grandes problemas de estocagem. Embora exista o armazenamento e transporte pela criogenia, trata-se de um processo muito caro e dispendioso para ser lucrativamente atrativo (excluindo-se os casos onde é quase impossível o transporte por gasodutos convencionais, como ocorre na Amazônia). Nestes termos, o gás natural precisa de um segmento produtivo estruturado de modo a ser escoado e atender suas diversas finalidades comerciais, sob pena de ser queimado nos flares. É por esta razão que predomina no ramo de gás natural duas espécies básicas de contratos: contratos de “take or pay” e “ship or pay”, que se traduzem em contratos com cláusulas de aquisição e transporte obrigatório, independentemente da quantidade de gás efetivamente consumida ou transportada.

Por fim, a quarta peculiaridade da cadeia do gás natural é o uso do gás na geração de energia elétrica. Em razão desta destinação, o mercado de gás natural acaba sendo construído de tal forma que se amolde ao perfil do mercado de energia elétrica e suas necessidades, nascendo daí a necessidade da harmonização da regulação do mercado de gás com o mercado de energia elétrica.

Vistas as peculiaridades da cadeia do gás natural, passemos à análise da nova portaria a ser expedida sobre o acesso aos dutos de transporte de gás natural.

Essa nova portaria é, segundo a NOTA TÉCNICA 037/2002-SCG, fruto de consulta pública realizada em fevereiro de 2001 e cujo objetivo é apresentar uma nova regulamentação que substitua a portaria até então vigente, 169/98, em vista do objetivo de maior controle e transparência das atividades exercidas pelo transportador.

Lendo-se a minuta da portaria percebe-se que houve a afirmação de duas diretrizes básicas para o setor do gás natural: a independência da atividade de transporte e a determinação de livre acesso aos interessados em bases não discriminatórias. Quanto à independência da atividade de transporte, ou seja, oferecida por empresa distinta das outras fases da cadeia, anteriormente a minuta desta portaria, a portaria ANP 170/98 já estabeleceu disposição neste

sentido no seu art. 6º, onde condiciona a concessão de autorização para pessoa jurídica cujo objeto social é exclusivamente a atividade de construção e operação de instalação de transporte. Nesta nova portaria são previstos outros instrumentos para a garantia da independência: a proibição de venda ou compra de gás natural pelo transportador, excetuando o necessário para a operação das instalações (art. 3º da minuta da portaria) e a disposição que determina a transferência da titularidade de instalações de transferência reclassificadas para transporte a empresa independente (art. 11). Quanto ao livre acesso a interessados a minuta da portaria é rica em dispositivos. O dispositivo do art. 4º é cabal na definição do livre acesso aos interessados em base não-discriminatórias. Vale salientar que este dispositivo reforça a idéia da atividade de transporte competitiva, genericamente consagrada na Lei do Petróleo, desestimulando a idéia de monopólio natural no setor já que, antevendo a existência de diversas redes, estabelece que os transportadores estabelecerão um acordo de interconexão, importante no âmbito da integração regional nos países produtores de gás na América do Sul. Como já salientamos anteriormente, não é que se proíbe a existência da atividade de transporte em monopólio natural: apenas a legislação e a ANP por meio do seu cabedal regulatório não estimula a sua existência, promovendo-se a livre competição, objeto este da nova portaria, como reza as considerações feitas na nota técnica acima mencionada. Ainda quanto ao livre acesso, inovou-se quanto à norma regulatória anterior (portaria ANP 169/98), prevendo-se a formalização dos contratos de transporte e a sua submissão a ANP, bem como a previsão do Concurso Aberto para a alocação da capacidade disponível. A existência do Concurso Aberto liga-se à experiência vivida pela dependência da hidroeletricidade (vide portaria ANP 98/00), estimulando-se a maior oferta de gás natural para a geração de termo eletricidade. Por fim, para se garantir o livre acesso previu-se a limitação da aquisição da capacidade disponível no Concurso Aberto pelo carregador que detenha até 50% da capacidade contratada das instalações de transporte, incentivando-se assim que novos agentes entrem no mercado do gás natural, mas não se proibindo a existência de monopólio natural, já que o parágrafo único permite ao carregador em posição dominante contratar a capacidade remanescente na falta de outros carregadores; previu-se a reclassificação das instalações de transferência em transporte, aliás, já determinada pela Lei do Petróleo.

Discutindo-se, no entanto, a negação de acesso aos dutos de transporte e seus efeitos para a defesa da concorrência, a questão é mais problemática. A negação do acesso no ato da contratação só foi prevista no art. 5º, que dispõe: “O transportador atenderá a Interessados na contratação de STF em sua Capacidade Disponível, de STI em sua Capacidade Ociosa, assim como de outros serviços de transporte que venham a ser solicitados. Parágrafo Único. O não atendimento aos pedidos de contratação descritos no caput desse

artigo será justificado pelo transportador aos interessados e à ANP no prazo máximo de 15 dias, a contar da data de recebimento do pedido pelo Transportador”. É possível notar que o dispositivo não delimita de alguma forma em que situações se pode negar a contratação (e, por conseguinte, o acesso) aos interessados na utilização das instalações de transporte. Da forma que está disposta a redação do dispositivo, dá-se uma margem muito ampla para a possibilidade da negação pelo transportador e a aceitação ou não da justificativa pela ANP. Diversamente, a Diretiva 98/30 da Comunidade Européia prevê casos de possibilidade de negação do acesso (art. 17 da Diretiva), que são a falta de capacidade, impedimento do cumprimento de obrigações de serviço público em virtude do acesso e dificuldades econômicas e financeiras no âmbito dos contratos de “take or pay”. Por isto, deve-se fazer algumas considerações acerca da possibilidade desta negação sem ferir a livre concorrência, evitando-se a dominação de mercados e o abuso da posição dominante, e a entrada de novos atores no mercado.

Como princípio para o acesso aos dutos de transporte, a portaria estabeleceu o livre acesso em bases não discriminatórias. Em termos amplos, isto significa que na contratação dos serviços de transporte o transportador está distrito ao princípio da igualdade e por esta razão os serviços de transporte são formalizados em contratos padrões submetidos à ANP e a capacidade disponível é alocada por intermédio do Concurso Aberto. Observa-se que existe um controle prévio da ANP e nele ela deverá exercer suas atividades a evitar que o contrato possua cláusulas que criem barreiras a certa categoria de interessados.

Aproveitando-se das disposições da Diretiva 98/30/CE, pode-se cogitar se é possível a recusa do acesso com base na capacidade do interessado que contrata o serviço. Pelo menos pela minuta desta nova portaria, o acesso pode ser negado no Concurso Aberto ao carregador no caso de capacidade contratada de 50% e na existência de outros carregadores. Só que a Diretiva se refere mais a negação em razão da capacidade técnica do interessado. Entendemos que diante do princípio da livre iniciativa há a possibilidade de negação do acesso pela falta de capacidade do interessado na contratação do serviço de transporte. Isto é possível, pois, embora haja um controle por parte da ANP das condições gerais da contratação, o transportador pode estipular no contrato o que entende como necessário para a contratação do serviço (art. 9º: O Manual do Concurso Aberto observará os princípios da transparência, da isonomia e da publicidade e disporá sobre: ...VII – qualquer outro aspecto considerado relevante pelo Transportador.), desde que não fira a garantia de livre acesso não-discriminatório as instalações (Ex.: estabelecer critério que beneficiem algum carregador). Outra discussão que é pertinente é se o transportador pode recusar o acesso por prever que o interessado não cumprirá as

obrigações no âmbito dos contratos de Serviço de Transporte Firme, que, vale lembrar, são contratos prestados sob regime de “take or pay” e “ship or pay”. A Diretiva 98/30/CE prevê no art. 25 a situação de negação por dificuldades no cumprimento das obrigações dos contratos de “take or pay”, dirigindo a autoridade competente pedido de derrogação temporária dos arts. 15 e 16 da Diretiva (acesso negociado ou regulamentado). Na situação da regulação definida na minuta desta portaria a questão é muito mais delicada, pois a autoridade aqui só exercerá um controle prévio da contratação, ficando posteriormente o acerto entre as partes contratantes. Entendemos, portanto, que a negação do acesso no âmbito destes contratos de serviço são os mais potencialmente danosos à garantia da livre concorrência e á repressão da posição dominante, visto que se contrata uma certa capacidade, que será fixa, oscilando apenas o volume diário fornecido dentro da capacidade contratada. Por isso entendemos que a negação do acesso só pode ser vislumbrada na execução do contrato de transporte, e ,mesmo assim, atentando-se para o caso específico. Ainda no âmbito da portaria se coloca a negação de acesso nos casos de duto de transferência. Tanto a Lei do Petróleo quanto a minuta desta nova portaria regulando o acesso aos dutos de transporte de gás natural colocam dúvidas, pois permite a reclassificação destes dutos mas sem colocar os critérios pra tal procedimento, dando ampla margem à discricionariedade. Recapitulando o que dissemos sobre a transferência, como a utilização de dutos em cada elo da cadeia produtiva considerada em si, confirmamos este pensamento no disposto no § 4º do art. 1º da portaria ANP 170/98 sobre transportes, que assevera: “Os dutos de transferência internos a uma planta industrial não estão sujeitos à presente portaria”. Assim, os únicos tipos de dutos de transferência que podem ser reclassificados em dutos de transporte são aqueles que, embora de propriedade ou exploração exclusiva, potencialmente podem atender a necessidades dos elos da cadeia produtiva do gás, sob pena de se negar posição competitiva ao proprietário ou explorador das instalações.

No que tange à possibilidade de negação do acesso por impedimento de cumprimento de serviço público, a minuta da portaria não traz nenhum esclarecimento sobre o assunto e não poderia ser de outro modo, em face da duplicidade de sistemas de regulação na cadeia do gás natural no Brasil. Trata-se de tema importantíssimo, pois há certos princípios específicos que regem os serviços públicos, exigindo a coordenação das atividades de transporte e distribuição. Outra questão, por exemplo, é saber se o transportador poderia prover o acesso direto à rede de transporte aos “grandes” consumidores sem passar pela rede de distribuição. Diante deste desafio, deve ser estimulada a atuação conjunta da ANP com as agências estaduais para finalmente dá coerência a regulação da cadeia do gás natural, resolvendo problemas como estes e acabando com grandes distorções.

## V- Conclusão

O acesso aos dutos de transporte de gás natural e seus reflexos no âmbito do direito concorrencial é um tema ainda envolvido em muitas dúvidas e imprecisões. Isto se deve ao recente panorama de processos de desestatização e adaptação das estruturas das atividades econômicas e serviços públicos ao regime de competição. No caso do gás natural são muitos os desafios a serem superados, visto que será vital na estruturação de um verdadeiro setor de gás natural no Brasil e no estímulo da entrada de novos agentes econômicos.

## VI- BIBLIOGRAFIA

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Comentários à lei do petróleo: lei federal n.º 9.478, de 6-8-1997. São Paulo: Atlas, 2000,

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Agências reguladoras e concorrência. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) Direito Administrativo Econômico. 1º edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Universalização de Serviços Públicos e Competição – o Caso da Distribuição de Gás Natural. Revista de Direito Administrativo, Editora Renova, n.º 223, 2001.r

FRANCESQUINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao Direito da Concorrência. São Paulo Malheiros Editores, 1996.

COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) Direito Administrativo Econômico. 1º edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TURCZYN, Sidnei. O Direito da Concorrência e os Serviços Privatizados. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) Direito Administrativo Econômico. 1º edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SALOMONI, Jorge Luis. Regulação dos Serviços Públicos e defesa da Concorrência. In SUNDFELD, Carlos Ari (coord.) Direito Administrativo Econômico. 1º edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

## DEFESA DA CONCORRÊNCIA: O COMBATE AOS CARTÉIS INTERNACIONAIS

*Ana Paula Martinez*

Sumário: 1. Introdução; 2. Cartéis Internacionais: conceito e evolução; 3. Aplicação Extraterritorial da Lei da Concorrência no combate aos cartéis internacionais, 3.1 Estados Unidos, 3.2 Comunidades Européias, 3.3 Brasil, 3.4 Mercosul e ALCA; 4. Tendências no combate aos cartéis internacionais, 4.1 Incremento dos acordos de cooperação, 4.2 Programa de Leniência, 4.3 Imposição de penas mais rigorosas; 5. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e o combate aos cartéis internacionais; 6. Conclusão; Bibliografia.

### 1. Introdução

*“Dans la vie, il n’y a pas de solutions, il y a des forces en marche: il faut les créer et les solutions suivent”.*

Saint Exupéry – Vol de Nuit

É inegável a transformação que a economia mundial vem passando desde a última década, decorrente dos avanços tecnológicos, da expansão da economia de mercado e da crescente liberalização do comércio mundial. Todas essas mudanças fazem com que as questões envolvendo concorrência tenham que ser encaradas em sua dimensão global.

Em decorrência disso, as autoridades antitruste têm, em um número crescente de casos, enfrentado acordos secretos entre empresas em prejuízo da concorrência que ultrapassam as fronteiras de um determinado país, tendo efeitos em múltiplas jurisdições.

Ocorre que a investigação e a punição de cartéis internacionais envolvem muitas dificuldades, ainda não superadas pelos órgãos antitruste mundiais. Tendo isso em vista, abordaremos a questão da aplicação extraterritorial da lei de defesa da concorrência no combate aos cartéis internacionais e as tendências no tratamento do tema, com ênfase para a situação brasileira.

### 2. Cartéis Internacionais: conceito e evolução

Os cartéis internacionais são acordos ou ajustes entre empresas, não necessariamente concorrentes<sup>50</sup>, que objetivam, ao alterar artificialmente as condições de mercado com relação a certos bens ou serviços, restringir ou eliminar a concorrência em âmbito mundial<sup>51</sup>. Os cartéis operam essencialmente através da fixação de preços ou de condições de venda; limitação ou redução da capacidade produtiva ou distributiva; ou divisão de mercados ou de fontes de abastecimento<sup>52</sup>.

Esses acordos são punidos, por determinação legal, pela maioria dos países ou blocos industrializados, como Estados Unidos<sup>53</sup>, Comunidades Européias<sup>54</sup> e Brasil<sup>55</sup>.

Spratling<sup>56</sup> identificou certas características típicas dos cartéis internacionais: (i) participação direta da alta direção; (ii) previsão de esquemas de

---

<sup>50</sup> Carlos Barbieri Filho em *Disciplina Jurídica da Concorrência*, São Paulo: Resenha Tributária, 1984, p. 142, esclarece que o acordo ou o ajuste entre empresas não se limita às concorrentes entre si (formação igualitária), mas abrange também os acordos entre empresas fornecedoras e clientes entre si (formação hierárquica).

<sup>51</sup> Depois de muitas discussões, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos em 1997 determinou que, para efeitos de estatísticas, uma questão internacional, seja ela uma investigação de condutas ilícitas ou um ato de concentração, será assim considerada se envolver potenciais impactos competitivos no mercado interno dos EUA ou nas suas relações de comércio exterior e se fosse preenchido pelo menos um dos seguintes critérios: (i) pelo menos uma das partes envolvidas não ser nacional dos EUA; (ii) pelo menos uma das partes envolvidas não estar situada nos EUA; (iii) a conduta considerada ilegal pela lei americana ter sido praticada fora de seu território; e (iv) para análise do caso ou investigação ser necessária a cooperação com autoridades antitruste estrangeiras.

<sup>52</sup> H. Hovenkamp em *Antitrust*, 2<sup>a</sup> ed., St. Paul: West Publishing Co., 1997, p. 74 - 75, afirma que certas características fazem um mercado ser mais propenso à cartelização. São elas: número reduzido de empresas no mercado, as empresas terem o mesmo tamanho, o mesmo nível de eficiência e ofertarem produtos homogêneos. O cartel terá maior probabilidade de sucesso se contar com a participação de todas as empresas do mercado e se desenvolver elaborados mecanismos de controle das relações.

<sup>53</sup> Sherman Antitrust Act, 15 U.S.C. parágrafos 1 - 7. Como lembra M. Guerrin e G. Kyriazis, *Cartels: Proofs and Procedural Issues*, in *Fordham International Law Journal*, New York: Transnational Publications Inc., 1993, p. 2, os cartéis são condutas anticoncorrenciais punidas per se nos Estados Unidos, por ter se provado, com a experiência, que são estruturas que não trazem qualquer benefício ao mercado.

<sup>54</sup> Versão compilada do Tratado que instituiu as Comunidades Européias, de 25 de março de 1997, artigo 81 (ex artigo 85).

<sup>55</sup> Lei 8.884, de 11 de agosto de 1994, artigos 20 e 21, e Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, artigo 4<sup>o</sup>.

compensação: se uma firma vender mais ou a preço diferente do acordado, terá que compensar as empresas prejudicadas do cartel por sua postura oportunista; (iii) natureza arrogante dos seus participantes<sup>57</sup>; e (iv) utilização de Associações de Classe para encobrir o cartel.

O primeiro caso notório de cartel internacional punido é o U.S. v. American Tobacco<sup>58</sup>, de 1907. O Departamento de Justiça dos Estados Unidos investigou na ocasião mais de 90 firmas e indivíduos. Uma das condutas imputadas foi o acordo entre empresas de cigarro norte-americanas e britânicas que estabelecia que cada uma não atuaria no país do outro e dividia o restante do mercado mundial entre as empresas.

Estudiosos estimam que, entre 1929 e 1937, os cartéis internacionais controlavam cerca de 40% do mercado mundial. Porém, foi somente a partir dos anos 40 e 50 que as autoridades antitruste, notadamente as norte-americanas, começaram a investigar sistematicamente cartéis de âmbito de atuação mundial, com presença nos mais diversos mercados: alumínio, lâmpadas incandescentes, nylon, titânio, equipamentos militares e instrumentos para aeronaves<sup>59</sup>.

Entre os anos 50 e 90, houve uma redução no combate e punição aos cartéis internacionais por parte das autoridades de defesa da concorrência. Foi somente a partir dos anos 90, com a crescente globalização do comércio, que a persecução a cartéis internacionais voltou a fazer parte das prioridades dos órgãos antitruste mundiais.

A questão está em que, com o implemento tecnológico, os cartéis passaram a ser dotados de um nível de sofisticação muito elevado, geralmente com encontros em outras jurisdições que não a dos Estados Unidos e a das

---

<sup>56</sup> Gary R. Spratling, *Negotiating the waters of International Cartel Prosecutions – Agreements in International Cases – Speech presented in the Thirteenth Annual National Institute on White Collar Crime at The Western St. Francis Hotel, San Francisco, California, March 4, 1999* in [www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech\\_1999.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech_1999.htm), 33 pp., 1999.

<sup>57</sup> Por exemplo, em fita gravada em encontro dos dirigentes do cartel das lisinas, o presidente da ADM, empresa participante do cartel, chegou a afirmar que “(n)ossos competidores são nossos amigos; nossos clientes, nossos inimigos”.

<sup>58</sup> *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 184 (1911).

<sup>59</sup> O estudo *International Cartels as an obstacle to International Trade* elaborado por Corwin D. Edwards para o Departamento de Justiça norte-americano em 1944 mostra que antes da Segunda Guerra Mundial havia 179 cartéis internacionais, dos quais 109 contavam com a participação de empresas norte-americanas.

Comunidades Europeias.<sup>60</sup> Examinaremos, sinteticamente, as recentes condenações de cartéis internacionais.

O cartel da lisina<sup>61</sup> era formado por empresas que acordaram os preços e o volume da oferta do produto em âmbito mundial entre julho de 1990 e junho de 1995. A Comissão Europeia<sup>62</sup> impôs multas superiores a 110 milhões de euros. Ressalte-se que todas as empresas participantes do cartel eram não comunitárias, mas atuantes no mercado comum europeu.

O cartel do ácido cítrico<sup>63</sup> era formado por empresas que, mediante um acordo, fixaram preços e o volume da oferta em todo o mundo, determinando inclusive a porcentagem de participação de mercado mundial que cada integrante teria, prática exercida entre os anos de 1991 e 1995. Em agosto de 1996, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano deu início à investigação, com o apoio do Federal Bureau of Investigation (FBI). Os dirigentes das empresas encontravam-se em lugares alternativos ao redor do mundo para acordar as linhas gerais de atuação, enquanto que aos executivos subordinados restava a missão de discutir os detalhes do acordo e sua implementação. Calcula-se que o preço do produto era artificialmente aumentado em 30%, resultando em milhares de milhões de dólares de lucro com a prática. A Comissão Europeia<sup>64</sup> decidiu pela aplicação de multa no valor de 135,22 milhões de euros a cinco empresas fabricantes do produto.

O cartel dos eletrodos de grafite<sup>65</sup> era formado por empresas que acordaram o preço e o volume da oferta dos eletrodos de grafite em âmbito mundial entre os anos de 1992 e 1997. A Comissão Europeia<sup>66</sup> aplicou multa às empresas em um total de 218,8 milhões de euros, depois de uma aprofundada investigação que teve início em 1997. O Departamento de Justiça norte-

---

<sup>60</sup> Isso se dá, basicamente, por duas razões claramente identificáveis: (i) essas jurisdições têm uma política agressiva de investigação e perseguição desses cartéis e a sanção aplicada é muito severa; e (ii) no geral, as autoridades antitruste do terceiro mundo não dispõem de recursos para investigar de forma eficaz essas condutas e, ainda que elas sejam perseguidas, as potenciais sanções compensam os lucros obtidos em virtude da estrutura de cartel.

<sup>61</sup> A lisina é um aminoácido usado em alimentos de animais para fins nutricionais.

<sup>62</sup> JO L 152, de 7.6.2001. G. de Bronett, Commission fines ADM, Ajinomoto and others in lysine cartel in Competition Policy Newsletter n° 3/2000, pp. 39-40, in [www.europa.eu/comm/competition/publications/cpn](http://www.europa.eu/comm/competition/publications/cpn).

<sup>63</sup> O ácido cítrico é um aditivo orgânico usado em bebidas, cosméticos, medicamentos, detergentes, produtos químicos e têxteis.

<sup>64</sup> Processo COMP/36.604; IP/01/1743, de 5 de dezembro de 2001.

<sup>65</sup> Os eletrodos de grafite são colunas de grafite moldadas em cerâmica utilizadas principalmente na produção de aço em fornos de aço elétrico.

<sup>66</sup> Processo COMP/36.490; IP/01/1010, de 18 de julho de 2001.

americano também aplicou multas e condenou penalmente indivíduos pela prática anticompetitiva, assim como o Competition Bureau's of Canadá<sup>67</sup>, que ainda com a investigação em curso, condenou em 1999 uma firma americana participante deste cartel a pagar mais de CDN\$ 30 milhões, um recorde até então.

O cartel das vitaminas, que é considerado o maior cartel internacional já punido, dividiu o mundo em regiões de atuação para cada uma das empresas, fixando preços de uma série de vitaminas<sup>68</sup> em cada uma dessas áreas entre 1990 e 1999. O cartel contava com um sistema rigoroso de controle da aplicação de seus acordos, com reuniões regulares para o acerto das condutas. Foi numa dessas reuniões, no Havai, que o Departamento de Justiça norte-americano, com o auxílio do FBI, conseguiu obter provas para punir o comportamento anticompetitivo das empresas em mais de US\$ 1 bilhão, tendo também condenado altos executivos à prisão. A Comissão Européia<sup>69</sup> igualmente puniu a conduta, com multa total de 855,23 milhões de euros, aplicada a oito empresas.

Finalmente, o cartel do gluconato de sódio<sup>70</sup> fixou os preços do produto e dividiu o mercado mundial entre seus participantes entre os anos de 1987 e 1995. A Comissão Européia<sup>71</sup> deu início à investigação em 1997, tendo punido as empresas participantes em 57,53 milhões de euros.

### **3. Aplicação extraterritorial da lei da concorrência no combate aos cartéis internacionais**

Muitas vezes, o alcance de uma determinada legislação nacional mostra-se insuficiente para punir as práticas anticompetitivas que afetam sua

---

<sup>67</sup> Record \$ 30 million fine and Restitution by UCAR Inc. for Price Fixing Affecting the Steel Industry in [www.strategies.ic.gc.ca/SSG/CT01478E.html](http://www.strategies.ic.gc.ca/SSG/CT01478E.html), 1999.

<sup>68</sup> As vitaminas eram: A, E, B1, B2, B5, B6, C, D3, H, ácido fólico, beta-caroteno e carotenóides.

<sup>69</sup> Processo COMP/37.512; IP/01/1625, de 21 de novembro de 2001. De acordo com o XXXI Relatório sobre a Política da Concorrência da Comissão Européia (2001), Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, p. 23, 2002, decidiu-se pela abertura de apenas um processo, a despeito de que para cada vitamina havia um cartel, uma vez que o modus operandi de todos eles era essencialmente o mesmo e que duas empresas – Hoffman-La Roche e BASF – lideraram praticamente todos os cartéis.

<sup>70</sup> O gluconato de sódio é um produto químico utilizado para a limpeza de metal e de vidro, com aplicação na lavagem de garrafas, na limpeza de utensílios e na remoção de tinta, sendo também utilizado como aditivo nos produtos alimentares e em diversas outras aplicações químicas.

<sup>71</sup> Processo COMP/36.756; IP/01/1355, de 20 de outubro de 2001.

jurisdição. No que diz respeito aos cartéis internacionais, surge a questão de autoridades antitruste poderem exercer seus poderes de investigação, produzir provas fora de suas fronteiras e dar eficácia às penalidades impostas, mesmo em se tratando de indivíduos ou empresas estrangeiras.

Os ordenamentos jurídicos vêm recorrendo a sucessivas teorias para solucionar essa questão.

### 3.1 Estados Unidos

O primeiro caso paradigmático nessa matéria foi o *American Banana Co. v. United Fruit Co.*<sup>72</sup>, julgado pela Suprema Corte norte-americana. O juiz do caso, Holmes, sentenciou que “(a) regra geral, quase universal, é de que o julgamento de um ato como legal ou ilegal deve ser determinado totalmente pela lei do país onde tal ato foi praticado”, opinião que foi acatada até 1945. Nesse ano, foi julgado o caso *United States v. Aluminum Co. of America (Alcoa)*<sup>73</sup>, em que um grupo de empresas produtoras de alumínio era acusado de dividir o mercado mundial em áreas de atuação para cada uma das empresas. A conduta anti-concorrencial havia se concretizado inteiramente no exterior, faltando, assim, um elemento de conexão que permitisse a aplicação do direito antitruste americano. O juiz Learned Hand buscou a solução, sentenciando que “(q)ualquer Estado pode impor penalidades para condutas ocorridas fora de suas fronteiras que tenham conseqüências dentro de seu país”, criando o que foi chamado de teoria dos efeitos (*effects-doctrine*). Essa decisão foi duramente criticada, tendo em vista, principalmente, as normas de natureza penal do direito antitruste americano e o fato de que nos EUA são devidos, em ações antitruste privadas, três vezes o valor das perdas e danos (*treble damages*)<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> 213 US 347 (1909).

<sup>73</sup> 148 F.2d 416 (2<sup>nd</sup> Circ. 1945).

<sup>74</sup> Muitos tribunais estrangeiros chegaram a negar a eficácia de decisões baseadas na *effects-doctrine*. No caso *United States v. Imperial Chemical Industries*, 100 F. Supp. 504 (S.D. N.Y. 1951), a Inglaterra negou-se a executar a sentença condenatória norte-americana. Nas palavras do juiz inglês, no julgamento a favor da empresa britânica *British Nylon Spinners*, afetada pela decisão americana: “(p)arece-me que se trata de aplicação de uma jurisdição extraterritorial em que não reconhecemos aos tribunais americanos a autoridade para dar ordens que destruiriam ou qualificariam aqueles direitos pertencentes a um nacional inglês, que não é sujeito à jurisdição dos tribunais americanos”. Como lembra Lior Pinsky, *Aplicação Extraterritorial da Lei Antitruste*, in RDM 115, São Paulo: RT, 1999, p. 134, as reações dos demais países podem ser classificadas como sendo de dois tipos: (i) recusa dos tribunais em dar assistência às cortes-americanas ou executar as suas sentenças e (ii) edições de leis contra essas decisões, tanto do tipo *clawback* (permitia aos condenados por *treble damages* recu-

Em 1995, o Federal Trade Commission e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos emitiram o Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, que fixa uma série de pontos para determinar se o órgão terá competência para investigar uma determinada conduta cometida fora de seu território, entre os quais a existência de propósitos explícitos de prejudicar ou afetar o comércio norte-americano, o grau de conflito com a lei ou política estrangeira e a efetividade de repressão no país estrangeiro.

A jurisprudência norte-americana tem evoluído no sentido de que se deve avaliar o impacto da conduta no seu âmbito interno para determinar se os Estados Unidos são competentes para investigar e punir um cartel internacional<sup>75</sup>.

### 3.2 Comunidades Européias

O artigo 81, § 1º, do Tratado de Roma<sup>76</sup> determina que são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. De forma gradual, as Cortes Européias foram aplicando essa determinação com base em diferentes doutrinas.

Na primeira oportunidade que a Corte de Justiça das Comunidades Européias teve de aplicar a legislação antitruste comunitária extraterritorialmente a cartéis internacionais, no caso *Dyestuffs*<sup>77</sup> em 1972, entendeu-se que

---

perar seus valores em seus países) quanto do tipo *bloching* (que tornavam ilegal ou dificultavam ser testemunha, obter documentos ou executar julgamentos por *treble damages* de outros países).

<sup>75</sup> Ver Decisão da 9<sup>th</sup> Circuit US Court of Appeals em *Metro Industries, Inc. v. Sammi Co.* 94-56180, de 1996.

<sup>76</sup> Tratado que instituiu as Comunidades Européias, de 25 de março de 1957, versão consolidada.

<sup>77</sup> Caso 48/69, *ICI v. Commission (Dyestuffs)*, 1972, ECR 619. Este cartel iniciou-se quando fabricantes de tintas, em um encontro na Suíça, fixaram preços para uma série de produtos vendidos no Mercado Comum Europeu. A empresa inglesa *Imperial Chemical Industries* fazia parte do cartel, mas não atuava de forma direta no mercado comum europeu (lembre-se que, à época, o Reino Unido ainda não era membro das Comunidades Européias), mas por meio de suas subsidiárias. A Comissão Européia decidiu punir a empresa inglesa, que apelou para a Corte de Justiça argumentando que não poderia ser punida pela conduta de suas subsidiárias. A Corte rejeitou o argumento, sentenciando que “(t)he fact that a subsidiary has a separate legal person-

é atribuída ao grupo econômico situado fora das Comunidades Europeias a conduta de sua subsidiária localizada dentro das fronteiras comunitárias. Essa doutrina ficou conhecida como *economic entity doctrine* ou *group economic unit doctrine*.

Tal doutrina foi suavizada com o caso *Viho*<sup>78</sup>, com a adoção da *intra-enterprise doctrine*. De acordo com esta, o referido artigo 81, § 1º, não se aplica aos acordos intra-empresa ou práticas envolvendo a matriz e suas subsidiárias se o grupo econômico é estruturado de tal forma que as subsidiárias não têm liberdade para determinar seu curso de ação no mercado. Uma *economic entity*, segundo essa doutrina, é formada se existir uma relação de controle entre as empresas integrantes do grupo econômico e a matriz dispuser da possibilidade de exercer o controle sobre as subsidiárias.

Em 1988 foi criada a *implementation doctrine* com a decisão dada no caso *Woodpulp*<sup>79</sup>. A Corte sustentou que, de acordo com o artigo 81, § 1º, haverá jurisdição comunitária sobre empresas não comunitárias situadas fora das Comunidades Europeias se elas implementarem acordos para vender diretamente a compradores das Comunidades Europeias. Assim, haverá “implementação” toda vez que um fornecedor não situado nas Comunidades Europeias vender seus produtos, sem intermediários, para o mercado comunitário europeu. O conceito de “implementação” foi considerado difícil de ser posto em prática, principalmente nos casos em que a empresa não possuísse qualquer agência, filial ou subsidiária nas Comunidades Europeias, ficando os cartéis internacionais dependendo somente do fator de vendas para consumidores comunitários europeus para serem considerados suscetíveis à jurisdição comunitária.

Finalmente, a *effects doctrine* foi adotada pela Corte de Primeira Instância das Comunidades Europeias no caso *Gencor*<sup>80</sup>, que sentenciou que o controle de concentrações das Comunidades Europeias justifica-se perante o direito internacional público toda vez que é previsível que um ato de concentração trará efeitos imediatos e substanciais nas Comunidades Europeias. Os critérios de “previsibilidade”, “efeitos imediatos” e “efeitos substanciais” devem ser verificados caso a caso. Deve-se, ainda, destacar que a própria

---

ality is not sufficient to exclude the possibility of imputing its conducts to the parent company.”

<sup>78</sup> *Viho v. Commission*, ECJ julgamento de 24 de outubro de 1996, ECR I – 5457.

<sup>79</sup> Casos conjuntos 89, 104, 114, 116, 117 e 125-129/85, *A. Ahlström Osakeyhtio and Others v. Commission (Woodpulp I)*, 1988, ECR 5193. Esse cartel consistiu no acordo de fixação de preços por parte de fabricantes de celulose estabelecidos fora das Comunidades Europeias (Escandinávia).

<sup>80</sup> Caso T-102/96 *Gencor Ltd v. Commission*, 1999, 4 CMLR 971.

sentença deixou claro que a adoção da effects doctrine não significa a anulação da implementation doctrine<sup>81</sup>.

Apesar de esse último julgamento lidar diretamente com questões de aplicação extraterritorial da lei da concorrência relacionadas a regras de atos de concentrações e ser uma decisão oriunda do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias e não da Corte das Comunidades Europeias como nos outros casos, considera-se que a effects doctrine é igualmente aplicável a acordos e condutas qualificados como cartéis internacionais. Isso porque em ambas a hipótese e as questões relativas à jurisdição são idênticas, além da redação do referido artigo 81, § 1º, não deixar dúvidas quanto à aplicação do direito antitruste comunitário aos cartéis internacionais que produzem efeitos no mercado comunitário<sup>82</sup>.

### 3.3 Brasil

A Lei de defesa da concorrência nº 4.137, de 29 de setembro de 1962, não continha qualquer dispositivo que permitisse expressamente a sua aplicação às empresas ou aos indivíduos estrangeiros. Deve-se ter em mente, contudo, que as leis devem ser interpretadas de acordo com a Carta Magna. A Constituição Federal nacional de 1946, vigente à época, trazia em seu artigo 148 uma notada preocupação com a proteção dos mercados nacionais<sup>83</sup>. A Lei nº 4.137 dispunha que era considerada forma de abuso do poder econômico “dominar mercados nacionais”, o que pode ser interpretado como uma preocupação do legislador pátrio de proteger os mercados brasileiros frente a eventuais condutas anticompetitivas de empresas estrangeiras. Contudo, referida lei não gozou de tal aplicação uma vez que esse diploma era considerado de natureza penal, regido pelo princípio do *lex loci delicti*, e somente poderia ser aplicado às empresas que estivessem sediadas no Brasil<sup>84</sup>.

---

<sup>81</sup> Caso T-102/96 Gencor Ltd v. Commission, cit. , parágrafo 87.

<sup>82</sup> Nikpay Faull, *The EC Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press, 1999, ponto 2.117-2.118.

<sup>83</sup> “Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso de poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

<sup>84</sup> Ver Decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) no Processo de Averiguações Preliminares 55, de 29 de outubro de 1975, ementa 08 in Franceschini e Franceschini, *Poder econômico: exercício e abuso – Direito Antitruste Brasileiro*, São Paulo: RT, 1985, p. 23 e ss. Destaque deve ser dado para o voto vencido neste processo: “(a) companhia estrangeira, pelo fato de não possuir sede no Brasil, não pode deixar de responder, no foro federal, pelos atos jurídicos aqui praticados”.

A atual Lei de defesa da concorrência, Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, prevê explicitamente sua aplicação extraterritorial. O seu artigo 2º determina, *in verbis*:

“Art. 2º. Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

§ 1º. Reputa-se domiciliada<sup>85</sup> no Território Nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

§ 2º. A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.”

Esse dispositivo, quando se tratar da aplicação extraterritorial da legislação antitruste a cartéis internacionais, deve ser lido conjugado com o artigo 20 do mesmo diploma legal, que reza em seu caput:

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

Vê-se, dessa forma, que o legislador pátrio, ao abraçar a teoria dos efeitos<sup>86</sup>, previu a possibilidade de aplicação extraterritorial da legislação antitruste brasileira, criando mecanismos inclusive para facilitar o processo, prevenindo inconvenientes que poderiam surgir com uma notificação e intimação realizadas no exterior.

O fato é que, por enquanto, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica ainda não puniu um cartel internacional que tenha trazido prejuí-

---

<sup>85</sup> A redação anterior à dada pela Lei 10.149, de 21 de dezembro de 2000, usava o termo situada no lugar de domiciliada. A mudança deu-se para compatibilizar o determinado nesse artigo com o disposto no artigo 88, I, do Código de Processo Civil (“É competente a autoridade judiciária brasileira quando o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil”).

<sup>86</sup> Há muitos julgados de atos de concentração do CADE que tratam da aplicação da teoria dos efeitos. Por exemplo, o caso Kolynos-Colgate (AC 27/95, rel. Conselheira Lucia Helena Salgado, decisão de 18 de setembro de 1996) envolvia a venda pela empresa americana American Home Products de seus negócios de higiene bucal para a Colgate Company, numa operação realizada nos EUA. Tanto as empresas quanto o acordo eram estranhos ao Brasil. O caso foi analisado pelo CADE pelo fato da operação gerar efeitos no território nacional, com a concentração de mais de 75% do mercado de creme dental.

zos à economia nacional e não por falta deles. A atual situação brasileira de combate a cartéis internacionais será tratada em capítulo próprio.

### 3.4 Mercosul e ALCA<sup>87</sup>

Faremos breve referência a como é tratada a questão da aplicação extraterritorial da lei antitruste no Mercosul, para efeitos de perseguição e punição de cartéis internacionais, e como a mesma será encarada na futura ALCA, por serem os blocos econômicos que afetam diretamente o Brasil.

Os países membros do Mercosul, representados no Conselho do Mercado Comum, por meio da decisão n° 18/96, de 16 de dezembro de 1996, aprovaram o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, conhecido como Protocolo de Fortaleza, que fixa as diretrizes para uma política comum de concorrência entre seus Estados-membros<sup>88</sup>. O Protocolo, que se encontra em fase de ratificação pelos seus países membros, sem qualquer previsão de entrada em vigor<sup>89</sup>, estabelece, em seu artigo 1°, que suas regras aplicam-se aos atos praticados por pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, ou outras entidades que tenham por objeto produzir ou que produzam efeitos sobre a concorrência no Mercosul e que afetem o comércio entre os Estados Partes. Por sua vez, o artigo 3°, numa redação próxima àquela do artigo 81, §1°, do Tratado de Roma, determina que são proibidos os acordos e as práticas concertadas entre os agentes econômicos e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou por efeito impedir, restringir ou distorcer a concorrência e o livre acesso ao mercado para a produção, processamento, distribuição e comercialização de bens e serviços, em todo ou em parte do Mercado Comum, que possam afetar o comércio entre os Estados Partes. Observa-se que, pela adoção da teoria dos efeitos, práticas anticompetitivas cometidas fora das fronteiras dos Países membros serão sujeitas à jurisdição destes.

---

<sup>87</sup> O Mercado Comum do Sul (Mercosul) foi criado pelo Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, firmado pelos governos do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Seu artigo 1° estabelece como objetivo a integração entre seus países membros através da constituição de um mercado comum com livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos. Atualmente, Chile e Bolívia são países associados. Por sua vez, a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) ainda encontra-se em fase de discussão entre seus futuros Estados-membros, entre os quais possivelmente o Brasil. Objetiva o livre comércio com a livre circulação de bens entre os seus membros.

<sup>88</sup> O Tratado de Assunção silenciou a respeito do regramento da liberdade de concorrência como um todo e quanto às práticas desleais que afetam a concorrência.

<sup>89</sup> O Protocolo de Fortaleza foi ratificado pelo Paraguai em 30 de outubro de 1997 e pelo Brasil em 9 de agosto de 2000, sendo promulgado pelo Decreto n° 3.6002, de 18 de setembro de 2000.

A minuta de acordo da ALCA prevê um Capítulo sobre Defesa da Concorrência<sup>90</sup>. Na redação da “Alternativa A” do ponto 1.5.1, é previsto que “As partes concordam em considerar como anticompetitivos os acordos, as práticas anticompetitivas e atos anticompetitivos entre atuais ou potenciais concorrentes que tenham por objeto ou como efeito o seguinte, entre outros”. A “Alternativa B” a esse ponto dispõe, in verbis: “Segue-se uma relação não excludente de tais práticas, desde que possa resultar em prejuízo ao interesse econômico coletivo.” Assim, práticas anticompetitivas cometidas alhures seriam alcançadas pelo disposto nesse acordo<sup>91</sup>.

#### **4. Tendências no Combate aos Cartéis Internacionais**

Como dito, o combate aos cartéis internacionais tem se tornado mais efetivo. Por exemplo, entre 1987 e 1990, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano não investigou ou puniu nenhum cartel internacional, enquanto que, atualmente, há mais de 35 investigações em curso envolvendo grandes cartéis internacionais<sup>92</sup>. O Relatório do ano 2000 do

---

<sup>90</sup> FTA/TNC/w/133/Rev.1, de 3 de julho de 2001.

<sup>91</sup> Deve-se destacar a grande heterogeneidade entre os potenciais integrantes da ALCA, principalmente quando se trata de defesa da concorrência. Como lembrou José Tavares de Araújo Júnior, Antidumping e Política da Concorrência na Alca e no Mercosul, in Boletim Latino-americano de Concorrência n° 13, 2001, p. 137, em 1990 somente cinco países latino-americanos possuíam leis de defesa da concorrência: Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e México. Entre 1991 e 1996, foram incluídos nesse grupo Costa Rica, Jamaica, Panamá, Peru e Venezuela. Desde 1996, com exceção do Uruguai, que introduziu algumas leis de defesa da concorrência no primeiro semestre do ano 2001, nenhum outro país do hemisfério aprovou leis desse tipo. Bolívia, El Salvador, Guatemala, Nicarágua, República Dominicana e Trinidad e Tobago possuem projetos de lei em distintos estágios de elaboração.

<sup>92</sup> Números dados por Scott D. Hamond, Director of Criminal Enforcement of U.S. Department of Justice Antitrust Division, A Review of Recent Cases and Developments in the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program, in [www.usdoj.gov/atr/public/speeches/10862.pdf](http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/10862.pdf), 2002. Assumidamente, o governo norte-americano colocou como prioridade o combate aos cartéis internacionais em 1995 (ver discurso de Anne K. Bingaman, então Assistant Attorney General for Antitrust, U.S. Department of Justice, The Clinton Administration: Trends in Criminal Antitrust Enforcement, dirigido ao Corporate Counsel Institute em novembro de 1995 in [www.usdoj.gov/atr/public/speeches](http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches)). Nessa linha, Joel Klein, Assistant Attorney General for Antitrust, U.S. Department of Justice, em discurso proferido em 4 de maio de 1999 perante o Senate Judiciary Committee (disponível em [www.judiciary.senate.gov/oldsite/5499jik.htm](http://www.judiciary.senate.gov/oldsite/5499jik.htm)) afirmou: “Vigorous enforcement against international cartels continues to be a top priority because international cartels typically pose a greater threat to U.S. business and consumers than do domestic cartels

International Competition Policy Advisory Committee<sup>93</sup> chegou inclusive a afirmar que a Comunidade Européia apresenta números muito baixos quando se trata de investigar e punir cartéis que atuam fora de sua fronteira. Mas, o Relatório de Política da Concorrência de 2001 da Comissão Européia mostra que essa realidade está mudando<sup>94</sup>. Em 2001, a Comissão Européia puniu 10 cartéis, dos quais 4 atuavam em âmbito mundial, totalizando muitas superiores a 1,8 bilhão de euros.

Além da aplicação extraterritorial da lei antitruste, as autoridades estão desenvolvendo outros mecanismos para o combate aos cartéis internacionais, tendo em vista que aquela aplicação está sujeita a certos riscos legais, podendo tornar-se um fardo para o órgão governamental envolvido. Estes serão aqui tratados (as questões relacionadas ao Brasil serão abordadas em capítulo separado).

#### 4.1 Incremento dos acordos de cooperação

Em se tratando de cartéis internacionais, uma das razões para celebrar acordos de cooperação é poder obter provas situadas em território alheio, as quais seriam difíceis ou legalmente impossíveis de serem obtidas de outra forma<sup>95</sup>. As autoridades antitruste têm se empenhado na assinatura desses acordos.

Um dos fundamentos de grande parte desses acordos é o princípio da cortesia positiva (positive comity). A cortesia positiva se fará presente toda vez que dois países que assinaram um acordo de cooperação decidirem

---

since they tend to be highly sophisticated and extremely broad in their geographic reach and economy impact”.

<sup>93</sup> ICPAC Final Report 2000 in [www.usdoj.gov/atr/icpac/icpac.htm](http://www.usdoj.gov/atr/icpac/icpac.htm), p. 89.

<sup>94</sup> XXI Relatório sobre a Política de Concorrência da Comissão Européia, Direção Geral da Concorrência, cit. No prefácio desse relatório (p. 4), Mário Monti, membro da Comissão Européia responsável pela política de concorrência, chega a afirmar que “2001 será considerado sem dúvida um ano significativo na história da luta da Comissão Européia contra os cartéis”. Em discurso proferido no dia 17 de setembro de 2002 (Dia Europeu da Concorrência), A Global Competition Policy, in [www.europa.eu.int/comm/competition/index\\_pt.html](http://www.europa.eu.int/comm/competition/index_pt.html), Mario Monti afirmou que uma das prioridades de seu mandato é a luta contra cartéis. Deve-se recordar que em 1998 foi criada a Unidade Cartéis da Comissão Européia, unidade especializada na luta contra cartéis.

<sup>95</sup> De acordo com o Handbook Dealing with the Commission, 1997, parte 3.1, in [www.europa.eu.int/comm/competition/publications/dealen1\\_em.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/competition/publications/dealen1_em.pdf), “Under international law, the Commission is not empowered to conduct investigations outside the bounds of its territorial competence, if they would impinge upon the national sovereignty of the foreign country in whose territory it is purporting to act.”

aplicar de forma recíproca as normas de extraterritorialidade contidas em suas legislações. Esses acordos costumam ter o seguinte conteúdo: (i) mútua notificação das investigações iniciadas em cada país, desde que afetem os interesses do outro signatário; (ii) possibilidade de visita no curso das investigações de funcionários de uma agência à outra agência; (iii) possibilidade de solicitação ao outro país signatário para que inicie uma investigação das condutas anticompetitivas que ocorrem em seu país, ainda que os efeitos desta somente sejam sentidas no país solicitante; (iv) previsão de assistência recíproca na localização de testemunhas, coleta de evidências e depoimentos no território do outro signatário; e (v) previsão de encontros regulares das autoridades para discutir a evolução dessas políticas e permitir a troca de informações de interesse mútuo.

Os exemplos de acordos bilaterais mais bem sucedidos são os firmados entre o governo dos Estados Unidos e a Comissão Européia em 23 de setembro de 1991<sup>96</sup> e entre o primeiro e as Comunidades Européias em 4 de junho de 1998<sup>97</sup>.

Contudo, quando se trata de combate aos cartéis internacionais, esses acordos não estão sendo de todo efetivos<sup>98</sup>. Isso porque a maioria dos acordos de cooperação são os chamados acordos de primeira geração, que não permitem a troca de informação confidencial entre as agências (o que inclui aquelas obtidas através dos acordos de leniência), a não ser que haja consentimento expresso da fonte de informação. Isso acaba limitando muito o objeto da cooperação. Já os acordos de segunda geração, como o firmado entre EUA

---

<sup>96</sup> Agreement between the Government of the USA and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws (OJ L 95, 27.4.1995, pp. 45 e 46). O acordo, firmado pela Comissão das Comunidades Européias, foi invalidado pelo Tribunal de 1<sup>a</sup>. Instância das Comunidades Européias por considerar ser a Comissão incompetente para celebrá-lo. Mediante decisão conjunta do Conselho e da Comissão de 10 de abril de 1995, o acordo foi aprovado e declarado eficaz.

<sup>97</sup> Agreement between the European Communities and the Government of the USA on the application of positive comity principles in the enforcement of their competition laws (OJ L 173, 18.6.1998, pp. 26-31).

<sup>98</sup> Com efeito, dispõe o Relatório da Comissão Européia ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre a aplicação dos acordos de Cooperação entre as Comunidades Européias e o Governo dos Estados Unidos da América e o Governo do Canadá com relação à aplicação de suas leis de defesa da concorrência entre 1<sup>o</sup> de janeiro e 31 de dezembro de 2000: “With regard to cartel investigations, inter-agency contacts are less frequent. This is explained by the fact that we are not, under our current cooperation arrangements, able to exchange confidential information in the absence of express waivers from the source of any information in the agencies’ possession.”

e Austrália em 1999<sup>99</sup>, ao preverem a troca de informações confidenciais sem o prévio consentimento das partes, permitem que haja maior interação entre as autoridades antitruste.

Além disso, como afirmou Mario Monti<sup>100</sup>, a cooperação bilateral tem-se mostrado insuficiente com o aumento do número de países que dispõem de legislação antitruste (aproximadamente 90).

Faz-se necessário, portanto, o implemento de acordos de cooperação multilaterais. Tem-se avançado nesse sentido. Na 4ª. Reunião Ministerial de Doha<sup>101</sup>, a OMC reconheceu pela primeira vez a importância da criação de um quadro multilateral de regras de concorrência, dando importância para o compromisso que os países devem assumir para declarar ilegais os cartéis graves. Espera-se que na 5ª. Reunião Ministerial da OMC, a ser realizada em Cancun em 2003, os países consigam chegar a um consenso relativo a essa matéria. Mario Monti<sup>102</sup>, da Comissão Européia, espera que esse Acordo de Cooperação Multilateral em matéria de concorrência seja posto em prática em 2005.

A OCDE cumpre um importante papel nesse processo, com a edição de Recommendations<sup>103</sup> e a promoção de mesas redondas de debates. Em outubro de 2001, a OCDE organizou o Primeiro Fórum Mundial da Concorrência, que reuniu representantes de mais de 50 países. Os temas abordados foram o papel da política de concorrência nas reformas econômicas, os instrumentos de cooperação, os hard core cartéis e a cooperação em matéria de atos de concentrações transfronteiriços.

Foi criada também a Rede Internacional da Concorrência<sup>104</sup>, em outubro de 2001, que servirá como fórum de discussão e de trocas de experiências sobre questões antitruste globais, entre as quais encontra-se o tema dos cartéis internacionais, incentivando a cooperação internacional entre as agências.

---

<sup>99</sup> 1999 US/Austrália Agreement on mutual antitrust enforcement assistance in [www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/usaus7.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/international/docs/usaus7.htm).

<sup>100</sup> Monti, Mario. A Global Competition Policy?, cit.

<sup>101</sup> Realizada em Doha (Qatar), de 9 a 14 de novembro de 2001.

<sup>102</sup> Monti, Mario. A Global Competition Policy?, cit.

<sup>103</sup> Como por exemplo, a Recommendation of the Council concerning effective action against hard-core cartels, de 1998, in [www.oecd.org/pdf/M00018000/M00018135.pdf](http://www.oecd.org/pdf/M00018000/M00018135.pdf).

<sup>104</sup> International Competition Network (ICN), formada inicialmente por 14 agências de concorrência de todo o mundo. Depois de menos de um ano de sua criação, já conta com 70 membros. Sua primeira Conferência Anual foi em Nápoles, em fins de setembro de 2002. As próximas conferências serão no México (2003), Coreia (2004), Alemanha (2005), África do Sul (2006) e Rússia (2007).

Observa-se, assim, o grande interesse em promover a cooperação internacional, notadamente em vista das questões agravadas com o atual estágio de globalização da economia, como os cartéis internacionais.

## 4.2 Programas de Leniência

Os cartéis carregam dentro de si certa instabilidade, provocada não somente por fatores estruturais, mas pela falta de capacidade, na maior parte dos casos, de seus membros implementarem mecanismos de controle de delação e comportamentos oportunistas por parte de alguns de seus integrantes por um período razoável de tempo<sup>105</sup>. Tendo isso em mente e considerando que com a sofisticação dos cartéis é cada vez mais difícil conseguir provas sólidas para uma condenação, algumas autoridades antitruste decidiram maximizar essa instabilidade oferecendo tratamento favorável àquelas empresas que optem por denunciar o cartel de que fazem parte ou cooperar com as investigações levadas a cabo pelas autoridades antitruste sobre esse cartel.

A partir de 1993, quando os EUA reformaram seu programa de leniência<sup>106</sup>, um número cada vez maior de empresas passou a cooperar com as investigações. O programa, originalmente, possibilita: (i) isenção total e imediata das penalidades para aquelas empresas que cooperarem com a agência antes que esta desse início às suas investigações; (ii) isenções parciais para aquelas empresas que cooperarem com a agência depois que as investigações já estiverem em curso; e (iii) isenção total das penalidades para diretores, gerentes e outros empregados se esta tiver sido conferida à sua empresa.

Com a adoção desse novo programa, o número de requerimentos para participar do programa de leniência aumentou de aproximadamente um por ano para mais de um por mês. Esse número continua aumentando, com a participação de empresas atuantes em cartéis internacionais, como ocorreu no caso do cartel dos eletrodos de grafite e do cartel das vitaminas.

---

<sup>105</sup> O cartel é um típico exemplo do Dilema dos Prisioneiros – Teoria dos Jogos. Em 1950, John Nash, vencedor do prêmio Nobel de Economia, generalizou a teoria dos jogos em *The bargaining problem in Econometrica*, nº 18, p. 155, e *Equilibrium points in N-Person Games*, *Proceedings of the National Academy of Sciences (USA)*, nº 36, p. 48. Defende sua teoria que, numa situação de equilíbrio entre jogadores, a estratégia de cada um dos jogadores é a melhor resposta para a estratégia do outro. O cartel só alcançará estabilidade se o jogo for infinito. O programa de leniência consegue estabelecer um limite para o jogo, desestabilizando-o.

<sup>106</sup> U.S. Department of Justice Antitrust Division, *Corporate Leniency Policy*, de 10 de agosto de 1993.

No mesmo sentido, a Comissão Européia também adotou em 1996<sup>107</sup> um programa de leniência com o intuito de aumentar a eficácia da detecção e das posteriores investigações dos cartéis. Até o fim de 2001<sup>108</sup>, esse programa foi aplicado a 16 decisões finais da Comissão, entre as quais o cartel da lisina<sup>109</sup>, o cartel das eletrodos de grafite<sup>110</sup>, o cartel do gluconato de sódio<sup>111</sup>, o cartel das vitaminas<sup>112</sup> e o cartel do ácido cítrico<sup>113</sup>, todos cartéis internacionais.

Em 13 de fevereiro de 2002, a Comissão Européia anunciou seu novo programa de leniência<sup>114</sup>, mais próximo ao modelo norte-americano do que o anterior. Permite-se agora que uma empresa goze de isenção total da pena mesmo que comece a colaborar depois de já iniciadas as investigações, desde que a mesma forneça provas sólidas da existência do cartel, coopere de forma plena e irrestrita, abandone imediatamente as condutas ilícitas que praticava e não tenha coagido qualquer empresa a participar do cartel. Outra mudança importante foi o compromisso assumido pela Comissão Européia de atestar por escrito prontamente se uma empresa cumpre os requisitos para a isenção total da pena, o que garante maior transparência na relação Comissão-

---

<sup>107</sup> Programa de não aplicação ou redução de coimas, JO C 207 de 18 de julho de 1996, p. 4.

<sup>108</sup> Segundo o XXXI Relatório sobre a Política de Concorrência de 2001 cit., p. 21.

<sup>109</sup> Entre outras reduções a outras empresas, a Comissão aplicou redução de 50% à empresa Ajinomoto. Não foi possível uma redução maior porque referida empresa era uma das líderes do cartel e pelo fato de a mesma ter ocultado um cartel anterior do qual formava parte.

<sup>110</sup> Entre outras reduções a outras empresas, a Comissão aplicou redução de 70% da pena imposta à empresa Showa Denko, por esta ter sido a empresa pioneira do cartel a cooperar com o órgão, fornecendo elementos de prova decisivos sobre a existência do cartel.

<sup>111</sup> Entre outras reduções a outras empresas, a Comissão concedeu redução de 80% da pena imposta à empresa Fujisawa por ter sido a primeira empresa a fornecer elementos de prova decisivos da existência do cartel. A isenção não foi de 100% porque a empresa só se dirigiu à Comissão após receber pedido de informações.

<sup>112</sup> A Comissão concedeu pela primeira vez a isenção total das penalidades. A empresa beneficiada foi a Aventis, que informou sobre a existência dos cartéis de vitaminas A e E antes que a Comissão tivesse notícia de sua existência. Contudo, apesar de ter conseguido isenção total nos cartéis de vitamina A e E, a empresa acabou pagando uma multa por sua participação no cartel da vitamina D3.

<sup>113</sup> Entre outras reduções a outras empresas, a Comissão concedeu uma redução da pena em 90% à empresa Cerestar, que forneceu elementos de prova sólidos à Comissão depois de ter recebido uma solicitação formal de informação.

<sup>114</sup> Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases, OJ C 45 3.

empresa. As mudanças foram muito bem recebidas pelas demais autoridades antitruste, com a expectativa do aumento do número dos casos de cooperação envolvendo cartéis internacionais.<sup>115</sup>

Outros países também adotaram programas de leniência, como o Brasil, o Canadá, a República Tcheca, o Reino Unido, a França, a Irlanda e a Coréia.

### **4.3 Imposição de penas mais rigorosas**

As autoridades antitruste têm aplicado penas mais rigorosas para os casos de cartéis internacionais, no intuito de fazer valer o papel repressivo e o papel educativo da pena.

Em 1990, o Congresso norte-americano aprovou um aumento para o teto máximo fixado para as penas de US\$1 milhão para US\$ 10 milhões para as empresas e de US\$ 100 mil para US\$ 350 mil para os indivíduos. Em seguida, em 1991, por meio de uma reforma da Federal Sentencing Guidelines, permitiu-se que as multas por violação à Seção Um do Sherman Act pudessem ser calculadas em valor superior a US\$ 10 milhões, em virtude do volume do comércio afetado. Enquanto que até 1992, a multa máxima que havia sido aplicada a uma empresa por acordo para fixação de preços era de US\$ 2 milhões, esse valor alcançou recentemente US\$ 500 milhões, com a multa aplicada à empresa F. Hoffmann-La Roche pela participação no cartel das vitaminas.

A tendência é aumentar também a pena de prisão aplicada às pessoas físicas. O tempo médio de condenação pelas autoridades norte-americanas aumentou 15 meses em 2001 se comparado com a média do ano anterior<sup>116</sup>

Por sua vez, a Comissão Européia, que aplica somente penas de caráter administrativo e não penal, também vem aumentando o valor de suas multas. Em 2001, as multas aplicadas a cartéis foram superiores a 1,8 bilhão de euros, dos quais aproximadamente a metade provém da condenação dos cartéis das vitaminas. Esse valor é superior à soma de todas as outras multas aplicadas até o ano 2000.

---

<sup>115</sup> Scott D. Hammond, Director of Criminal Enforcement of U.S. Department of Justice – Antitrust Department, *A Review of Recent Cases and Developments in the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program*, cit., p. 16, afirmou “I have no doubt that EC’s revised leniency program will lead to a substantial increase in the number of firms reporting international cartel activity.”

<sup>116</sup> Scott D. Hammond, Director of Criminal Enforcement of U.S. Department of Justice – Antitrust Department, *Review of Recent Cases and Developments...*, cit., p. 3.

## 5. O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência<sup>117</sup> e o combate aos cartéis internacionais

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) ainda se encontra em um estágio embrionário no tocante ao combate aos cartéis internacionais. Isso se deve principalmente à falta de estrutura e à falta de pessoal suficiente para realizar a investigação.

Apesar da falta de recursos, o Brasil tem se esforçado na implementação de instrumentos no combate aos cartéis. Firmou dois tratados de cooperação para a aplicação de sua lei de concorrência: um com os Estados Unidos<sup>118</sup>, em 1999, e outro com a Rússia<sup>119</sup>, em 2001, para o compartilhamento de informações, desde que legal, e a assistência técnica no combate a práticas anticompetitivas, entre as quais os cartéis internacionais.

Também foi implementado um programa de leniência, com a Lei nº10.149, de 21 de dezembro de 2000. Este permite que a União celebre, por meio da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, conforme for o caso.<sup>120</sup>

Outra novidade é a previsão da criação de uma delegacia da Polícia Federal especializada no combate a crimes contra a ordem econômica e formação de cartéis, que desenvolverá um trabalho em conjunto com a Secretaria de Direito Econômico (SDE). Essa parceria irá permitir a troca de informações nas investigações de cartel, ajudando na produção das provas necessárias para a condenação das empresas.

A verdade é que, apesar dos esforços das autoridades do SBDC, o combate aos cartéis internacionais ainda não é efetivo. O programa de leniência, tão utilizado pelas empresas no exterior, ainda não foi usado sequer uma vez no nosso ordenamento, nem mesmo pelas empresas alvo dos processos de

---

<sup>117</sup> O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia do Ministério da Justiça com função judicante, a Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), perito jurídico, e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF), perito econômico.

<sup>118</sup> Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América relativo à cooperação entre suas autoridades de defesa da concorrência para aplicação de suas leis de concorrência, de 26 de outubro de 1999.

<sup>119</sup> Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da Federação da Rússia sobre cooperação na área de Política da Concorrência, firmado em 12 de dezembro de 2001 e publicado no DOU 21 Seção I de 30.1.2002.

<sup>120</sup> Lei 10.149, artigo 2º.

investigação de cartéis internacionais<sup>121</sup> que tramitam no momento perante o SBDC. Mesmo em se tratando de cartéis nacionais, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica condenou somente três deles<sup>122</sup>. Atualmente, há mais de 260 investigações em curso contra práticas de cartéis<sup>123</sup>, mas, por uma instrução deficiente, muito possivelmente, poucos deles serão condenados.

## 6. Conclusão

Detectar, instaurar investigações e condenar cartéis internacionais constitui um desafio permanente para as autoridades de defesa da concorrência. Tudo indica que a globalização continuará em ritmo acelerado, o que aumentará, conforme analisado, a possibilidade de empresas concertarem suas condutas em âmbito mundial. Por outro lado, é inegável que o combate aos cartéis internacionais tornou-se mais efetivo, com o desenvolvimento de ferramentas hábeis a sua persecução e condenação, como acordos de cooperação, programas de leniência e uma política de imposição de penas mais rigorosas.

Porém, apesar de já se ter chegado a um consenso de que a conduta de cartel internacional deve ser severamente punida, poucos são os países ou os blocos que contam com uma estrutura ideal ou, ao menos, funcional para tanto, como os Estados Unidos, as Comunidades Européias e o Canadá. Países como o Brasil, apesar de contarem com um aparato legislativo elogiável, enfrentam grandes dificuldades para levar a cabo tais investigações e efetivamente punir os cartéis que atuam em seu território, em razão do alto custo e da demanda de pessoal que o atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência não dispõe.

Para lidar com essas questões, as autoridades antitruste devem empenhar-se em firmar acordos de cooperação bilaterais, incluindo acordos entre países com maior desenvolvimento na política de combate às infrações à ordem econômica e aqueles menos desenvolvidos, e criar instrumentos de combate a cartéis internacionais em acordos multilaterais, principalmente face ao grande número de países que dispõem de leis de concorrência.

---

<sup>121</sup> Cartel da Lisina (P.A. n° 08012.004897/00-23) e Cartel das Vitaminas (P.A. n° 08012.004599/99-18).

<sup>122</sup> Cartel do Aço (acordo entre as empresas Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, COSIPA e USIMINAS para fixação de preço – P.A. n° 0800. 015337/94-48) e cartéis formados por empresas de postos de gasolina em Santa Catarina e em Goiânia (P.A. n° 08012.002299/2000-18 e P.A. n° 08012.004712/2000-89, respectivamente). Em todos os casos, as empresas recorreram à Justiça, obtendo liminares suspensivas da decisão do CADE.

<sup>123</sup> SDE investiga 260 denúncias sobre cartéis in *Gazeta Mercantil*, 19 de setembro de 2002, p. A-8.

## Bibliografia

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Aplicação “Extra-Territorial” do Direito da Concorrência Brasileiro in Revista do IBRAC v. 8, n° 3, São Paulo: Ed. Revista do IBRAC, pp. 67-87, 2001.

ARAÚJO JUNIOR, José Tavares de. Antidumping e Política de Concorrência na Alca e no Mercosul in Boletim Latino-americano de Concorrência n° 13, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, pp. 133 – 142, 2001.

BARBIERI FILHO, Carlos. Disciplina jurídica da concorrência, São Paulo: Resenha Tributária, 1984.

BINGAMAN, Anne K. The Clinton Administration: Trends in Criminal Antitrust Enforcement, speech to the Corporate Counsel Institute on November, 1995 in [www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech.n30.txt](http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech.n30.txt), 1995.

BRONETT, G. de . Commission fines ADM, Ajinomoto and others in lysine cartel in Competition Policy Newsletter n° 3/2000, pp. 39-40, in [www.europa.eu/comm/competition/publications/cpn.](http://www.europa.eu/comm/competition/publications/cpn.), 2000.

EDWARDS. Corwin D. International Cartels as an obstacle to International Trade in [www.usdoj.gov/atr](http://www.usdoj.gov/atr), 1944

FAULL, Nickpay, The EC Law of Competition, Oxford: Oxford University Press, 1999.

FRANCESCHINI, João Ignácio Gonzaga e FRANCESCHINI, J. L. Vicente de Azevedo. Poder Econômico – exercício e abuso – Direito Antitruste Brasileiro, São Paulo: RT, 1985.

GUERRIN, Maurice et KYRIAZIS, Georgios. Cartels: Proofs and Procedural Issues in Fordham International Law Journal, New York: Transnational Publications Inc., 1993.

HAMOND, Scott D. A Review of Recent Cases and Developments in the Antitrust Division’s Criminal Enforcement Program presented at The 2002 Antitrust Conference, Waldorf Astoria, on March 7, 2002 in [www.usdoj.gov/atr/public/speeches/10862.pdf](http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/10862.pdf), 2002.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust, 2<sup>a</sup>. ed, St. Paul: West Publishing Co., 1997.

KLEIN, Joel. Statement before The Senate Judiciary Committee on May 4, 1999 in [www.judiciary.senate.gov/oldsite/5499jik.htm](http://www.judiciary.senate.gov/oldsite/5499jik.htm), 1999.

MONTI, Mario. The International Dimension of Competition Enforcement in Boletim Latino-americano de Concorrência n° 11, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, pp. 79 – 81, 2000.

\_\_\_\_\_. 1<sup>st</sup> OECD Global Forum on Competition, OECD, Paris, Opening Speech in Boletim Latino-americano de Concorrência n° 13, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, pp. 142 – 144, 2001.

\_\_\_\_\_. A Global Competition Policy? in [www.europa.eu.int/comm/competition/index\\_pt.html](http://www.europa.eu.int/comm/competition/index_pt.html), 2002.

PINSKY, Lior. Aplicação Extraterritorial da Lei Antitruste in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro n° 115, São Paulo: RT, pp. 130 – 141, 1999.

SPRATLING, Gary R. Negotiating the waters of International Cartel Prosecutions – Agreements in International Cases – Speech presented in the Thirteenth Annual National Institute on White Collar Crime at The Western St. Francis Hotel, San Francisco, California, March 4, 1999 in [www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech\\_1999.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech_1999.htm), 33 pp., 1999.

#### FONTES PRIMÁRIAS

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the applications of the agreements between the European Communities and the Government of the United States of America and the Government of Canada regarding the application of their competition laws – 1st January 2000 to 31 December 2000 in [www.europa.eu.int/comm/competition](http://www.europa.eu.int/comm/competition), 21 pp., 2002.

\_\_\_\_\_. Handbook Dealing with the Commission, year 1997, in [www.europa.eu.int/comm/competition/publications/dealen1\\_em.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/competition/publications/dealen1_em.pdf), parte 3.1, 1997.

\_\_\_\_\_. Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases, OJ C 45 3, de 13 de fevereiro de 2002..

\_\_\_\_\_. Acordo entre as Comunidades Européias e o Governo do Canadá relativo à aplicação dos respectivos direitos da concorrência, JO L 175, de 10.07.1999.

\_\_\_\_\_. Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la Aplicación del Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de los Estados Unidos de América en lo que respecta a la aplicación de sus Normas de Competencia, Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1999.

\_\_\_\_\_. XXX Relatório sobre a Política da Concorrência (2000), Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, pp. 55 – 65, 2001.

\_\_\_\_\_. XXXI Relatório sobre a Política da Concorrência (2001), Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, pp. 3 – 5, 81 - 83 e 127 - 141, 2002.

THE US DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION. Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations issued by The US Department of Justice and The Federal Trade Commission in [www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/internat.txt](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/internat.txt) , 35 pp., 1995.

\_\_\_\_\_. Revised Recommendation of The Council concerning cooperation between Member Countries in Anticompetitive Practices Affecting International Trade in [www.usdoj.gov/atr](http://www.usdoj.gov/atr), 9 pp., 1995.

\_\_\_\_\_. International Competition Policy Advisory Committee – Hearings – Washington D.C., November 2, 1998 in [www.usdoj.gov/atr](http://www.usdoj.gov/atr), 111 pp., 1998.

\_\_\_\_\_. International Competition Policy Advisory Committee Final Report 2000 in [www.usdoj.gov/atr/icpac/icpac.htm](http://www.usdoj.gov/atr/icpac/icpac.htm), p. 89, 2000.

\_\_\_\_\_. Agreement between The Government of The United States of America and The European Communities regarding the Application of their Competition Laws in [www.usdoj.gov/atr](http://www.usdoj.gov/atr), 11 pp., 1991.

\_\_\_\_\_. Agreement between The Government of The United States of America and The European Communities in the Application of Positive Community Principles in the enforcement of their Competition Laws in [www.usdoj.gov/atr](http://www.usdoj.gov/atr), 7 pp., 1998.

\_\_\_\_\_. Agreement between The Government of The United States of America and The Government of Canada regarding the Application and Deceptive Marketing Practice Laws in [www.usdoj.gov/atr](http://www.usdoj.gov/atr), 14 pp., 1995.

\_\_\_\_\_. Agreement between The Government of The United States of America and The Government of Australia relating to cooperation on antitrust matters in [www.usdoj.gov/atr](http://www.usdoj.gov/atr), 1982.

\_\_\_\_\_. Agreement between The Government of The United States of America and The Government of The Federal Republic of Brazil concerning cooperation on antitrust matters in [www.usdoj.gov/atr](http://www.usdoj.gov/atr), 4 pp., 1999.

THE US FEDERAL TRADE COMMISSION e THE US DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION. Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations, in [www.ftc.gov/bc/guidelin.htm](http://www.ftc.gov/bc/guidelin.htm), 1995.



# COMBATE A PRÁTICAS ANTICOMPETITIVAS TRANSNACIONAIS: O GRANDE DESAFIO DAS POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO SÉCULO XXI.

*Fernanda Manzano Sayeg*

## I – Introdução

Muito tem-se falado em globalização e liberalização comercial, ressaltando-se a relevância desses dois fenômenos para a economia mundial. De fato, os fenômenos da globalização e da liberalização comercial causaram inúmeras transformações ao cenário econômico internacional, tendo em vista o forte crescimento do volume do comércio de bens e serviços e o crescente fluxo de investimentos diretos verificados na última década<sup>1</sup>. O aumento do número de subsidiárias de empresas transnacionais também não deixa dúvidas de que, no início do século XXI, praticamente não há fronteiras territoriais para o comércio e para os investimentos em nível internacional.

Como conseqüência da internacionalização das economias nacionais, da transnacionalização das empresas e da intervenção do Estado na economia, constata-se um incremento das práticas comerciais transnacionais, notadamente das práticas que produzem efeitos negativos na economia de Estados diferentes daqueles em que a empresa se situa. Operações de concentração de empresas que produzem efeitos em mais de um país, cartéis transfronteiriços, acordos para excluir competidores estrangeiros de certas vendas e abusos de posição dominante na área internacional são alguns exemplos desses atos nocivos à livre concorrência. Tais práticas, conhecidas como práticas anticompetitivas transnacionais, devem merecer maior atenção nos próximos anos, em função de seu impacto sobre o comércio internacional e os mecanismos de defesa da concorrência. Por estarem em desacordo com o objetivo de maior eficiência dos fatores econômicos, as práticas anticompetitivas podem, em último grau, colocar em perigo todos os benefícios propiciados pela liberalização comercial.

---

<sup>1</sup> Segundo Vera Thorstensen “O forte crescimento do volume do comércio de bens e serviços atesta o impacto da liberalização no contexto mundial. As empresas estão também se adaptando a estratégias globais na área de produção e na prestação de serviços, explorando as vantagens comparativas de diferentes países, relocando fatores de produção e entrando em novos mercados”, in OMC – Organização Mundial do Comércio: As Regras Multilaterais do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais, São Paulo, Aduaneiras, 2001, pg. 321.

As práticas anticompetitivas internacionais culminam, quase sempre, na intervenção de mais de um órgão de defesa da concorrência, o que nos leva a enfrentar questões delicadas, entre elas a aplicação extraterritorial de leis, a cooperação internacional entre os órgãos de defesa da concorrência, a harmonização das legislações e, até mesmo, a criação de um sistema multilateral para a defesa da concorrência. O presente trabalho visa a discutir as principais questões que surgem em decorrência das práticas anticompetitivas internacionais, e buscar apresentar algumas propostas que poderão conferir maior eficácia à proteção da defesa da concorrência em nível mundial.

## **II – Extraterritorialidade das leis antitruste**

Como regra fundamental do Direito Internacional e da organização da Comunidade Internacional, cada Estado possui um ordenamento jurídico interno, que, em princípio, é aplicável em seu âmbito territorial. A aplicação extraterritorial de um direito nacional pode ser verificada sempre que um Estado aplica suas leis a situações total ou parcialmente constituídas no exterior, utilizando-se das normas de conflito de leis no espaço.<sup>2</sup>

Enquanto a jurisdição estatal deve se restringir ao território de determinado Estado, a atuação das empresas multinacionais não se limita a fronteiras territoriais, é internacional. Surge, assim, um grande dilema: ao aplicar leis nacionais a empresas transnacionais cujos atos produzam efeitos em seu território, estaria o Estado violando o princípio da territorialidade da jurisdição?

A questão da extraterritorialidade é uma questão polêmica, que esbarra em um conceito delicado: o conceito de soberania. João Grandino Rodas define soberania como “poder incontestável de fixar competências e de querer coercitivamente”. Ainda segundo o autor, tal poder teria sido atribuído aos Estados modernos, cujos direitos internos, de caráter imperativo, seriam aplicáveis a seus sujeitos, pessoas físicas ou jurídicas particulares, mas não eram suscetíveis de imposição aos outros Estados, pessoas jurídicas de Direito Internacional Público.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Cf. Vaz, Isabel, “Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade”, in Revista do IBRAC, vol. 4 n° 6, 1997, pg. 264.

<sup>3</sup> De acordo com João Grandino Rodas: “Daí a cunhagem do brocardo: *Par in parem non habet imperium nec iudicium*, o igual não possui soberania sobre o seu igual, nem pode exercer jurisdição sobre ele”. Sobre a imunidade de jurisdição, discorre o autor que: “a regra da imunidade da estatal sofreria, nas últimas décadas, exceções. Precedentes jurisprudenciais, inicialmente do Estado da Flórida e do Reino Unido, estabeleceram que o reconhecimento da imunidade dependia de ter o Estado agido em função de sua soberania — *jus imperii*. Relativamente a meros atos de gestão — *jus gestionis* — mesmo que praticados por Estados, não seria reconhecida a imunidade

Nesse sentido, a Constituição Brasileira de 1988, em seu artigo 4º incisos I, IV e V, determina que as relações internacionais brasileiras rejam-se, entre outros princípios, pela independência nacional, pela não intervenção e pela igualdade entre os Estados. Desse modo, seria correto dizer que a submissão voluntária à jurisdição estrangeira por parte do Estado brasileiro, sem que se tratasse de razão de indiscutível relevância, não estaria em consonância com os princípios constitucionais pátrios.<sup>4</sup> Todavia, será que em se tratando de atos que ameacem a livre concorrência e, conseqüentemente, a Ordem econômica, não estaríamos lidando com questões de indiscutível relevância para nosso país?

Ao analisarmos o art. 170<sup>5</sup> da Constituição Federal constatamos que o exercício das atividades econômicas no país, em virtude do princípio da livre iniciativa, somente será assegurado se a atividade econômica respeitar o princípio da soberania nacional, pelo qual é vedado o exercício de qualquer atividade contrária aos interesses da nação. Constatamos, ainda, que a livre concorrência não constitui um valor absoluto, mas um princípio informador das atividades econômicas, a serviço do desenvolvimento econômico e dos interesses da economia nacional. Logo, podemos considerar que “a questão da extraterritorialidade da lei de defesa da concorrência é também uma questão de soberania nacional de natureza econômica”.<sup>6</sup>

Em consonância com os princípios constitucionais supracitados, a Lei Brasileira de Defesa da Concorrência - Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994 - consagra, em seu artigo 2º, sua aplicação extraterritorial, ao estabelecer que: “Aplica-se esta lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos”. Portanto, não

---

em tela. Encontra-se, hoje, mundialmente assente, a possibilidade de se fazer essa diferenciação. Inobstante, o conceito de soberania do Estado tenha evoluído nos últimos tempos, pode-se dizer que a imunidade estatal continua sendo a regra, representando exceção a submissão de um Estado à jurisdição estrangeira, quando este age como gestor ou como *État commerçant*”, in “Brasil Submetido à Jurisdição dos Estados Unidos?”, *Correio Braziliense*, disponível em <http://www.correioweb.com.br>.

<sup>4</sup> Com relação a eventuais limitações do art. 4º da Constituição vigente, José Carlos Magalhães afirma que “Não comportam, tais princípios, limitações que não as impostas pelo direito internacional, como deixou assente a Corte Permanente de Justiça Internacional”, fazendo referência à sentença final da Corte Permanente de Justiça Internacional no caso *Lótus*, in “Leis da Concorrência e Globalização”, in *Avances Del Derecho Internacional Privado em América Latina, Montevideú*, Fundación de Cultura Universitária, 2002, pg. 366.

<sup>5</sup> Art. 170 da Cf/88, caput e inciso I.

<sup>6</sup> Apud Vaz, Isabel, op. cit., pg. 269.

restam dúvidas de que a legislação brasileira possibilita a aplicação extraterritorial da legislação antitruste brasileira, qualquer que seja a representação da empresa estrangeira em nosso país.<sup>7</sup>

Apesar de grande parte das legislações antitruste prever sua aplicação extraterritorial, há muitas divergências entre essas legislações sobre aspectos importantes. Os Estados Unidos defendem a aplicação extraterritorial das leis de defesa da concorrência visando não apenas ao combate de condutas anticompetitivas ocorridas fora de seu território que gerem efeito negativo em seu mercado interno, mas também aquelas condutas que dificultem a entrada ou a atividade de empresas americanas em outros Estados. Tal posicionamento, desde os anos 60, tem provocado o repúdio de diversos Estados, sob a alegação de que a aplicação "extraterritorial" da legislação transcende o escopo legítimo da jurisdição dos Estados Unidos e caracteriza um desrespeito à sua soberania. Em 1982, o Congresso dos Estados Unidos promulgou a Foreign Trade Antitrust Improvements Act, que passou a limitar a incidência da jurisdição antitruste dos Estados Unidos a condutas que tivessem um efeito "direto, substancial, e razoavelmente previsível" sobre seu comércio doméstico, incluindo exportações. O Departamento de Justiça, em 1988, limitou os casos em que exerceria jurisdição sobre a conduta anticompetitiva estrangeira àqueles em que os consumidores americanos fossem prejudicados. Tal política foi abolida em 1992, e, atualmente, os órgãos do governo podem se opor a condutas que prejudiquem as exportações dos Estados Unidos, não fazendo diferença o fato de os consumidores serem ou não prejudicados. Mais recentemente, em um caso em que o Departamento de Justiça apresentou objeções contra um suposto cartel de fabricantes de papel de fax do Japão, um tribunal federal de recursos sustentou a capacidade do Departamento de Justiça de usar

---

<sup>7</sup> De acordo com o parágrafo único do artigo 2º da Lei nº 8.884/94: "Reputa-se situada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante". Cabe ressaltar que a Lei nº 10.149/00 aperfeiçoou a redação do artigo 2º da Lei nº 8.884, alterando a palavra "situada" para "domiciliada", de encontro com que estabelece o artigo 88, inciso I do Código de Processo Civil pátrio. A lei em questão acrescentou, também, um parágrafo segundo ao artigo 2º, cuja redação estabelece que: "A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil". Esse parágrafo previne eventuais problemas pela realização da notificação no exterior. Sobre esse assunto ver José Gabriel de Assis Almeida, "A Aplicação "Extraterritorial" do Direito da Concorrência Brasileiro", in Revista do IBRAC, vol. 8, nº 3, 2001, pgs. 76/77.

as disposições criminais do Sherman Act<sup>8</sup> para mover ações nas hipóteses de conduta anticompetitiva com elementos estrangeiros que afetem, de maneira direta e substancial, o comércio dos Estados Unidos.<sup>9</sup>

Com relação à importância da livre concorrência na União Européia, o Tratado da União Européia estabelece como um dos objetivos a serem alcançados “um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno”.<sup>10/11</sup> Na União Européia, cada Estado membro tem competência para aplicar sua legislação de defesa da concorrência em atos cujos efeitos se limitem a seu território. O órgão comunitário responsável pela concorrência é a Comissão – e em especial a Diretoria Geral IV, ou DGIV – cujos poderes são o de analisar os grandes atos de concentração que possam lesar a concorrência no mercado comunitário, aprovando-os ou vetando-os, e investigar acusações e violações das normas comunitárias, podendo ordenar a cessação das práticas ilegais e impor multas às empresas.<sup>12</sup> Assim, caso se trate de um ato que afete o comércio entre os países da União Européia que tenha por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, ou ainda que constitua abuso de posição dominante exercido em todo o mercado comum europeu ou em parte substancial do mesmo, devem ser aplicadas as regras do Tratado de Roma, especialmente as regras previstas pelo Regulamento (CEE) n° 4064/89, não importando onde as empresas estejam sediadas, sua nacionalidade, se são públicas ou privadas.<sup>13</sup> Vale destacar

---

<sup>8</sup> De acordo com Isabel Vaz, a lei antitruste americana, por ser considerada norma de natureza penal, não poderia ser objeto de aplicação extraterritorial, já que essa aplicação seria vedada a normas penais. Porém, na decisão do julgamento do caso *United States vs. Alluminium Company of America*, o tribunal americano declarou que “... é lei reconhecida .... que todo Estado pode impor responsabilidades, mesmo sobre não súditos, por conduta fora de suas fronteiras, que tenha conseqüências dentro delas, as quais o Estado proíbe, e estas responsabilidades outros Estados as reconhecerão normalmente”, op. cit., pgs. 272/273.

<sup>9</sup> Sobre extraterritorialidade da legislação antitruste dos Estados Unidos ver Tritell, Randolph, “Aplicação das Leis Antitruste Americanas à Conduta de Outros Países: Fatos Recentes”, in Perspectivas Econômicas - Revista Eletrônica da USIA, vol. 4. n° 1, 1999.

<sup>10</sup> Tratado da União Européia, artigo 3, alínea g.

<sup>11</sup> De acordo com Elizabeth Accioly “alguns autores incluem a concorrência como sendo a quinta liberdade do mercado comum”, in *Mercosul e União Européia – Estrutura jurídico-institucional*, 2ª Edição, Juruá, Curitiba, 2001, pg. 44.

<sup>12</sup> Para maiores informações sobre a defesa da concorrência na União Européia consultar Elizabeth Accioly, op. cit., pgs. 44/48; e Maria Cecília Andrade, Controle de Concentrações de Empresas, São Paulo, Singular, 2002, pgs. 75/294.

<sup>13</sup> Cf. artigo 1 n° 1 e 2 do Regulamento (CEE) n° 4064/89 apud Vaz, Isabel, Direito Econômico da Concorrência, 1ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 1999, pgs. 118/119,

que a política de concorrência da União Européia se aplica também aos subsídios concedidos pelos Estados membros.

Tendo em vista o número e as conseqüências negativas decorrentes de práticas anticompetitivas verificadas no cenário do comércio internacional, concluímos que é impossível a defesa da concorrência em um Estado sem a regulamentação de atos praticados fora dele, ou seja, sem considerar a aplicação extraterritorial de suas leis de defesa da concorrência.

Entretanto, se, de um lado a aplicação extraterritorial das leis de defesa da concorrência não pode ajudar a enfrentar alguns dos problemas resultantes de práticas anticompetitivas transnacionais, de outro impõe algumas dificuldades. Um exemplo ilustrativo dos riscos gerados pela incidência extraterritorial das legislações antitruste é o caso GE-Honeywell, que consistiu na tentativa de fusão entre duas mega empresas norte-americanas: a General Electric (GE) e a Honeywell. Apesar de o ato de concentração haver sido aprovado nos Estados Unidos pelas autoridades antitruste, a operação não se concretizou em razão da forte oposição feita pelas autoridades da União Européia<sup>14</sup>. A não concretização da fusão entre a GE e a Honeywell é resultado do conflito entre duas legislações com diferentes princípios e objetivos. As leis antitruste norte-americanas vislumbram a livre competição como um fim em si mesma, ou seja, objetivam garantir a sobrevivência do mais eficiente, em quaisquer circunstâncias, mesmo quando as conseqüências da concentração sejam a captura do mercado por uma única empresa. Por outro lado, a legislação comunitária européia, assim como a brasileira, visam à defesa das empresas e a justa competição, pois consideram que a livre concorrência não constitui um fim em si mesma, mas possui um significado instrumental<sup>15</sup>.

---

e Andrade, Maria Cecília, Controle de Concentrações de Empresas, São Paulo, Singular, 2002, pgs. 287/290.

<sup>14</sup> Escreve Onofre de Arruda Sampaio que, segundo o artigo “The new trustbusters”, de autoria de David S. Evans e publicado na revista *Foreign Affairs* de jan./fev. de 2002, “embora as autoridades norte-americanas e européias tenham concluído que a fusão faria baixar os preços para os consumidores, os europeus consideraram que a operação tornaria a competição difícil para outras empresas concorrentes, como a United Technologies e a Rolls-Royce, que poderiam vir a ser expulsas do mercado, dando espaço para que a GE e a Honeywell, uma vez unidas, pudessem vir no futuro a impor preços mais altos para os seus produtos”, *Globalização e Política de Concorrência*, in O Estado de São Paulo, 11/06/02, disponível em [www.estado2.com.br](http://www.estado2.com.br).

<sup>15</sup> Ainda segundo Onofre Arruda Sampaio, o fato das políticas brasileira e européia de defesa da concorrência possuírem um significado instrumental significa que, em certas circunstâncias definidas por lei, devem ceder à implementação de outras políticas públicas de igual importância. Idem.

Assim, os riscos inerentes aos sistemas unilaterais de defesa da concorrência e, conseqüentemente, a aplicação extraterritorial de leis para combater práticas anticompetitivas - tais como, a insegurança jurídica, decisões contraditórias, elevados e desnecessários custos de transação para se notificar a operação em diversas jurisdições, o início de investigações de diversos órgãos de defesa da concorrência e o difícil cumprimento de determinada medida judicial em outro Estado - nos levam a concluir pela necessidade da criação de um sistema internacional para a defesa da concorrência, com o intuito de harmonizar as legislações e/ou compatibilizar as ações dos órgãos nacionais, evitando tensões entre Estados e, ao mesmo tempo, criando um mecanismo eficiente para a defesa da concorrência<sup>16</sup>.

Nesse contexto, surgem algumas questões extremamente importantes relacionadas à cooperação internacional. Gesner Oliveira destaca a relevância desta cooperação não só para a defesa da concorrência em si, mas também para o estímulo ao comércio e ao investimento<sup>17</sup>, plenamente verificada no combate aos cartéis internacionais; na redução dos custos de transação e harmonização no exame de atos de concentração transfronteiriços; e no fortalecimento institucional e na disseminação da cultura da concorrência.<sup>18</sup> Por-

---

<sup>16</sup> Com relação à extraterritorialidade, comenta Gesner de Oliveira que: “A mera aplicação de cláusulas de extraterritorialidade não é o suficiente para lidar com a nova agenda global. A harmonização de procedimentos e a permanente cooperação entre os vários órgãos governamentais em nível nacional poderiam, certamente, reduzir o custo, tanto para o setor público quanto para o setor privado, referente à aplicação do controle de fusões. Esse é um dos principais objetivos do CADE”, “Defesa da Livre Concorrência no Brasil: Tendências Recentes e Desafios à Frente”, in Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA, pg. 5.

<sup>17</sup> Nas palavras de Gesner Oliveira “... pode-se argumentar que a defesa da concorrência atrai o IDE ao fornecer um ambiente de negócios que favorece a competição entre empresas sem reservas de mercado ou favoritismo, cujo acesso depende da discricionariedade da autoridade administrativa”, Concorrência – Panorama no Brasil e no Mundo, São Paulo, Saraiva, 2001, pg. 119.

<sup>18</sup> Segundo o ex-presidente do CADE, condutas de cartéis transnacionais requerem a ação concertada entre diversos países, na medida em que esse tipo de cartel pode provocar distorções em todo o comércio internacional. As regiões que consomem produtos cartelizados têm seus termos de troca deteriorados. Com relação à redução dos custos de transação, Gesner Oliveira destaca que “Algumas das transações submetidas ao CADE foram previamente analisadas por várias agências com duplicação de custos administrativos. Encontram-se em discussão mecanismos de análise ou simplesmente de apresentação uniforme em múltiplas jurisdições. Simplificações nesta área representam ponderáveis custos de transação...”. Além dos custos elevados, é muito comum a apresentação de operações em mais de uma jurisdição resultar em decisões contrárias ou contraditórias das autoridades antitruste. Com relação ao

tanto, a cooperação internacional não só permitiria o combate às práticas anti-competitivas extraterritoriais, como também propiciaria um avanço na economia mundial, na medida em que garantiria um maior fluxo de investimento estrangeiro direto e um maior número de negócios no campo do comércio internacional.

### **III – Cooperação internacional para a defesa da concorrência**

A cooperação para a defesa da concorrência pode se dar em três níveis distintos: entre dois países, inserida em blocos de integração regional, ou entre diversos Estados. Conseqüentemente, a doutrina classifica esses três sistemas de cooperação internacional em: (i) sistema de cooperação bilateral; (ii) sistema de cooperação regional; (iii) sistema de cooperação multilateral. Não há um consenso quanto ao âmbito mais adequado para as discussões acerca das normas antitruste – se esse debate deveria ocorrer apenas bilateralmente, dentro de blocos regionais ou no âmbito de organização internacional – ou ainda se esses três sistemas deveriam coexistir. A visão de missão compartilhada, em contraposição à visão insular de aplicação da legislação antitruste está, sem dúvida, ganhando cada vez mais adeptos.

#### **3.1. Cooperação bilateral**

A cooperação bilateral corresponde ao padrão atual de cooperação internacional. Países como os Estados Unidos são favoráveis ao modelo bilateral de cooperação, embasados nos resultados positivos alcançados pelos convênios firmados com seus principais parceiros comerciais<sup>19</sup>, como Canadá,

---

fortalecimento institucional e a difusão da cultura da concorrência, o autor destaca o intercâmbio entre os órgãos e a utilização da jurisprudência internacional como fundamentais para a convergência entre as práticas nacionais antitruste, capaz de atenuar o problema de assimetria do investidor externo. Ressalta, por fim, que a tendência ao subinvestimento institucional, em grande parte causada pelo problema econômico do free rider, não assola apenas países em desenvolvimento, mas nestes o problema torna-se mais agudo, em função da dificuldade de implementação de regras de competição de mercado, devido à falta de cultura de concorrência, e da implementação desta política significar elevadas economias de escala e aprendizagem, *op. cit.*, pgs. 52/58.

<sup>19</sup> Sobre os acordos de cooperação bilaterais, esclarece Joel Klein, Procurador-Geral Assistente da Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos: “Temos cooperado muito com as autoridades antitruste estrangeiras, especialmente as autoridades européias e canadenses. Desenvolvemos o que chamamos de mecanismo de troca de informações por meio de um “entendimento positivo”, segundo o qual, se achamos que há um problema com o acesso ao mercado na Europa, fazemos uma avaliação preliminar e enviamos o caso para que as autoridades de lá o examinem”....

União Européia, Austrália, Israel, Brasil, México, Japão, entre outros países<sup>20</sup>. O nível de comprometimento dos acordos, que varia em cada um deles, corresponde a diferentes graus de cooperação, em função do diferente estágio de desenvolvimento institucional da política de defesa da concorrência de cada país<sup>21</sup>. A doutrina classifica os acordos de cooperação bilateral em acordos de primeira geração, ou suaves, e em acordos de segunda geração.

Na lição de Greta Spota Dierix<sup>22</sup>, podemos classificar os acordos bilaterais de cooperação em acordos de primeira geração, ou suaves, e acordos de segunda geração. Os acordos de primeira geração seriam aqueles que estabelecem mecanismos para a notificação de práticas anticompetitivas e concentrações transnacionais, para a facilitação de consultas, para a coordenação de ações legais, e para o intercâmbio de informações não confidenciais. De modo geral, tais convênios surgem informal e regularmente, no momento em que o intercâmbio entre órgãos de defesa da concorrência faz-se necessário, em

---

“Tivemos um relacionamento de trabalho bastante eficiente com os europeus, no que se refere a uma investigação dos serviços de informações do mercado de pontos de vendas - como os procedimentos da Nielsen na Europa afetavam a IRI, o concorrente da Nielsen baseado nos Estados Unidos, nos mercados dos Estados Unidos e da Europa. Essencialmente, deixamos os europeus tomar a dianteira nesse assunto. Permanecemos informados. Eles conseguiram uma solução satisfatória para o seu caso, nós, basicamente, endossamos os resultados, sem duplicar o trabalho deles. Acho que esse procedimento foi eficiente para todas as partes interessadas”, entrevista publicada em *Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA*, vol. 4 n°1, fev.1999, pg. 3.

<sup>20</sup>Sobre os acordos bilaterais firmados pelos Estados Unidos, maiores informações podem ser encontradas no site do Department of Justice, em:

[www.usdoj.gov/atr/public/international\\_agreements.htm](http://www.usdoj.gov/atr/public/international_agreements.htm).

<sup>21</sup> Gesner de Oliveira “... o grau de desenvolvimento institucional da defesa da concorrência de um país não é uma questão trivial. Pressupõe-se que a política de defesa da concorrência é implementada gradualmente, em um processo que contém vários estágios e que reflete as circunstâncias usualmente enfrentadas pelas autoridades de defesa da concorrência”. Gesner Oliveira ensina que há sete níveis de desenvolvimento institucional, sendo que o primeiro corresponde à inexistência de legislação sobre defesa da concorrência ou sua recente implementação, e o sétimo consiste no alcance da maturidade institucional. Apenas ao atingir o estágio cinco o país estaria apto a iniciar as negociações para a implementação de acordos bilaterais de primeira geração. No estágio seis tais acordos já estariam estabelecidos e em funcionamento. Ao atingir o sétimo e último estágio, seriam estabelecidos acordos de segunda geração, cujo objetivo seria o de “regulamentar transações e práticas efetivadas fora das jurisdições nacionais”, *op. cit.*, pgs. 119/121.

<sup>22</sup> “Reflexiones en Torno a las Posibilidades de Cooperación Internacional en Materia de Competência”, in *Boletim Latino Americano de Concorrência*, n° 5, nov/1998, pgs. 40/43.

virtude do incremento do comércio entre dois Estados e, conseqüentemente, do aumento das práticas anticoncorrenciais com efeitos extraterritoriais. Os acordos de segunda geração, por sua vez, visam à intensificação da cooperação através da eliminação de obstáculos remanescentes, especialmente no que se refere à possibilidade de intercâmbio de informações confidenciais. Esses acordos significam que deve haver um alto grau de comprometimento entre as autoridades antitruste, além de um alto índice de desenvolvimento institucional dos dois países, o que justifica o pequeno número de acordos dessa espécie<sup>23</sup>.

É muito comum acordos de primeira geração adotarem princípios de cortesia internacional (comity clauses), ou seja, princípios de cortesia positiva (positive comity) e de cortesia negativa (negative comity). Pela adoção do princípio da cortesia negativa as partes se comprometem a levar em consideração os interesses dos outros países ao aplicarem sua legislação a atos transnacionais. Por outro lado, a cortesia positiva permite que a parte afetada por práticas ocorridas em outros país notifique e solicite à autoridade competente do país em que o ato teve origem que aplique sua legislação.<sup>24</sup> É mister salientar que a cortesia negativa é mais freqüentemente adotada nos acordos de primeira geração do que a cortesia positiva.<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> Estados Unidos, União Européia, Canadá e Austrália já celebraram acordos bilaterais de segunda geração. São exemplos desses acordos o Tratado de Assistência Legal Mútua (firmados pelos Estados Unidos com de 20 países); o Acordo de Cooperação entre o Governo dos Estados Unidos e a Comissão das Comunidades Européias no que diz respeito à aplicação de suas regras da concorrência; e o Acordo de Cooperação entre o Governo do Canadá e a Comissão das Comunidades Européias no que diz respeito à aplicação de suas regras da concorrência.

<sup>24</sup> De acordo com Maria Cecília Andrade, o conceito de positive comity, consagrado pela Recomendação da OCDE de 27 e 28/07/1995, possibilitou não só a redução do número de casos examinado por mais de uma autoridade da concorrência, como também os custos e os riscos de decisões contraditórias, além dos conflitos políticos decorrentes da aplicação extraterritorial das leis. Acrescenta a autora que “... duas críticas se colocam a uma adoção irrestrita deste conceito: em primeiro lugar, o seu uso é recente, existindo pouca experiência em sua aplicação. Por outro lado, se for mal utilizado, pode desencadear uma “onda” de notificações que poderá deturpar a sua verdadeira finalidade”, *op. cit.*, pg. 298.

<sup>25</sup> Com relação a esse aspecto, Carolina Spack Kimmelmeir ressalta o fato da cortesia positiva representar ainda uma novidade, “... prevista pela primeira vez no convênio firmado entre União Européia e Estados Unidos, em 1991 e complementado pelo ‘Acordo relativo a aplicação dos princípios de cortesia positiva na aplicação de suas normas de concorrência’, em vigor desde 1998. Conforme aponta Nora Balzarotti, sua primeira aplicação prática se deu em 1997, quando a União Européia solicitou sua utilização diante de uma possível prática anticompetitivas de companhias aéreas”, in

Nem sempre, porém, a cooperação bilateral produz os resultados desejados no combate às práticas anticoncorrenciais extraterritoriais. Há casos em que, apesar da cooperação, os órgãos adotaram medidas diferentes e, muitas vezes, até contraditórias<sup>26</sup>. Nessas hipóteses, considera-se que a operação pode produzir efeitos diversos em cada uma das jurisdições, especialmente se os mercados possuírem características regionais, uma vez que a cooperação enfatiza atividades gerais de intercâmbio técnico, e as legislações não passam por um processo de harmonização, conceitual e jurisprudencial.

### 3.2. Cooperação regional

A cooperação internacional entre autoridades de defesa da concorrência pode ocorrer, também, inserida em blocos de integração econômica. O modelo mais desenvolvido de cooperação regional é o da União Européia, por se tratar do exemplo mais bem acabado de integração regional. Nas Américas, podemos citar o Mercosul e o NAFTA como blocos que prevêm a cooperação entre seus membros, e, no caso da ALCA, a cooperação para a defesa da concorrência já é um ponto debatido, antes mesmo de sua criação. Esse modelo de cooperação é tão freqüente em blocos de integração econômica por dois motivos: em primeiro lugar, porque permite o tratamento conjunto das práticas anticompetitivas transnacionais, evitando, assim, decisões discrepantes sobre um mesmo ato; e, por outro lado, porque possibilita a troca de experiências entre as autoridades antitruste e, conseqüentemente, propicia o desenvolvimento de uma cultura da concorrência, tão importante para países em desenvolvimento, especialmente para aqueles que apenas recentemente adotaram normas de defesa econômica ou o modelo de economia de mercado<sup>27</sup>.

Na União Européia, a defesa da concorrência desempenha um papel extremamente importante, pois, como mencionado no capítulo anterior, o mercado comum europeu é um mercado concorrencial<sup>28</sup>. Como mencionado no item II desse artigo, a competência da Comissão Européia e a conseqüente aplicação do Direito Comunitário da Concorrência se restringem a atos que

---

“Defesa da Concorrência: Práticas Transnacionais e Cooperação no âmbito do Mercosul e ALCA”, in Revista do IBRAC, vol. 9 n° 1, 2002, pg. 169.

<sup>26</sup> Como verificado na análise do ato de concentração entre a GE e a Honeywell, descrito resumidamente nas páginas 6 e 7 desse artigo, em que o Department of Justice aprovou com restrições a fusão e a Comissão da União Européia vetou a operação. Para maiores informações sobre esse caso, consultar The Commission of the European Communities, Case n° COMP/M.2220 – General Electric/Honeywell, Journal of the European Community, 2001.

<sup>27</sup> Cf. Carolina S. Kemmelmeir, op. cit., pg. 172.

<sup>28</sup> A importância da livre concorrência na União Européia foi discutida nas pgs. 6 e 7 desse trabalho.

afetem o comércio entre os países da União Européia, que impeçam ou falseiem a concorrência no mercado comum, ou ainda que constituam abuso de posição dominante exercido em todo o mercado ou em parte substancial do mesmo. Desse modo, a cooperação entre os órgãos nacionais de defesa da concorrência é fundamental para garantir o sucesso das análises e das decisões da Comissão.

A Comissão Européia, apesar de estar se esforçando para ampliar seu campo de atuação fora do mercado comum europeu, tem esbarrado em alguns obstáculos, como, por exemplo, a inexistência de mecanismos legais para garantir que determinado ato de concentração lesivo ao mercado europeu não seja aprovado pela autoridade de defesa da concorrência de determinado Estado<sup>29</sup>. Os acordos de cooperação bilateral, apesar de considerados mecanismos eficientes para se evitar esse tipo de problema, só produzem efeitos entre os Estados parte. A solução residiria, assim, na celebração de inúmeros acordos de cooperação ou na criação de um sistema multilateral de cooperação para defesa da concorrência.

A cooperação entre as autoridades antitruste do Mercosul foi instituída pelo Protocolo de Defesa da Concorrência (Decisão 18/96). O artigo 30 do Protocolo estabelece que as autoridades antitruste dos países membros deverão adotar mecanismos de cooperação e consultas no plano técnico com o intuito de aperfeiçoar os sistemas nacionais e os instrumentos comuns de defesa da concorrência, mediante o intercâmbio de experiências e informações, além da atuação conjunta na investigação de práticas anticoncorrenciais no Mercosul.<sup>30</sup> Essa cooperação pode ser vista, na prática, mas apenas entre os órgãos responsáveis pela defesa da concorrência do Brasil e da Argentina (CADE e CNDC, respectivamente).

No Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) também é prevista a cooperação e a coordenação entre as autoridades antitruste, com o intuito de fortalecer a defesa da concorrência na área de livre comércio, compreendendo assistência mútua, notificação, consultas e troca de informações. Cabe salientar que no NAFTA não há uma autoridade supranacional

---

<sup>29</sup> Essa situação, como lembra Maria Cecília Andrade, ocorreu no caso Gencor/Lornho, analisado na África do Sul. Apesar de a Comissão ter declarado a incompatibilidade do ato de concentração no mercado comum, não havia como garantir que a operação fosse vetada, *op. cit.*, pgs. 289/290.

<sup>30</sup> Carolina S. Kemmelmeir, ao refletir sobre as disposições do artigo 30 da Decisão 18/96, acredita que podemos vislumbrar a futura adoção da cláusula de cortesia positiva e de intercâmbio de informações confidenciais entre os órgãos responsáveis pela defesa da concorrência, *op. cit.*, pg. 171.

para a defesa da concorrência, visto que o mecanismo de solução de controvérsias não se aplica a casos de concorrência.

Nas discussões sobre Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), ainda em estágio embrionário, o tema da cooperação para a defesa da concorrência é um tema freqüente. Em 1998, na Cidade do Panamá, 11 países americanos assinaram o Comunicado do Panamá sobre as Políticas Antitruste e de Concorrência. Através desse documento, os Estados americanos reconheceram a necessidade de possuírem mercados abertos e competitivos, além da nocividade de práticas anticompetitivas e de cartéis à livre concorrência, e, sobretudo, reconheceram a importância da cooperação “para maximizar a eficácia e a eficiência da aplicação das leis de concorrência, e ajudar a disseminar as melhores práticas para a implementação das políticas de concorrência, com ênfase na transparência institucional”.<sup>31</sup> Dessa forma, os 11 Estados signatários do Comunicado do Panamá deram um passo em direção à cooperação na ALCA.

É mister salientar que a cooperação para a defesa da concorrência no âmbito da ALCA poderá ser benéfica aos países em desenvolvimento, uma vez que a experiência adquirida pelos Estados Unidos em acordos de cooperação e no combate a práticas anticompetitivas poderá ser partilhada com os demais membros da ALCA. É inegável, porém, que, para se levar a cabo a cooperação, será necessária sua adequação ao diferente nível de desenvolvimento institucional dos países americanos.

### **3.3. Cooperação multilateral**

Apesar dos acordos bilaterais e regionais mostrarem-se eficazes no intercâmbio de informações e na disseminação da cultura de defesa da concorrência, esses dois tipos de cooperação não conseguiram, por si só, evitar decisões discrepantes a respeito de determinada conduta, muito menos garantir a aplicação de suas decisões em países com os quais não elaboraram nenhuma espécie de convênio. Apenas através da criação de um sistema multilateral de defesa da concorrência seria possível a harmonização das legislações antitruste e a criação de um mecanismo supranacional de solução de controvérsias e, logo, o efetivo combate às práticas anticompetitivas transnacionais.

#### **3.3.1. Propostas para criação de um sistema multilateral de cooperação**

A intenção de criar-se um sistema multilateral de defesa da concorrência não é um desejo recente. Encontramos previsões acerca do tratamento de práticas comerciais restritivas que pudessem prejudicar concorrência no

---

<sup>31</sup> Comunicado do Panamá sobre as Políticas Antitruste e de Concorrência, item 3, in *Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA*, vol. 4 n° 1, fev/1999.

comércio internacional desde a Carta de Havana, datada de 1948, que previa a criação de uma Organização Internacional do Comércio (OIT)<sup>32</sup>. Tendo sido rejeitada a Carta de Havana pelo Congresso dos Estados Unidos, as regras relativas ao comércio internacional foram transformadas no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), não tendo sido esquecidas as preocupações com práticas anticoncorrenciais, já que, segundo Maria Cecília Andrade “... em vários instrumentos legais da OMC<sup>33</sup> podem ser encontrados dispositivos relacionados com os princípios da política de concorrência”<sup>34</sup>.

Nos anos 50, a Organização das Nações Unidas (ONU) demonstrou-se preocupada com as práticas comerciais restritivas, e tomou a iniciativa de elaborar acordos multilaterais não vinculativos sobre o tema. Em 1980, a Assembleia Geral da ONU adotou, então, um conjunto de princípios – o Conjunto de Princípios e Regras Justas Acordadas Multilateralmente para o Controle de Práticas Comerciais Restritivas, conhecido como *The Set* – que se transformou em recomendação da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), cujos objetivos eram assegurar que as práticas comerciais não impedissem a fruição dos benefícios conseguidos com o processo de liberalização do comércio internacional, especialmente em relação a países em desenvolvimento, e garantir maior eficiência ao comércio internacional.<sup>35</sup> A UNCTAD, desde então, vem buscando desenvolver diretrizes orientadoras no campo do direito antitruste para seus membros.

---

<sup>32</sup> Nesse sentido, ver Vera Thorstensen, *op. cit.*, pgs. 323/324. De acordo com a autora “O objetivo da Carta neste tema era de prevenir, por parte de empresas privadas ou públicas, práticas comerciais que afetassem o comércio internacional e que restringissem a concorrência, limitassem o acesso a mercados, ou favorecessem o controle monopolístico, sempre que tais práticas tivessem um efeito prejudicial na expansão da produção ou comércio, e interferisse com os objetivos da própria Carta (Artigo 4.61)”.

<sup>33</sup> Organização Mundial do Comércio.

<sup>34</sup> In Andrade, Maria Cecília, “Concorrência”, in *O Brasil e a OMC*, 2ª Edição, Curitiba, Juruá, 2002, pgs. 297/298.

<sup>35</sup> Acrescenta Vera Thorstensen que o Conjunto de Regras da UNCTAD “Possibilita a negociação de um acordo com os objetivos nacionais de desenvolvimento econômico e social através de: (i) criação, encorajamento e proteção da concorrência, através do controle de concentração de capital de capital ou do poder econômico, além de encorajamento a inovação; (ii) eliminação das desvantagens ao comércio e ao desenvolvimento que possam resultar de práticas comerciais restritivas e das atividades das corporações transnacionais, e assim ajudar a maximizar os benefícios do comércio internacional; (iii) adoção do Conjunto de Regras como forma de facilitar o cumprimento de leis e políticas nessa área, em nível nacional e regional”, *op. cit.*, pgs. 324/325.

Desde a década de 60, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), através de grupos de trabalho, tem desenvolvido análises e recomendações para a defesa da concorrência<sup>36</sup> que, apesar de não possuírem caráter vinculativo, incluem um instrumento de notificação entre as agências nacionais responsáveis pela concorrência. Os trabalhos realizados no âmbito da organização concluíram que a cobertura e a abrangência das normas, seu efetivo cumprimento e a identificação das práticas anticompetitivas são fatores essenciais para a eficácia de leis internacionais sobre defesa da concorrência. Podemos dizer que, apesar do trabalho realizado pela OCDE ser um trabalho respeitado e positivo no que se refere à adoção de normas antitruste em nível multilateral, sua iniciativa não é suficiente para extirpar as condutas anticoncorrenciais do comércio internacional.

Algumas outras organizações internacionais vêm desenvolvendo trabalhos similares. O Banco Mundial, por exemplo, apóia financeiramente uma série de iniciativas com o intuito de promover a cultura da concorrência, além de prestar assistência técnica aos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. A American Bar Association (ABA) elaborou, em 1991, um relatório denominado International Antitrust, através do qual concluiu pela impossibilidade de uma lei antitruste em nível mundial. Em 1993, um grupo formado por acadêmicos, o Grupo de Munique, elaborou o International Antitrust Code, o qual, segundo o Grupo, deveria ser incluído no GATT. A Comissão da Comunidade Européia reuniu especialistas em 1995 e este trabalho resultou no “Report on Competition Policy in the New Trade Order”, que recomendava um acordo multilateral dentro da OMC e, por sua vez, foi adotado como posição da Comunidade Européia junto à organização.

O trabalho de todas essas organizações e instituições chamou a atenção da Organização Mundial do Comércio para a necessidade de adoção de medidas para combater as práticas anticompetitivas internacionais, em virtude dos efeitos de sua nocividade ao comércio internacional.

### **3.2.2. A OMC e a defesa da concorrência**

---

<sup>36</sup> A OCDE adotou em 1967 a “Recomendação do Conselho referente à cooperação entre os Estados-membros sobre práticas restritivas ao comércio que afetem o comércio internacional”; em 1973 a “Recommendation Concerning a Consultation and Conciliation Procedure on Restrictive Business Practices Affecting International Trade”; em 1976 as “Diretrizes comportamentais para empresas internacionais”; em 1995 foi revisada a recomendação de 1967; e, em 1999, foi apresentado um novo relatório sobre desenvolvimento em âmbito mundial.

A OMC sempre preocupou-se com o a livre concorrência no âmbito do comércio internacional, ainda que indiretamente.<sup>37</sup> No entanto, após a considerável diminuição das barreiras governamentais que obstavam o comércio internacional nos anos 80 e 90, houve um significativo aumento no número de práticas anticompetitivas de efeitos transnacionais e, conseqüentemente, tais práticas passaram a repercutir no comércio internacional, e a serem debatidas na OMC. Prova disso é o número de painéis criados no sistema GATT/OMC referentes a conflitos envolvendo medidas anticoncorrenciais restritivas ao comércio, casos analisados dentro do Artigo XXI do GATT sobre anulação ou prejuízo aos benefícios resultantes das negociações multilaterais<sup>38</sup>.

Assim, em 1996, na Conferência Ministerial de Cingapura, foi criado o Grupo de Trabalho sobre a Interação entre a Política Comercial e a Política da Concorrência, cujos trabalhos devem estar coordenados com o Grupo de Trabalho sobre Comércio e Investimento, com o objetivo de estudar temas que envolvam comércio e concorrência para identificar áreas que mereçam maior consideração por parte da OMC. A importância dos trabalhos do Grupo reside no fato de seus relatórios sintetizarem a posição dos membros da OMC sobre a viabilidade da implementação de um acordo multilateral sobre defesa da concorrência.

Após a apresentação de um relatório sintetizando os trabalhos do Grupo em 1998, o Conselho Geral determinou o prosseguimento dos trabalhos do Grupo até 2000, cujo mandato estabelecia como tópicos para os próximos trabalhos: (i) a relevância dos princípios fundamentais da OMC para a

---

<sup>37</sup> De fato, como observa Vera Thorstensen, no âmbito do GATT/OMC encontramos medidas sobre concorrência. Após o fracasso da implementação da Carta de Havana, muitas vezes o tema foi alvo de discussões, sendo, inclusive, incluído nas negociações nos trabalhos preparatórios da Rodada do Uruguai, ficando excluído da agenda devido à falta de consenso entre os membros sobre o assunto. Porém, em vários acordos da Rodada do Uruguai podemos vislumbrar dispositivos relacionados à concorrência, seja limitando a habilidade dos governos de imporem medidas ao comércio que restrinjam a concorrência, seja limitar práticas empresariais que podem distorcer ou restringir o comércio internacional. Nesse sentido, a autora destaca os seguintes acordos: Propriedade Intelectual, Investimentos, Serviços, Salvaguardas, Empresas Estatais, Barreiras Técnicas, Medidas Sanitárias e Fitosanitárias, Antidumping, Compras Governamentais e Aviação Civil (WTO, Working Group on Trade and Competition, 1997), *op. cit.*, pgs. 330/331.

<sup>38</sup> O artigo XXIII estabelece a possibilidade de análise pelo Órgão de Solução de Controvérsias de casos em que benefícios ou concessão de objetivos do GATT estão sendo prejudicados em função (i) do não cumprimento das obrigações previstas no acordo por uma das partes; (ii) aplicação de medida que conflite ou não com os requisitos do acordo; (iii) existência de outra situação.

política da concorrência; (ii) os modos de promoção para a cooperação entre os membros; (iii) a contribuição da política de concorrência para alcançar os objetivos da OMC. Apesar de suas discussões concentrarem-se sobre aspectos preliminares, muitas têm sido as contribuições do Grupo desde sua criação.<sup>39</sup> Seus relatórios evidenciaram que um acordo sobre defesa da concorrência no âmbito da OMC poderia ser formulado, respeitando suas peculiaridades e princípios básicos da Organização, como os princípios da nação mais favorecida<sup>40</sup>, do tratamento nacional<sup>41</sup> e da transparência<sup>42</sup>.

Com relação às normas a serem adotadas no Acordo sobre Medidas Antitruste Referentes ao Comércio (TRAM's), é consenso que devem se tratar de princípios gerais, pois só assim seriam aplicáveis à totalidade de membros da OMC, tendo em vista o diferente nível de desenvolvimento institucional de suas políticas de defesa da concorrência. Até agora, os trabalhos do Grupo tentaram apenas resumir as principais diretrizes, mas em nenhum momento foram discutidos pontos mais delicados, como atos de concentração envolvendo empresas multinacionais, conceito de cortesia positiva, troca de informações confidenciais ou estratégicas, entre outros<sup>43</sup>.

As discussões no interior do o Grupo de Trabalho sobre a Interação entre a Política Comercial e a Política da Concorrência esbarram em um ponto fundamental: a elaboração do TRAM's não é um tema pacífico entre os membros da OMC, pelos mais diferentes motivos. A oposição é extremamente razoável se considerarmos que o TRAM's representa a atribuição de poderes legislativos e judicantes a uma organização supranacional e, conseqüentemente, perda de soberania dos Estados na área de Direito da Concorrência em uma área tão delicada: a regulação dos mercados. A eficácia e a garantia do cum-

---

<sup>39</sup> No Relatório de 1998, por exemplo, o Grupo constatou que, apesar das diferentes perspectivas entre as políticas de concorrência e as políticas comerciais, há entre elas uma relação de complementaridade, especialmente com relação ao papel das políticas de concorrência na garantia de acesso, de fato, ao mercado e ao papel da liberalização comercial na tarefa de facilitar a remoção das medidas governamentais que facilitavam o comportamento anticompetitivo das empresas. O Relatório de 1999 chamou a atenção para uma série de práticas anticompetitivas que poderiam gerar efeito restritivo ou discriminatório, e que tais práticas não seriam abarcadas pelas normas existentes nos Acordos da OMC.

<sup>40</sup> Pelo princípio na nação mais favorecida proíbe-se o tratamento discriminatório contra um terceiro país.

<sup>41</sup> A aplicação do princípio do tratamento nacional evita a discriminação de empresas estrangeiras face às empresas nacionais.

<sup>42</sup> O princípio da transparência consiste em tornar as regras claras para os Estados membros, evitando problemas como o da informação assimétrica.

<sup>43</sup> Cf. Maria Cecília Andrade, *op. cit.*, pg. 314.

primento das decisões é outra dúvida em relação a um modelo multilateral, pois, para tanto, seria necessária a implementação de um mecanismo de solução de controvérsias. E, sobretudo, questiona-se se seria a OMC o foro adequado para a elaboração de regras internacionais de defesa da concorrência<sup>44</sup>.

Não restam dúvidas de que o comércio internacional não pode existir sem que se observem princípios concorrenciais mínimos e que, portanto, a discussão de normas de defesa da concorrência deve ter lugar permanente na OMC<sup>45</sup>. Assim, as discussões do Grupo irão continuar e, certamente, deverão ser tomadas providências como o incentivo a acordos de cooperação bilaterais e a adoção de princípios comuns nos moldes das recomendações da OCDE, como um primeiro passo para a harmonização das legislações e dos acordos de cooperação<sup>46</sup>. Em seguida, a OMC promoveria um sistema de assistência técnica e cooperação. Finalmente, visando ao aprimoramento e fortalecimento das instituições de seus membros, seria viável e recomendável a adoção do princípio da cortesia positiva, além da adoção de um sistema internacional de solução de controvérsias, para as questões relacionadas à defesa da concorrência.<sup>47</sup>

#### **IV – A posição do Brasil acerca de um sistema internacional de cooperação para a defesa da concorrência**

<sup>44</sup> Segundo Maria Cecília Andrade: “... os EUA relutam em aceitar a OMC para o desempenho de tal tarefa. O ICPAC, apesar de não ter se posicionado contra a utilização da ONU, da OMC, da OCDE ou da UNCTAD como foros de discussão e promoção da política da concorrência no mundo, apresentou como proposta a criação de um novo organismo mundial, Global Competition Initiative ou Iniciativa Global de Concorrência, que teria como objetivo principal desenvolver, em colaboração com os governos e outras instituições internacionais interessadas, assim como iniciativas privadas, organizações não-governamentais, um novo organismo internacional para tratar de temas ligados ao Direito e à Política da Concorrência. Como resultado dos trabalhos desenvolvidos pelos ICPAC, a Federal Trade Commission dos EUA e mais dez representantes de diferentes autoridades de defesa da concorrência no mundo anunciaram em Washington, em 25.10.2001, a chamada International Competition Network (ICN) ou Rede Internacional de Concorrência, que tem como objetivo ‘to reach a consensus on proposals for procedural and substantive convergence in anti-trust enforcement’”, *op. cit.*, pg. 316.

<sup>45</sup> A OMC é uma das organizações internacionais mais respeitadas, por legislar e atuar em de acordo com as necessidades do comércio internacional, e, sobretudo, em função da eficácia de seu órgão de solução de controvérsias.

<sup>46</sup> Discute-se a possibilidade de ser criado um sistema de regras e princípios com diferentes graduações, dependendo do grau de desenvolvimento e do tipo de relação estabelecido entre os países que celebraram ou desejassem celebrar um acordo de cooperação bilateral.

<sup>47</sup> Cf. Maria Cecília Andrade, *op. cit.*, pgs. 317/318.

O Brasil frequentemente tem sido vítima de fusões e aquisições entre empresas multinacionais realizadas fora do território nacional que geram efeitos em nosso país, da mesma forma que atos de concentração realizados no Brasil acabam produzindo efeitos no exterior. Mesmo havendo a possibilidade de aplicação extraterritorial das leis antitruste brasileiras por previsão da Lei 1.884/94<sup>48</sup>, esta pode vir a causar conflitos de jurisdição, o que fez com que o Brasil procurasse celebrar acordos de cooperação bilateral com alguns de seus parceiros comerciais, como Argentina (1996), Estados Unidos (1999) e Portugal (1999).

No relatório anual de 1998/1999, o CADE manifestou-se pela adoção de uma postura mais conservadora do Brasil na OMC, por entender que a adoção de um sistema internacional de defesa da concorrência seria prematura em face do diferente nível de desenvolvimento institucional de seus membros<sup>49</sup>. Todavia, de modo geral, o Brasil concorda com a discussão de regras da concorrência na OMC, como se verifica nas manifestações apresentadas à Organização<sup>50</sup>. Tais manifestações demonstram, ainda, a preocupação brasileira com hard core cartels e com operações de concentração entre empresas transnacionais, e a intenção de intensificar a cooperação técnica entre as autoridades de defesa da concorrência. É interessante salientar que, nas discussões ocorridas na OMC em 2000 e 2001, o Brasil não apresentou manifestações escritas, tecendo apenas comentários orais sobre a importância do desenvolvimento da cooperação técnica.<sup>51</sup>

É muito importante que o Brasil se prepare tecnicamente para discutir na OMC um sistema multilateral de defesa da concorrência e garantir a reciprocidade de benefícios entre os países, a prevalência de um modelo favorável aos países em desenvolvimento e, eventualmente, contrapartidas. Vale dizer, ainda, que o fortalecimento do Mercosul dará mais força ao Brasil e aos outros países membros nas discussões sobre concorrência na OMC.

## V – Conclusão

A cooperação internacional surgiu como uma resposta aos problemas que se colocavam com a aplicação extraterritorial das leis antitruste, possibilitando uma maior segurança jurídica em relação à efetividade das decisões. O que se verifica é que existem duas formas de cooperação (bilateral e regional), que coexistem e que devem coexistir também com um terceiro mo-

---

<sup>48</sup> Com relação a aplicação extraterritorial das leis antitruste brasileiras, ver item II desse trabalho.

<sup>49</sup> Apud Maria Cecília Andrade, *op. cit.*, pg. 322.

<sup>50</sup> WT/WGTCP/W/100 e WT/WGTCP/4.

<sup>51</sup> Cf. Maria Cecília Andrade, *op. cit.*, pgs 319.

delo de cooperação, que viria de encontro aos objetivos não alcançados pela cooperação bilateral e regional: o sistema multilateral.

Gesner Oliveira sintetizou a importância da implementação de um sistema global de defesa da concorrência para a economia internacional: “A iniciativa multilateral de promover a defesa da concorrência em todas as economias nacionais viria ao encontro do interesse público em cada jurisdição individual, reforçando os ganhos para a economia mundial de maior estímulo ao comércio e ao investimento”<sup>52</sup>. A Organização Mundial do Comércio tem sido apontada como o foro mais adequado para a discussão dessas questões, e a criação do Grupo de Trabalho sobre a Interação entre a Política Comercial e a Política da Concorrência revela a preocupação da OMC com livre concorrência no cenário do comércio internacional. Apesar dos trabalhos do Grupo atualmente ainda estarem centralizados na discussão de princípios e regras básicos para a defesa da concorrência em âmbito internacional, é muito provável que esses debates evoluam para a adoção de um Acordo sobre Medidas Antitruste Referentes ao Comércio (TRAM’s).

Como mencionado anteriormente, há uma resistência muito grande não apenas em se aceitar a promulgação de regras multilaterais antitruste, bem em conferir à OMC, uma organização cujo enfoque é a regulação do comércio internacional, o papel de elaborá-las. Além da discussão sobre concorrência na OMC representar perda de soberania dos Estados membros em relação a políticas de defesa da concorrência, um dos motivos mais expressivos para tal resistência está no fato de um Acordo da OMC significar a adoção de normas homogêneas, aplicáveis a Estados com diferentes níveis de desenvolvimento institucional, cujas legislações de defesa da concorrência têm escopos diversos, além da submissão de questões polêmicas ao Órgão de Solução de Controvérsias da Organização.

Um eventual Acordo no âmbito da OMC deverá se limitar a estabelecer princípios gerais para a atuação dos órgãos nacionais de defesa da concorrência, especialmente no que se refere a combate de cartéis transnacionais. Assim, a participação de todos membros da OMC é fundamental para que o TRAM’s contemple um sistema de cooperação multilateral favorável tanto aos países desenvolvidos, quanto aos países em desenvolvimento, como o Brasil.

Com exceção da Índia<sup>53</sup>, os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos não têm efetivamente participado das discussões do Grupo de

---

<sup>52</sup> “Defesa da Livre Concorrência no Brasil: Tendências Recentes e Desafios à Frente”, in *Perspectivas Eletrônicas – Revista Eletrônica da USIA*, pg. 56.

<sup>53</sup> A Índia, assim como o Egito, o Paquistão e a ASEAN, são contrários à adoção de um acordo multilateral sobre defesa da concorrência na OMC.

Trabalho sobre a Interação entre a Política Comercial e a Política da Concorrência. Tal postura é inadmissível, tendo em vista a relevância do tema concorrência para as economias nacionais e para a economia mundial. Mesmo aqueles que consideram ser a adoção de um acordo prematura, em função da disparidade existente entre as economias e as instituições dos países membros da OMC, devem se manifestar, pois é muito provável que esse tema seja alvo de troca de concessões entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Em todo caso, uma decisão do Grupo de Trabalho sobre a Interação entre a Política Comercial e a Política da Concorrência terá de ser formalmente tomada em setembro de 2003, na conferência ministerial da OMC em Cancun, no México. Dessa forma, tudo indica que, ainda por algum tempo, deveremos contar apenas com acordos de cooperação bilateral e regional, e com a boa vontade dos países em cooperar com a troca de informações sobre atos de concentração e cartéis nocivos internacionalmente.

## VI – Bibliografia

ACCIOLY, Elizabeth, Mercosul e União Européia – Estrutura jurídico-institucional, 2ª Edição, Juruá, Curitiba, 2001.

ALMEIDA, José Gabriel Assis de, “A Atuação do CADE no Brasil frente ao Processo de Globalização”, in Boletim Latino Americano de Concorrência, nº 7, jul. 1999.

\_\_\_\_\_ “Aplicação ‘Extraterritorial’ do Direito da Concorrência Brasileiro”, in Revista do IBRAC, vol. 8, nº 3, 2001.

ANDRADE, Maria Cecília, “Concorrência”, in O Brasil e a OMC, 2ª Edição, Curitiba, Juruá, 2002.

▪ \_\_\_\_\_ Controle de Concentrações de Empresas, São Paulo, Singular, 2002.

▪ \_\_\_\_\_ “Sobre a Cooperação em Matéria de Concorrência entre a União Européia e o Mercosul”, in Revista do IBRAC, vol. 8, nº 3, 2001.

▪ BALZAROTTI, Nora, “Política de Competencia Internacional: Cooperación, Armonización y Experiencia”, in Boletim Latino Americano de Concorrência, nº 10, jun. 2000.

▪ CELLI JUNIOR, Umberto, Regras da Concorrência no Direito Internacional Moderno, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

- COMUNICADO DO PANAMÁ SOBRE AS POLÍTICAS ANTITRUSTE E DE CONCORRÊNCIA, in Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA, vol. 4 n°1, 1999, disponível em <http://usinfo.state.gov/journals>.
- CORREA, Carlos M., “Competition Law and Development Policies”, in Boletim Latino Americano de Concorrência, n° 8, set/1999.
- DIERIEX, Greta Spota, “Reflexiones en Torno a las Posibilidades de Cooperación Internacional em Materia de Competência”, in Boletim Latino Americano de Concorrência, n° 5, nov/1998.
- ENTREVISTA COM JOEL KLEIN: “Expansão da Cooperação Internacional Contra o Comportamento Anticompetitivo”, in Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA, vol. 4 n°1, fev/1999, disponível em <http://usinfo.state.gov/journals>.
- GRAHAM, Edward M., “Uma Estrada entre os Estados Unidos e a Europa que Leva à Multilateralidade na Política da Concorrência Internacional”, in Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA, vol. 4 n°1., fev/1999, disponível em <http://usinfo.state.gov/journals>.
- KEMMELMEIR, Carolina S., “Defesa da Concorrência: Práticas Transnacionais e Cooperação no âmbito do Mercosul e ALCA”, in Revista do IBRAC, vol. 9 n° 1, 2002.
- MAGALHÃES, José Carlos, “As Leis da Concorrência e a Globalização”, in Avances del Derecho Internacional Privado em América Latina, Montevideu, Fundación de Cultura Universitária, 2002.
- OCDE, Trade and Competition Policies – Options for a greater coherence, Paris, 2001.
- OLIVEIRA, Gesner, Concorrência – Panorama no Brasil e no Mundo, São Paulo, Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_ “Globalização da Defesa da Concorrência?”, in Folha de S. Paulo, 08/07/2000, disponível em <http://www.folha.uol.com.br/folha>.
- \_\_\_\_\_ “O Caso Microsoft e o Brasil”, in Folha de S. Paulo, 10/06/2000, disponível em <http://www.folha.uol.com.br/folha>.
- \_\_\_\_\_ “Defesa da Concorrência Global”, in Boletim Latino Americano de Concorrência, n° 11, dez/2000.
- \_\_\_\_\_ “Aspects of Competition Policy in Mercosur”, in Boletim Latino Americano de Concorrência, n° 11, dez/2000.
- \_\_\_\_\_ “Defesa da Livre Concorrência no Brasil: Tendências Recentes e Desafios à Frente”, in Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA, disponível em <http://usinfo.state.gov/journals>.

- RODAS, João Grandino, “Brasil Submetido à Jurisdição dos Estados Unidos?”, in Correio Braziliense, disponível em <http://www.correioweb.com.br>.
- SAMPAIO, Onofre C. A., “Globalização e Política de Concorrência”, in Q Estado de São Paulo, 11/06/2002, disponível em <http://www.estado.com.br>.
- STERN, Paula, “Trabalhando para Estabelecer uma Nova Política de Americana de Concorrência no que se Refere ao Comércio Internacional”, in Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA, vol. 4, nº 1, 1999, disponível em <http://usinfo.state.gov/journals>.
- THE COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, Case nº COMP/M.2220 – General Electric/Honeywell, Journal of the European Community, 2001.
- THORSTENSEN, Vera, OMC – Organização Mundial do Comércio: As Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais, São Paulo, Aduaneiras, 2001.
- TRITELL, Randolph, “Aplicação das Leis Antitruste Americanas à Conduta de Outros Países: Fatos Recentes”, in Perspectivas Eletrônicas - Revista Eletrônica da USIA, vol 4 nº 1, 1999, disponível em <http://usinfo.state.gov/journals>.
- UNCTAD, Experiences Gained so far on International Cooperation on Competition Policy Issues and the Mechanisms Used, Geneve, 2002.
- VAZ, Isabel, “Legislação de Defesa da Concorrência e Extraterritorialidade”, in Revista do IBRAC vol. 4 nº 6, 1997.
- \_\_\_\_\_ Direito Econômico da Concorrência, 1ª Edição, Rio de Janeiro, Forense, 1993.



## **A DIFERENCIAÇÃO DE TARIFAS NOS SERVIÇOS PÚBLICOS E A POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA**

*Daniela Ramos Marques*

### **Introdução**

O presente texto tem como objetivo um breve estudo sobre uma das implicações decorrente de um eventual conflito entre regulação e concorrência. Mais especificamente, pretendemos analisar se a diferenciação de tarifas em serviços públicos poderia caracterizar uma infração à Ordem Econômica e, em caso positivo, qual seria a forma encontrada para se adequar a regulação às regras concorrenciais.

Para iniciar o trabalho caberá uma breve análise da Ordem Econômica Brasileira sob a luz da Constituição Federal de 1988. Após, estudaremos separadamente aspectos regulatórios e concorrenciais para, na seqüência, analisarmos mais detidamente o conflito de competências entre regulação e concorrência e as possíveis formas de solucionar esses conflitos, principalmente através da contribuição do direito norte-americano. Passaremos então à análise da possibilidade da diferenciação tarifária acabar por caracterizar discriminação sob o ponto de vista da legislação concorrencial.

Finalmente, tentaremos esclarecer de que forma seria possível adequar as regras regulatórias às regras concorrenciais caso a diferenciação tarifária caracterizasse discriminação.

### **Os Princípios da Ordem Econômica e a Constituição Federal de 1988**

A Constituição Federal de 1988 em seu “Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira” consagra diversas princípios e regras a serem observados, dentre eles a livre concorrência e a prestação de serviços públicos. Ocorre que, ao serem aplicados em nossa realidade, tais regras e princípios podem eventualmente colidir por possuírem objetivos antagônicos. Decorre daí uma certa perplexidade com relação ao conflito já que, usualmente, partimos do pressuposto de que as regras e princípios constitucionais constituem um corpo harmônico. Surge então a necessidade de entender o conflito e solucioná-lo.

O mestre José Joaquim Gomes Canotilho<sup>1</sup> ensina que, apesar da Constituição possuir uma “função estabilizante e integradora”, isso não implica necessariamente a não existência de conflitos e antagonismos dentro dela. Isso ocorre porque a realidade que deu origem à Constituição é antagonica e possui diversos conflitos, nas suas palavras:

*“A unidade é uma tarefa conexcionada com a ideia de compromisso e tensão inerente a uma lei fundamental, criada por forças político-sociais, plurais e antagônicas. Daí que a constituição, ao aspirar transformar-se em projecto normativo do Estado e da sociedade, aceite as contradições dessa mesma realidade. Esta radical conflitualidade ou permanência de contradições não exclui ou não tem de excluir uma intenção de justiça e verdade na proposta normativo-constitucional.”*

Ao analisar a Ordem Econômica na Constituição de 1988 o professor Eros Roberto Grau<sup>2</sup> ressalta o caráter dinâmico das regras e princípios, pois, segundo o autor, “a Constituição é um dinamismo”.

Acrescenta ainda que o nosso modelo econômico está inacabado e é por essa razão que nossa ordem econômica é aberta; ou seja, a realidade não é estática, e não haveria razão para nossa Constituição assim o ser<sup>3</sup>. Dessa forma, a partir das regras e princípios genéricos contidos na Constituição há um amplo campo para interpretação e aplicação das regras aos casos concretos a ser enfrentada pelo legislador ordinário e pelos operadores do direito em geral.

Corroborando o mesmo entendimento, Celso Ribeiro Bastos<sup>4</sup> afirma que o nosso sistema econômico é bastante complexo, com a consagração da livre iniciativa e, ao mesmo tempo, estabelecendo a ingerência do Estado em setores específicos, devido a preocupação com outros objetivos que não apenas a livre circulação de bens e mercadorias.

---

<sup>1</sup> Direito Constitucional, Coimbra: Livraria Almedina, 5ª ed., 1992, p. 83

<sup>2</sup> A Ordem Econômica na Constituição de 1988, São Paulo: Malheiros Editores, 5ª ed, 2000, p. 314

<sup>3</sup> Para justificar sua teoria o autor cita o entendimento de von Ihering sobre a matéria: “Diz Von Ihering (O espírito do Direito Romano, v. III, trad. de Rafael Benaion, Alba Editora, Rio, 1943, p. 17): ‘ Não é, pois, o conteúdo abstrato das leis, nem a justiça escrita no papel, nem a moralidade das palavras, que decidem o valor dum direito; a sua realização objetiva na vida, a energia, por meio da qual o que é conhecido e proclamado, como necessário, se atinge e executa – eis o que consagra ao direito o seu verdadeiro valor.’” Eros Roberto Grau, ob. cit., p. 186.

<sup>4</sup> Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Celso Bastos Editora, 1ª ed., 2002, p. 732.

Assim, não há como se negar que ao consagrar diversos princípios, os quais, por sua vez, têm em vista vários objetivos a serem alcançados pela sociedade, é inevitável que acabem ocorrendo conflitos, como é o caso dos conflitos decorrentes da atividade regulatória vs. regras concorrenciais. Cabe então ao legislador ordinário e aos operadores do direito interpretar e adequar essas regras e princípios sem deixar de levar em consideração que devem conformá-los ao dinamismo da nossa realidade para alcançar o desenvolvimento da nossa sociedade, objetivo consagrado no Preâmbulo da nossa Constituição<sup>5</sup>.

## A Regulação

De acordo com Hely Lopes Meirelles<sup>6</sup>, “Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.”<sup>7</sup>

No momento em que o Estado opta por uma política de transferência da execução desses serviços ao setor privado, considerando o seu caráter de essencialidade, fica reservado ao agente público a regulamentação, o controle e a fiscalização, através das Agências Regulatórias (“Agências”) criadas para esse fim.

---

<sup>5</sup> “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida na ordem interna e internacional, com a solução pacífica de controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” (grifo nosso)

<sup>6</sup> Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros Editores, 24ª ed., 1990, p. 297

<sup>7</sup> Faz-se necessária aqui um observação acerca do conceito de serviço público no direito brasileiro, dividindo-se a doutrina basicamente entre formalistas, dentre eles Hely Lopes Meirelles, e materialistas como Celso Antônio Bandeira de Mello que define serviço público como “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comunidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definidos como próprios no sistema normativo”. Apesar das diferenças, ambas as correntes reconhecem a essencialidade e o caráter diferenciado dessa espécie de serviços.

Nos Estados Unidos da América, onde a experiência regulatória é mais antiga, a maior preocupação, a princípio, era a regulação de monopólios. Não havia a preocupação em desfazê-los ou criar ambiente propício à concorrência mas, tão somente, disciplinar os monopólios, pois acreditavam que a concorrência seria impossível e que o interesse público deveria ser protegido.

A partir dos anos 80, esse entendimento é modificado e passa a haver uma preocupação das Agências em chegar à desregulação (caso das telecomunicações) ou criar condições propícias para o desenvolvimento da concorrência.

No Brasil, a experiência regulatória é bastante recente, uma vez que o Estado concentrava a prestação de serviços públicos nas suas empresas. É a partir da década de 90, com a privatização nos setores de telecomunicações, energia e petróleo e a criação das respectivas agências (ANATEL, ANEEL e ANP) que passa a se desenvolver a regulação.

Os artigos 174 e 175 da Constituição Federal de 1988 determinam que:

“Art. 174: Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

(...)

Art. 175: Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo Único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

(...)

III – a política tarifária.” (grifo nosso)

Dessa forma, está expresso o papel do Estado na regulação dos serviços públicos e, mais especificamente, no estabelecimento da política tarifária.

ria. Ao comentar o artigo 175 José Cretella Júnior<sup>8</sup> define os principais elementos da tarifa e sua relevância no âmbito da regulação ao garantir amplo acesso aos usuários:

“Na tarifa há elementos essenciais, que devem estar presentes, caracterizando-a, e que ausentes, lhe desnaturam a essência.

Por sua importância, estão incluídas entre estas a igualdade, a certeza e a equidade.

A igualdade do quanto que cada usuário pagará fundamenta-se no pressuposto jurídico da igualdade impositiva e seu corolário prático, a uniformidade. A certeza dá estabilidade ao instituto, devendo para isso revestir-se de publicidade e da autorização legal. Mediante lei ou regulamento delegado procede-se à fixação das tarifas. A equidade de sua determinação é, enfim, o terceiro elemento da tarifa, incluindo-se aqui, a conveniência, a oportunidade, a razoabilidade, a justiça e a modicidade da remuneração devida pelo usuário.”

No entanto, apesar de caber às Agências a regulação das tarifas, mantendo o controle estatal inerente à relevância do serviço prestado, esse poder é limitado à sua finalidade. Francisco Campos<sup>9</sup> ao analisar o poder regulamentar já entendia que:

“A lei condiciona estritamente a produção administrativa de preceitos ou de regras de caráter jurídico, limitada a sua atividade, no que toca às medidas regulamentares destinadas à execução da lei, a tão somente editar aqueles preceitos e as regras legais, mediante dispositivos que, por serem de caráter meramente administrativo, o legislador deixou e podia deixar à prudente discricão do administrador.”

Dessa forma, claro está que o Estado, através das Agências, possui competência, fundada na Constituição Federal de 1988, para a determinação de políticas tarifárias. No entanto, esse poder regulador deve sempre estar inserido dentro de uma “moldura legal” respeitando-se, assim, os princípios contidos nessas normas e a sua finalidade que é a proteção dos usuários de serviços públicos.

## **A Concorrência**

---

<sup>8</sup> Comentários à Constituição de 1988, vol. VIII, São Paulo: Forense Universitária, 1ª ed., 1993, p. 4135.

<sup>9</sup> Lei e Regulamento, in Revista Forense, mar/abr., 1953, p. 71 apud in Pedro Dutra, O Poder Regulamentar dos Órgãos Reguladores, in Revista do Ibrac, p. 9.

Ao discorrer sobre o conceito de Constituição Econômica, o professor Calixto Salomão Filho<sup>10</sup> explica que:

“...todo agrupamento social, por mais simples que seja, organizado ou não sob a forma de Estado, que queira ter como fundamento básico da organização econômica a economia de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das relações econômicas.”

A natureza das normas concorrenciais está exatamente nas regras contidas nas Constituições Econômicas. Primeiramente, essas normas visavam assegurar a proteção dos consumidores contra o monopólios e oligopólios, pois o poder econômico era visto como um mal em si mesmo. Mais tarde, porém, com a noção de eficiência<sup>11</sup> passou a ser admitida a existência de monopólios ou de restrições à concorrência.

No Brasil a concentração econômica foi a regra durante um longo período, somente a partir da década de 90 com a abertura ao capital estrangeiro e com as privatizações passa então a existir uma maior preocupação com o direito antitruste.

A Constituição Federal de 1988 consolida a necessidade de proteção das relações econômicas ao dispor que:

“Art. 170: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;”

Art. 173: (...)

§ 4º: A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

---

<sup>10</sup> Direito Concorrencial – as estruturas, São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 1998, p. 15

<sup>11</sup> “A eficiência é o princípio fundamental do direito antitruste na teoria neoclássica. Para os neoclássicos mais exaltados, mais do que um dos elementos a eficiência é o fator central a definir ou não a licitude de um poder de mercado.” Calixto Salomão Filho, ob. cit. nota 10, p. 167. Ainda de acordo com a Portaria nº 39 de 29.06.1999 da Secretaria de Acompanhamento Econômico, as eficiências ou benefícios do ato correspondem a “incrementos do bem-estar econômico gerados pelo ato de concentração que não podem ser gerados de outra forma (eficiências específicas da concentração).”

Assim, é dado ao Estado poder para interferir na atividade econômica através do direito da concorrência empresarial, fundamentado em Princípios da Ordem Econômica quais sejam, a defesa do consumidor e a livre concorrência.

### **Conflito de Competências : Regulação vs. Concorrência**

Tanto os princípios que fundamentam a regulação quanto a concorrência estão contidos na Constituição Federal de 1988. Ocorre que, atualmente, com transformação ocorrida nos serviços públicos, há dificuldades em se estabelecer uma nova estrutura que compatibilize todos esses princípios. O professor Carlos Ari Sundfeld<sup>12</sup> expôs de maneira clara esse conflito:

“O Poder Executivo é que define a estrutura de mercado para a introdução da competição e nós temos uma agência reguladora que está lá para fazer a realidade a esta norma e ela vem procurando fazer com as dificuldades que evidentemente existem; e ao lado disso nós temos as agências da concorrência e que evidentemente têm que cumprir um papel em todos os momentos dessa imensa evolução, em todos os momentos.”

Em estudo sobre as relações entre regulação e concorrência, Gesner de Oliveira<sup>13</sup> utilizou o seguinte quadro, adaptado de estudo realizado pela OCDE, para comparar as principais características e objetivos da regulação e da concorrência:

Agências	Política de concorrência	Regulação Tradicional
Dimensões		

<sup>12</sup> Debate sobre Sistema Brasileiro de Concorrência e Regulação – Política Industrial e Política da Concorrência – Agências Regulatórias e Política de Defesa da Concorrência CADE, SDE e SEAE – Competências e Atribuições in Revista do IBRAC.

<sup>13</sup> Concorrência – panorama no Brasil e no mundo, São Paulo: Editora Saraiva, 1ª ed., 2001, p. 61.

Objetivos	mais restritiva: eficiência alocati- va	mais abrangente: universalização de serviços, integração regional e meio ambiente
Método	utilização de me- canismos de mer- cado	substituição de mecanismos de mercado
“Timing” e frequência de intervenção	ex-post	ex-ante
Tipos de reco- mendação	medidas estrutu- rais	medidas comportamentais

Fonte: adaptado de OCDE, 1998.

Mais adiante, Gesner de Oliveira explica que, a despeito das diferentes características entre os objetivos da regulação e os das regras concorrenciais, a tendência é de que sejam cada vez mais desenvolvidos mecanismos de convergência entre ambos. Um exemplo disso está na análise dos atos relacionados ao Sistema Financeiro Nacional; após um período de controvérsia e “embate” entre Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) a respeito da competência para análise e aprovação de atos nesse setor, neste momento ambas as instituições estão trabalhando juntas para estabelecer um convênio para apreciação dos atos, cabendo a cada órgão a análise do ato sob o seu prisma.

Ao estudar caso específico da distribuição de gás natural, Floriano de Azevedo Marques Neto<sup>14</sup> alerta para duas ordens de desafios:

“Primeiro descontaminar a cadeia produtiva da atividade econômica para tornar efetiva a competição. Segundo, dotar o segmento específico de mecanismos regulatórios aptos a permitir que, inobstante o regime de competição, seja assegurado que a atividade siga sendo oferecida aos consumidores e usuários. Ou seja, a superação do monopólio sempre envolverá uma forte calibração entre medidas pró-competição e medidas de preservação da estrutura de produção anterior...” (grifo nosso)

No mesmo estudo o professor tece considerações em relação à estrutura tarifária citando o estudo de Luiza Rangel de Moraes<sup>15</sup>:

<sup>14</sup> “Universalização de Serviços Públicos e Competição: O Caso da Distribuição do Gás Natural”, in Revista do IBRAC.

<sup>15</sup> “A Reestruturação dos Setores de Infra-Estrutura e a Definição dos Marcos Regulatórios” in Fernando Rezende e Tomás Bruginski de Paula – “Infra Estrutura – pers-

*“Dentro dessa premissa básica, de desenvolvimento auto-sustentado, a estrutura tarifária deve ser concebida com vistas à definição de modelos para cada setor específico, de forma a estabelecer um ritmo para que os programas de investimentos, ampliação e modernização acompanhe, o fluxo das receitas, adotando a fórmula de subsídios apenas excepcionalmente.”*

Constata-se que o processo de desestatização trouxe consigo a necessidade de articulação entre regulação setorial e a defesa da concorrência, visando a harmonia dos princípios constitucionais protegidos por essas duas espécies de regras. Porém, no caso específico das tarifas há ainda a preocupação de garantir o acesso dos usuários dos serviços públicos e permitir que o valor pago permita investimentos para sua expansão.

Ademais, muitas vezes existe ainda a necessidade de aplicar tarifas diferenciadas com o objetivo de redistribuição, ou seja, o pagamento de tarifas maiores por determinados usuários para garantir que possam ser cobradas tarifas menores dos usuários que, de outra forma, não conseguiriam ter acesso ao serviço público. Esses objetivos a serem alcançados por regras regulatórias tornam ainda mais difícil a aplicação das regras concorrenciais, decorrendo daí inevitavelmente um conflito entre regras.

A Contribuição da Doutrina da Norte-Americana – As Teorias da Ação Política (“State Action Doctrine”) e do Poder Amplo (“Pervasive Power Doctrine”)

Conforme mencionado no item acima, a interação entre princípios jurídicos e econômicos acaba por gerar um conflito entre as regras expedidas pelas Agências e as regras concorrenciais, devido aos seus objetivos diversos.

Especificamente no caso do controle de condutas (como na hipótese de discriminação decorrente de diferenciação tarifária), cabe verificar se a conduta permitida e/ou incentivada por um regulamento é legítima ou legal, ainda que implique violação de regras concorrenciais.

A Lei 8884 de 11.06.1994 (“Lei 8884”) traz as seguintes previsões bastante abrangentes a respeito de sua competência, o que torna difícil excluir a aplicação de suas regras:

Art. 7º. Compete ao Plenário do CADE:

(...)

II – decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei;

---

pectivas e reorganização”, apud in “Universalização de Serviços Públicos e Competição: O Caso da Distribuição do Gás Natural”, in Revista do IBRAC.

(...)

X – requisitar dos órgãos do Poder Executivo Federal e solicitar das autoridades dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as medidas necessárias ao cumprimento desta Lei.

(...)

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

A doutrina norte-americana nos apresenta duas teorias para solução dessa espécie de conflitos: a Teoria da Ação Política e a Teoria do Poder Amplo. Essas doutrinas são resultado de conflitos entre regras concorrenciais e regulação setorial ocorridos nos Estados Unidos da América. Calixto Salomão Júnior<sup>16</sup> em texto sobre regulação da atividade econômica discorreu a respeito das duas teorias e suas diferentes origens e aplicações.

A Teoria da Ação Política teve sua origem no conflito decorrente da autonomia de regulamentação estadual face a legislação antitruste<sup>17</sup>. De acordo com a teoria há dois critérios para aferir se há imunidade à aplicação do direito antitruste em relação à uma norma de regulação setorial:

“(i) Regulamentação expedida em consequência de uma política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação; e

(ii) Supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações impostas pela regulação.”

A lei deve determinar expressamente que a regulação deve substituir o sistema de concorrência ou então deve outorgar ao titular do poder regulamentar poderes para influir em variáveis fundamentais da orientação da vida empresa (e.g., preço e quantidade produzida), o que permite presumir a existência de intenção de substituição. De acordo com a legislação brasileira, o único caso em que se afastaria a aplicação da concorrência, portanto, seria no regime de concessões e permissões, incluindo a determinação de tarifas. No entanto, essa atividade deveria ser fiscalizada a todo tempo para que se constatasse se os seus objetivos estariam sendo alcançados ou não.

---

<sup>16</sup> Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos), São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 2001, p. 136 a 153.

<sup>17</sup> De acordo com o professor Calixto Salomão Júnior a melhor e mais recente formulação da Teoria da Ação Política está na decisão da Suprema Corte Americana no caso California Retail Liquor Dealers Association vs. Midcal Aluminum Inc.(1980)

A Teoria do Poder Amplo<sup>18</sup>, por sua vez, tem sua origem no conflito de competências entre regras concorrência e regulação no âmbito das agências governamentais federais norte-americanas. De acordo com Calixto Salomão Filho o raciocínio é bastante semelhante ao aplicado na doutrina da ação política. Em apenas duas hipóteses seria possível afastar a aplicação do direito antitruste, através da análise da competência dos órgãos envolvidos:

(i) no caso do poder do órgão regulatório ser extenso o suficiente para afastar qualquer outra competência (hipótese de expressa substituição das regras concorrenciais, mesmo raciocínio aplicado à Teoria da Ação Política); ou

(ii) no caso em que, apesar do órgão não possuir poder extenso o suficiente para afastar a aplicação do direito concorrencial, esse poder é profundo o bastante para aplicá-lo (assim, infere-se que o órgão regulatório já aplicou regras concorrenciais na elaboração de suas regras).

O professor ressalta que, no caso da Agência possuir competência para aplicação do direito antitruste, mas não aplicá-lo na elaboração de suas regras, estas poderiam ser consideradas ilegais porque o poder, apesar de profundo, não foi exercido devidamente.<sup>19</sup>

No caso de ser constatado o desrespeito às regras concorrenciais nos setores regulados brasileiros e, mais especificamente, com relação aos atos normativos e fiscalizadores das agências brasileiras, Calixto Salomão Filho entende que estes não podem ser discutidos pelos órgãos da concorrência, mas sim, deverão ser revistos pelo poder judiciário, por meio de ação direta de inconstitucionalidade.

Mesmo entendimento expressou Ana Maria de Oliveira Nusdeo<sup>20</sup> ao analisar a possibilidade de revisão de normas expedidas pelas agências reguladoras pelos órgãos concorrenciais. De acordo com a autora a legislação brasileira não confere ao CADE essa competência, mas permite que como autarquia o

---

<sup>18</sup> Já com relação à Teoria do Poder Amplo a melhor definição, segundo Calixto Salomão Júnior, foi dada pela Suprema Corte Americana em *United States vs. National Association of Securities Dealers, Inc.* (1975)

<sup>19</sup> Neste ponto vale ressaltarmos o posicionamento de Floriano de Azevedo Marques. Entende o autor que a doutrina norte-americana, baseada na casuística, não se aplica no direito nacional pois no sistema brasileiro “a articulação entre os órgãos de regulação geral e setorial deve ser buscada na lei” (Regulação Setorial e Autoridade Antitruste – A Importância da Independência do Regulador in *Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro*, São Paulo: Max Limonad, 1ª ed., p. 105)

<sup>20</sup> *A Regulação e o Direito da Concorrência – Agências Reguladoras e Concorrência in Direito Administrativo Econômico*, São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 2000, p. 184 e 185.

CADE ingresse em juízo para “defender as condições de desempenho das funções a ele atribuídas na lei de sua instituição e na legislação em geral”. No entanto, essa seria uma possibilidade remota dispensada às hipóteses em que não foi possível estabelecer outros mecanismos para harmonização das regras.

A jurisprudência do CADE sobre conflitos entre regras de regulação e concorrência e a possibilidade de aplicação da doutrina norte-americana é bastante restrita. Na decisão proferida no julgamento do Processo Administrativo<sup>21</sup> nº 08000.002605/97-52, de 20.01.1999, ocorreu manifestação a respeito dessa hipótese.

Referido processo versava sobre a regulamentação do serviço de transporte coletivo na Região Metropolitana de Belo Horizonte, onde a AMBEL (Assembléia Metropolitana da Região Metropolitana de Belo Horizonte) era o órgão estadual encarregado de estabelecer diretrizes de política tarifária. Apesar da regulamentação seguir política claramente expressa e definida de substituição da competição pela regulamentação e dispor de supervisão ativa e constante, entendeu o Conselheiro Relator Marcelo Calliari que:

“Diante desse quadro, a jurisprudência atual do CADE é no sentido de que existe uma competência residual da agência da concorrência, sempre que o regulamento é inexistente ou falho e/ou a autoridade fiscalizadora se revele inerte ou relapsa na supervisão e aplicação (enforcement) do regulamento. ...A atuação dos órgãos da concorrência tem um duplo propósito: punir os agentes que eventualmente, se beneficiando do caos regulamentar, se vejam envolvidos em práticas restritivas de concorrência e pressionar o órgão regulador para adotar as medidas adequadas a fim de sanar os vícios da regulamentação.” (grifo nosso)

Mais adiante o Conselheiro Relator expressou entendimento no sentido de que, ainda que haja expressa substituição de concorrência pela regulação o CADE poderia atuar:

“É importante, porém, deixar claro que a aplicação da State Action Doctrine no Brasil deve respeitar especificidades do nosso ordenamento jurídico. Assim, mesmo quando exista regulamentação de Estados ou Municípios sobre serviço público, ou mesmo da União, pode o órgão de defesa da concorrência, em face de competência própria, atuar. Essa competência deriva, em primeiro lugar da própria Constituição Federal, que erigiu a livre concorrência como princípio da Ordem Econômica. Em segundo lugar, pode o CADE atuar em questões que envolvem regulamentação estatal, devido a expresso dispositivo da Lei 8.884/94 (art. 7º).” (grifo nosso)

---

<sup>21</sup> D.O.U. de 31 de março de 1999.

O Conselheiro Relator ainda deixa claro no mesmo voto o entendimento com relação às empresas privadas sujeitas ao regime regulatório, ao explicar que não faria sentido puni-las por cumprirem a regulação expedida por autoridade competente.

Dessa forma, ainda que haja previsão expressa de substituição de competição pela regulação, especificamente no que concerne à diferenciação de tarifas, caso não haja qualquer fundamento para a diferenciação estaria caracterizado um regulamento falho. Nesse caso, seria possível a atuação do órgão concorrencial, uma vez que, ainda que exista competência expressa das Agências não se poderia afastar a aplicação dos dispositivos da Lei 8884.<sup>22</sup>

### **A Diferenciação de Tarifas**

Após discussão acerca da competência do CADE para interferir no setor regulatório, cabem breves considerações sobre a diferenciação de tarifas e a possibilidade de enquadrá-la em uma das hipóteses de infração à Ordem Econômica previstas na Lei 8884.

Dispõem os artigos 20 e 21 da Lei 8884 que:

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

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

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

---

<sup>22</sup> Cumpre mencionarmos aqui o entendimento do professor Calixto Salomão Filho consignado em seu livro *Regulação da Atividade Econômica* de que os atos fiscalizatórios ou normativos de agências (autarquias) não podem ser objeto de discussão nos órgãos concorrenciais (como seria o caso das tarifas da CSPE determinadas via portarias), nas palavras do professor: “...os atos normativos e de fiscalização das agências podem/devem ser objeto de revisão judicial. Imagine-se uma regulação que cria condições anticoncorrenciais em setor em que a Constituição não afastou a disciplina concorrencial. A constitucionalidade de uma tal regra pode e deve ser contestada com base nos princípios constitucionais (art. 170), através de uma ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, “a”, da Constituição Federal).” (grifo nosso)

(...)

XII – discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços...”

De acordo com Anexo I da Resolução nº 20 do CADE, a discriminação de preços consiste na utilização do poder de mercado pelo produtor para fixar preços diferentes para o mesmo produto/serviço, discriminando entre compradores, individualmente ou em grupos, de forma a se apropriar de parcela do excedente do consumidor e assim elevar seus lucros.

O Conselheiro do CADE Thompson Andrade<sup>23</sup> ao analisar a diferenciação de tarifas explica que: “a discriminação de preços pode ser usada, como de fato tem ocorrido, por empresas estatais de serviços públicos nos países em desenvolvimento com um objetivo não orientado para o lucro, como se dá com as empresas brasileiras de serviços públicos....Neste caso, a discriminação de preços é usada para satisfazer um objetivo social diferente da maximização de lucros”. Porém, ao final de seu estudo, o Conselheiro conclui que esta forma de diferenciação dificilmente atinge sua finalidade redistributiva, pois todos os recursos que se consegue com aqueles que pagam mais acabam não sendo dirigidos a quem paga menos para que ocorra um reequilíbrio.

Portanto, ainda que haja justificativa para diferenciação, baseada na redistribuição e incentivo, dificilmente se alcançaria essa finalidade já que, conforme constatou Thompson Andrade, ocorre o prejuízo dos usuários que pagam as tarifas mais elevadas, sem que haja em contrapartida um benefício que o justifique.

Ao estudar a diferenciação de preços Ary Solon<sup>24</sup> comenta os seguintes aspectos a serem considerados na discriminação de preços:

- (i) Contemporaneidade: vendas ocorrerem em épocas diversas;
- (ii) Similaridade: a diferenciação de produtos;
- (iii) Categoria de compradores: diferenciação das espécies de compradores;
- (iv) Localização geográfica: custo do transporte;
- (v) Quantidade adquirida: desconto quantitativo; ou,
- (vi) Serviços prestados pelo adquirente na promoção dos produtos.

---

<sup>23</sup> Aspectos Distributivos na Determinação de Preços Públicos, Rio de Janeiro: IPEA, 1ª ed., 1998, p. 39

<sup>24</sup> “Diferenciação de Preços”, in Revista do IBRAC.

Para justificar a diferenciação de tarifas, sob o ponto de vista econômico, esta deveria ter como motivação qualquer uma das hipóteses acima relacionadas.

Com relação ao caráter discriminatório Werter R. Faria<sup>25</sup> explica que praticar discriminação consiste em se adotar uma dessas três condutas:

- (i) Aplicar tratamento desigual a pessoas em situação comparável;
- (ii) aplicar tratamento igual a pessoas que não se encontram em situações comparáveis; ou
- (iii) tratar desigualmente pessoas em situações diferentes sem que essa diferença justifique o tratamento desigual.

Entendimento semelhante acerca da discriminação foi dado pelo professor Tércio Sampaio Ferraz<sup>26</sup>:

“...ferir a igualdade equivale não só a aplicar ou induzir à aplicação de tratamento desigual a pessoas que se encontram em situação comparável, mas fazê-lo também em relação a pessoas que se achem em situações diferentes quando o tratamento desigual não seja justificável por aquela diferença.”

Ainda de acordo com o professor Tércio a isonomia está resguardada em alguns dispositivos da lei 8884, dentre eles o inciso XII do artigo 21 acima transcrito, que veda a conduta discriminatória.

No que diz respeito à jurisprudência sobre discriminação, o CADE vem entendendo que a diferenciação por si só não pode ser considerada de plano uma infração da Ordem Econômica, mas sim devem ser constatados os requisitos do artigo 20 para sua caracterização.

Da análise da hipótese de diferenciação de tarifas esta poderia ser caracterizada como conduta discriminatória, desde que empregado o seguinte raciocínio:

- (i) analisar se diferenciação não seria justificável por um dos aspectos considerados como fatores determinantes na diferenciação dos preços (contemporaneidade, similaridade, categoria de compradores, localização geográfica, quantidade adquirida ou serviços prestados pelo adquirente na promoção dos produtos);
- (ii) ainda que não fosse justificável por um aspecto meramente econômico relacionados no item acima, considerar se a diferenciação poderia ter outros objetivos como a redistribuição, permitir o acesso amplo aos usuá-

---

<sup>25</sup> Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1ª ed., 1992, p. 127

<sup>26</sup> “Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida”, in Revista do IBRAC.

rios ou expansão dos serviços públicos (objetivos de política econômica do Estado), verificando se esses objetivos estão realmente sendo alcançados através da diferenciação;

(iii) caso estejam excluídas as duas hipóteses acima, caberia ainda analisar se a diferenciação não se justifica pela aplicação do princípio da isonomia, ou seja tratamento desigual dispensado devido à natureza diferenciada dos usuários;

(iv) por fim, caso se constatasse que não há quaisquer fatores que justifiquem a diferenciação, e ainda presentes os requisitos ao artigo 20 da Lei 8884 caracterizada estaria a conduta discriminatória<sup>27</sup>.

## **Conclusão**

Considerando os seguintes aspectos abordados:

(i) as Agências possuem competência para estabelecer políticas tarifárias, competência esta inserida dentro de uma “moldura legal” que deve ser respeitada;

(ii) o Estado, a princípio, poderá também intervir na atividade econômica para proteger os Princípios da Ordem Econômica previstos na Constituição, através da legislação concorrencial;

(iii) a regulação e concorrência por protegerem diferentes princípios constitucionais podem acabar gerando um conflito entre essas regras no momento de sua aplicação, cabendo então estabelecer até que ponto uma regra de regulação pode afastar a aplicação de regras concorrenciais;

(iv) a doutrina norte-americana nos fornece critérios para solução de conflitos entre Agências e órgãos de concorrência. Ao analisarmos a jurisprudência mais recente do CADE, entendemos que, ainda que haja substituição pela regulação, não se pode afastar totalmente a aplicação da Lei 8884;

(v) a determinação de tarifas diferenciadas pode ser considerada prática de discriminação, configurando uma infração à Ordem Econômica nos termos dos artigos 20 e 21 da Lei 8884; e

---

<sup>27</sup> No mesmo texto sobre conduta discriminatória, o professor Tércio explica que a posição dominante não é uma situação estática no interior de uma estrutura, mas depende fortemente do fator temporal, o qual deve ser ligado ao estágio de desenvolvimento de um mercado. No caso dos setores regulados não há como se negar que as empresas que atuam nesse setor possuem um elevado poder devido à relevância e essencialidade dos serviços prestados, mais ainda muitas vezes, devido a sua estrutura os consumidores não possuem alternativa para prestação dos serviços e para ter acesso a eles paga a tarifa estipulada.

(vi) no caso de infração à Ordem Econômica cabe ao prejudicado a possibilidade de apresentar uma representação à SDE, a qual poderá ou não instaurar um Processo Administrativo no âmbito da concorrência.

Portanto, na hipótese em análise um dos usuários prejudicados pela diferenciação de tarifas, poderia encaminhar uma representação à SDE fundamentada nos artigos 20 e 21 da Lei 8884 para que fosse instaurado um Processo Administrativo e encaminhada a decisão à Agência recomendando que a falha em seu regulamento fosse sanada, reconhecendo-se assim a importância em se calibrar as duas espécies de regras, pois ambas possuem fundamento nos princípios consagrados na Constituição Federal de 1988.

Ainda que se entenda que o CADE não possa interferir no âmbito regulatório isso não impede que se possa então através do Judiciário tutelar o interesse dos usuários dos serviços públicos e aplicando-se os princípios consagrados na Lei 8884.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Thompson. Aspectos Distributivos na Determinação de Preços Públicos, IPEA, 1ª edição, Rio de Janeiro, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, Celso Bastos Editora, 1ª edição, São Paulo, 2002.

\_\_\_\_\_. Direito Econômico Brasileiro, Celso Bastos Editora, 1ª edição, São Paulo, 2000.

CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (coordenadores). Concorrência e Regulação no Sistema Financeiro, Max Limonad, 1ª edição, São Paulo, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, Livraria Almedina, 5ª edição, Coimbra, 1992.

DIVERSOS, Debate sobre Sistema Brasileiro de Concorrência e Regulação – Política Industrial e Política da Concorrência CADE, SDE e SEAE – Competências e Atribuições in Revista do Ibrac, vol.

DUTRA, Pedro. O Poder Regulamentar dos Órgãos Reguladores in Revista do Ibrac, vol.

\_\_\_\_\_. Novos Órgãos Reguladores: Energia, Petróleo e Telecomunicações in Revista do Ibrac, vol.

\_\_\_\_\_. Órgãos Reguladores: futuro e passado in Revista de Direito Econômico, julho/dezembro de 1996.

FARIA, Werter R. Direito da Concorrência e Distribuição, Sergio Antonio Fabris Editor, 1ª edição, Porto Alegre, 1992.

FERRAZ, Tércio Sampaio. Conduta Discriminatória e Cláusula de Exclusividade Dirigida, in Revista do Ibrac, vol.

FILHO, Calixto Salomão. Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos), Malheiros Editores, 1ª edição, São Paulo, 2001.

\_\_\_\_\_. Direito Concorrencial – As Estruturas, Malheiros Editores, 1ª edição, São Paulo, 1998.

\_\_\_\_\_. Atuação Estatal e ilícito antitruste in Revista de Direito Econômico, julho/dezembro de 1996.

FREIRE, Marusa Vasconcelos. A atuação do CADE diante da desestatização, in Revista do Ibrac, vol.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, Malheiros Editores, 5ª edição, São Paulo, 2000.

GRIMBERG, Mauro. O Estado, suas empresas e o direito da concorrência, in Revista do Ibrac, vol.

JUNIOR, José Cretella. Comentários à Constituição de 1988, vol. VIII, Editora Forense Universitária, 1ª edição, São Paulo, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 24ª edição, São Paulo, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 13ª edição, São Paulo, 2001.

NETO, Floriano de Azevedo Marques Neto. Universalização de Serviços Públicos e Competição: O Caso da Distribuição do Gás Natural in Revista do Ibrac, vol.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia, Editora Revista dos Tribunais, 1ª edição, São Paulo, 1998.

OLIVEIRA, Gesner. Concorrência – Panorama no Brasil e no mundo, Editora Saraiva, 1ª edição, São Paulo, 2001.

ROCHA, Bolívar Moura. Articulação entre Regulação de Infra-Estrutura e Defesa da Concorrência in Revista do Ibrac, vol.

SOLON, Ary. Diferenciação de Preços in Revista do Ibrac, vol.

SUNDFELD, Carlos Ari (coordenador). Direito Administrativo Econômico, Malheiros Editores, 1ª edição, São Paulo, 2000.

# **A OMC E A INTERAÇÃO ENTRE COMÉRCIO E POLÍTICA ANTITRUSTE NO ÂMBITO DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: PERSPECTIVAS PARA A NOVA RODADA DE NEGOCIAÇÕES MULTILATERAIS\***

*Paulo Eduardo Lilla\*\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Política Antitruste no Cenário Internacional; 2.1. Breve Histórico das Discussões sobre a Política de Concorrência na OMC; 2.2. O Problema da Aplicação Extraterritorial das Leis Antitruste; 2.3. As Relações entre Comércio e Política de Concorrência. 3. Cooperação Internacional e Política Antitruste; 3.1. A Importância da Cooperação Internacional; 3.2. Acordos de Cooperação Regional; 3.3. Acordos de Cooperação Bilateral. 4. Perspectivas para um Acordo de Cooperação Multilateral. 5. Cooperação Antitruste no Âmbito da OMC; 5.1. As Negociações em Doha e os Preparativos para a Nova Rodada Multilateral; 5.2. Princípios da OMC Aplicáveis à Política de Concorrência; 5.3. Modalidades de Cooperação Técnica; 5.4. Cooperação no Combate aos Cartéis Internacionais; 5.5. Cooperação no Controle dos Acordos Verticais; 5.6. Solução de Controvérsias e Exame entre Homólogos. 6. Considerações Finais.

## **1. INTRODUÇÃO**

A segunda metade do século XX foi marcada por mudanças significativas nas relações internacionais. Vários fatores se conjugaram para configurar a nova realidade do cenário econômico internacional, entre eles o desenvolvimento do comércio mundial, a interdependência econômica entre as nações, a globalização dos mercados, a substituição de um modelo bipolar por um modelo multipolar após a queda do Muro de Berlim e o fim da Guerra Fria, os avanços das empresas multinacionais, principalmente nos países emergentes, a formação dos blocos regionais e a abertura dos mercados nacionais em benefício do livre comércio e dos fluxos de investimento.

---

\* Agradeço a Deus por tudo, a meu pai, Fábio Lilla, pelo incentivo na realização deste trabalho, e também a Fernanda Pecora e a Ana Caetano pelos ensinamentos em matéria de comércio exterior. Dedico este trabalho a minha avó, Maria da Glória de Campos Lilla.

\*\* Acadêmico do Curso de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP; e do Curso de Relações Internacionais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP.

Nesse sentido, a liberalização dos mercados após a criação da OMC (Organização Mundial do Comércio) e os avanços das multinacionais tornou o comércio internacional vulnerável a práticas anticompetitivas de alcance global, as quais, além de prejudicar o fluxo dos negócios internacionais, criam óbices ao desenvolvimento econômico e à livre concorrência.

Diante desse quadro, diversos países vêm discutindo, ao longo das últimas décadas, a possibilidade de se instituírem regras internacionais sobre política de concorrência, a fim de que possa haver maior convergência e harmonização entre os diferentes sistemas antitruste neles existentes. Atualmente, conta-se apenas com acordos regionais e bilaterais de cooperação, que além de não englobarem todas as nações participantes do sistema multilateral de comércio são insuficientes para diminuir a discrepância entre os diversos sistemas de concorrência.

Muitos consideram a OMC o foro mais adequado para as futuras negociações de um eventual acordo multilateral sobre política antitruste. Não obstante, as discussões já foram iniciadas pelo Grupo de Trabalho sobre a Interação entre Comércio e Política de Concorrência (GTCPC), criado em 1997, que já produziu diversos documentos de suma relevância para o aprimoramento dos debates. As contribuições de organizações intergovernamentais, como a UNCTAD e a OCDE, também têm sido importantes.

O fruto dos trabalhos apresentados foi colhido na IV Conferência Ministerial da OMC, realizada em novembro de 2001, em Doha, quando, pela primeira vez, se obteve o consenso dos países-membros sobre as negociações de um acordo de cooperação multilateral sobre política de concorrência, que poderão ser iniciadas, desde que haja o consenso explícito dos membros na V Ministerial, a ser realizada no México, em 2003.

O presente estudo tem como finalidade a análise das discussões internacionais sobre política de concorrência no âmbito global, o papel da UNCTAD e da OCDE nesse sentido, assim como o da OMC como foro multilateral adequado ao estabelecimento de um acordo de cooperação antitruste. Essa análise inclui também as propostas realistas que já foram apresentadas pelo Grupo de Trabalho e as perspectivas para os próximos trabalhos, que deverão ser concluídos até a V Ministerial, marco inicial de uma nova rodada multilateral, quando, enfim, o tema poderá ser incluído na pauta das negociações.

## **2. POLÍTICA ANTITRUSTE NO CENÁRIO INTERNACIONAL**

### **2.1. Breve Histórico das Discussões Internacionais sobre Política de Concorrência na OMC**

Os esforços para a criação de regras internacionais sobre concorrência não são recentes. O tema vem sendo debatido em diversas esferas internacionais desde as negociações dos acordos de Breton Woods, por ocasião dos debates sobre a implementação da Carta de Havana e a conseqüente criação da Organização Internacional do Comércio (OIC), em 1948. As propostas contidas na Carta de Havana podem ser resumidas da seguinte maneira:

“Os Estados-Membros concordam em aplicar as medidas apropriadas para prevenir práticas comerciais que restrinjam a concorrência, o acesso a mercados que proporcionem um controle monopolizador e frustrem os interesses da OIC em expandir a produção, o comércio e o desenvolvimento dos países”<sup>28</sup>.

A Carta de Havana, de 1948, nunca chegou a ser implementada, pois não houve consenso entre os países durante as negociações.

Por outro lado, a OIC foi a precursora do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio), acordo provisório que possibilitou, mediante rodadas de negociações multilaterais, avanços expressivos para o desenvolvimento do comércio internacional. Estivemos próximos de um acordo durante a Rodada Uruguai, por volta de 1993, quando das negociações para o estabelecimento da OMC, quando foi proposta a implementação do Projeto de Código Antitruste Internacional (Draft International Antitrust Code), que visava à criação de um regime jurídico de concorrência internacional, baseado em regras mínimas, substantivas e procedimentais, com aplicação centralizada e utilização de um órgão de solução de controvérsias. O regime antitruste internacional deveria ser administrado por uma autoridade internacional de concorrência (International Antitrust Authority), que teria competência para tomar medidas contra agências antitruste nacionais, instaurar painéis para solução de disputas, assistir as partes na aplicação do Código Antitruste Internacional, entre outras medidas correlatas. O Código não chegou a ser incluído no sistema da OMC devido à sua natureza extremamente ambiciosa<sup>29</sup>. Como seria possível a criação de uma lei antitruste internacional, se a maioria dos países não possuía sequer regras nacionais sobre concorrência? O projeto de código foi deixado de lado pouco antes da conclusão da Rodada Uruguai e a conseqüente criação da OMC.

---

<sup>28</sup> American Bar Association, Report of ABA Sections of Antitrust Law and International Law and Practice on the Internationalization of Competition Law Rules: Coordination and Convergence.

<sup>29</sup> Cf. Massimiliano Montini. Globalization and International Antitrust Cooperation, International Conference – Trade and Competition in the WTO and Beyond – Veneza, 4 e 5 de dezembro de 1998, p. 6.

Mais tarde, após a implementação da OMC, durante a Conferência Ministerial de Cingapura, em 1996, vários países passaram a considerar relevante a criação de um acordo de cooperação antitruste multilateral. Nesse sentido, já em 1997, foi criado o Grupo de Trabalho sobre a Interação entre Comércio e Política de Concorrência, cujos estudos continuam colaborando para viabilizar o início das negociações com vistas a um futuro acordo multilateral de cooperação antitruste no âmbito da OMC. Segundo Vera Thorstensen, o grupo tem como objetivo o estudo de questões ligadas à interação entre comércio e política de concorrência, como práticas anticompetitivas, detectando áreas que merecem mais atenção por parte da OMC<sup>30</sup>. Importante frisar que grande parte dos países-membros da OMC, liderados pela União Européia, reconheceram a importância da criação de um acordo multilateral sobre concorrência que pudesse coibir as práticas anticompetitivas que vinham distorcendo o livre comércio e prejudicando a ascensão dos países em desenvolvimento. O grande opositor, à época, foi os Estados Unidos, que além de não considerar a relação existente entre comércio e política de concorrência acreditava que a OMC não era o foro competente para essa discussão.

Atualmente, o Grupo continua desenvolvendo seus trabalhos, e vale destacar que, após a Conferência de Doha, em novembro de 2001, os EUA passaram a concordar com a inclusão do tema nas negociações futuras para a criação de um acordo flexível que respeite os diferentes níveis de desenvolvimento e de cultura de concorrência entre os países-membros, e que propicie a evolução da cooperação internacional entre as agências de concorrência, para o desenvolvimento de assistência técnica, capacitação e harmonização na aplicação das leis antitruste entre as nações. Apesar do consenso para que todos os membros da OMC negociem e assinem um acordo multilateral, há ainda certa resistência de alguns países em desenvolvimento como a Índia, Paquistão, Egito, e países da Ásia como Hong Kong e China, pois consideram que a negociação de novo acordo multilateral poderá restringir seus graus de liberdade na execução de instrumentos de política industrial<sup>31</sup>.

Devemos lembrar que, para a inclusão do tema na pauta das negociações da próxima rodada de negociações multilaterais, é mister o consenso explícito dos países-membros na V Conferência Ministerial, a ser realizada no México em 2003.

## **2.2. O Problema da Aplicação Extraterritorial das Leis Antitruste**

---

<sup>30</sup> Vera Thorstensen, OMC – As Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais, p. 334.

<sup>31</sup> Cf. Carta de Genebra, vol. 4, p. 14.

Um dos problemas mais freqüentes nas relações comerciais internacionais é a aplicação de leis nacionais de concorrência para coibir condutas anticompetitivas que ocorrem fora dos limites territoriais de um determinado país, sob a justificativa de que tais condutas produzem efeitos negativos em seu mercado interno. Ana Maria de Oliveira Nusdeo explica com clareza que a aplicação extraterritorial das leis antitruste

“fundamenta-se na teoria do impacto territorial, conforme a qual o Estado é competente para legislar e conhecer de eventos ocorridos fora de seu território, envolvendo participantes não-nacionais, desde que tais eventos produzam efeitos dentro do território nacional”<sup>32</sup>.

Para Lior Pinsky, a aplicação extraterritorial da lei antitruste é indispensável por, pelo menos, três motivos:

“(a) uma doutrina que a negasse poderia acarretar na criação de paraísos anticoncorrenciais – países com legislação antitruste inexistente ou amena, poderiam ser efetuadas práticas destruidoras da concorrência, visando outras nações; (b) mesmo que todos os países tivessem leis antitruste, as decisões de um país tendem a ser menos rigorosas quando o impacto é sentido total ou predominantemente no exterior; e (c) os países têm visões diferentes da forma de aplicação da legislação antitruste”<sup>33</sup>.

Apesar dessas justificativas, devemos ter uma visão crítica sobre essa questão, apontando as tensões internacionais geradas pela aplicação extraterritorial das leis sobre concorrência, já que se trata de um mecanismo utilizado de maneira unilateral pelos países que, de certa forma, impõem suas decisões internas contra práticas ocorridas em outros Estados<sup>34</sup>.

Podemos descrever algumas das principais causas dessas tensões internacionais: (i) o conflito de jurisdições; (ii) a não aceitação, pelo país investigado, de sanções impostas pelo país que iniciou e julgou o processo de investigação; (iii) os diferentes estágios de desenvolvimento de políticas de

---

<sup>32</sup> Ana Maria de Oliveira Nusdeo, *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica*, p. 162.

<sup>33</sup> Lior Pinsky, “Aplicação Extraterritorial da Lei Antitruste”, in *Revista de Direito Mercantil*, vol. 115, pp. 132 e 133.

<sup>34</sup> Nesse sentido, cf. André de Carvalho Ramos e Ricardo Thomazinho da Cunha: “assim, viola-se o princípio da convivência pacífica entre os Estados já que os choques serão inevitáveis. Como aceitar que nacionais do Estado possam ser apenados por condutas consideradas lícitas localmente e ilícitas alhures?” (“A Defesa da Concorrência em Caráter Global: Utopia ou Necessidade?”, in Paulo Borba Casella e Araminta de Azevedo Mercadante (coord.), *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio?*, p. 822).

concorrência, bem como as diferentes culturas e normas de concorrência entre os países<sup>35</sup>.

Dentre os estados que possuem disposições sobre a aplicação extraterritorial de suas leis antitruste, citamos como exemplo os EUA, a União Européia e o Brasil. Os maiores litígios internacionais envolveram os EUA, conhecidos como o maior usuário de sua lei nacional sobre concorrência contra agentes econômicos localizados fora de seus limites territoriais. O caso mais famoso envolvendo os EUA foi o da *United States versus Aluminium Co. of America (Alcoa)*, de 1945. O caso foi julgado favoravelmente à aplicação extraterritorial da legislação antitruste americana. O julgado abriu precedente para outras decisões de cortes norte-americanas, o que provocou a revolta de diversos países, que passaram a não reconhecer as decisões americanas. Alguns deles chegaram a editar as chamadas *blocking laws* ou leis de bloqueio como forma de limitar os efeitos da aplicação extraterritorial das leis antitruste impostas por outros países, principalmente pelos EUA. De acordo com Paula Forgioni, “as leis de bloqueio são destinadas a impedir, em território nacional, a produção de efeitos de ordens proferidas por autoridades estrangeiras, sejam sentenças, sejam determinações de constituição de provas”<sup>36</sup>. Um dos primeiros casos de aplicação de leis de bloqueio teve como alvo a decisão norte-americana referente à questão do *Uranium Cartel*, em meados de 1970, no qual as nações envolvidas consideraram que as investigações foram mal conduzidas pelas autoridades americanas e, por isso, retaliaram, recorrendo às leis de bloqueio, a decisão da Suprema Corte dos EUA<sup>37</sup>.

Cumpre-nos ressaltar que o Reino Unido está entre os primeiros países a editar uma lei de bloqueio, o *Protection of Trading Interests Act of*

---

<sup>35</sup> Para Ana Maria Nusdeo, “a situação de potencial conflito entre decisões de diferentes jurisdições intensifica dois problemas sérios da aplicação extraterritorial de normas antitruste. Em primeiro lugar, sua efetividade; e, em segundo, a dificuldade de estabelecer os contornos, tênues por natureza, entre aplicação extraterritorial legítima e ingerência sobre assuntos de política interna do outro país envolvido” (op. cit., p. 164).

<sup>36</sup> Paula Forgioni, *Fundamentos do Antitruste*, op. cit., p.392.

<sup>37</sup> Segundo Folsom, Gordon e Spanogle, “A balance drawn wrongly by one nation invites retaliatory action by others. In the case of antitrust judgments emanating from courts in the United States, most notably the “Uranium Cartel” treble damages litigation of the late 1970s, many nations consider that the balance has been wrongly drawn. Many nations have taken retaliatory action by enacting ‘blocking statutes’. In addition, the Commonwealth nations have resolved general support for a position similar to that of the United Kingdom”. (*International Trade and Investment*, p. 348).

1980<sup>38</sup>, que previa que as decisões proferidas em outros países que dispusessem sobre perdas e danos não seriam executáveis no Reino Unido. A França seguiu o mesmo caminho<sup>39</sup>.

Não podemos esquecer que a União Européia também adotou a teoria dos efeitos e por isso prevê a aplicação extraterritorial da lei de defesa da concorrência (Tratado de Roma, artigo 85) contra agentes econômicos ou estados localizados fora dos limites territoriais da Comunidade. No Brasil, o artigo 2.º da Lei 8884/94, prevê também a extraterritorialidade. Mesmo assim, os atos praticados fora do país devem produzir efeitos relevantes e previsíveis<sup>40</sup>.

Diante dessas considerações, o choque entre a aplicação extraterritorial de leis antitruste de determinados países e as leis de bloqueio promulgadas por outros países provocou insatisfação generalizada no âmbito da comunidade internacional. A saída foi recorrer a acordos e tratados bilaterais de cooperação antitruste. Mais adiante, veremos que apesar dos acordos bilaterais serem importantes para maior convergência na aplicação das leis de defesa da concorrência, o problema não foi eliminado. Apenas alguns países negociaram acordos de cooperação, sendo que a maioria dos acordos envolve nações desenvolvidas<sup>41</sup>. Assim como apresentam níveis distintos de desenvolvimento de políticas de concorrência, os países também possuem diferentes culturas de concorrência. Além disso, grande parte daqueles que estão em desenvolvimento não dispõem de legislação antitruste. Diante desse quadro, muitas nações vêm defendendo ao longo dos anos a criação de um acordo multilateral de cooperação antitruste que venha a prever assistência técnica e desenvolvimento de capacitação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, para que seja possível a harmonização progressiva de seus sistemas de concorrên-

---

<sup>38</sup>Paula Forgioni ensina que “esse diploma estabelece três tipos de medidas que podem ser utilizadas para a proteção dos interesses britânicos: primeiramente, os cidadãos do Reino Unido ficam proibidos de acatar ordens provenientes de autoridades estrangeiras, desde que elas tenham efeitos extraterritoriais e prejudiquem os interesses comerciais britânicos. Ademais, as cortes não podem dar execução a julgados estrangeiros que envolvam questões de indenizações por perdas e danos ou relacionadas à apreciação de práticas restritivas da concorrência. Por fim, assegura-se ao cidadão britânico, contra quem foi imposto o pagamento de indenização por uma corte estrangeira, direito de propor ação, perante cortes nacionais, buscando recuperar a quantia paga em excesso”. (Paula Forgioni, Fundamentos do Antitruste, pp. 395 e 396).

<sup>39</sup>Lior Pinsky, ver nota n. 5., p.135.

<sup>40</sup>Ibidem, p. 138.

<sup>41</sup>Os EUA, por exemplo, firmaram acordos bilaterais com a União Européia, Alemanha, Austrália e Canadá.

cia. Isso redundará na diminuição dos conflitos e tensões internacionais provocadas pela aplicação extraterritorial das legislações antitruste e das leis de bloqueio, que constituem mecanismos unilaterais e autoritários, incompatíveis com a fluidez do comércio mundial.

As considerações acima servem de base não só para a compreensão do presente estudo, como também para justificar a relevância de um acordo multilateral que proporcione a interação entre políticas comerciais e políticas de concorrência que possam vir a contribuir para o desenvolvimento do comércio internacional.

### **2.3. As Relações entre Comércio e Política de Concorrência**

Como já se mencionou, as discussões acerca das relações entre o comércio internacional e a política antitruste não são recentes, e o tema vem sendo objeto de debates internacionais desde as negociações da Carta de Havana para a criação da OIC. Outras organizações intergovernamentais, a ONU, por intermédio da UNCTAD<sup>42</sup> e a OCDE<sup>43</sup>, também promoveram discussões relevantes com a participação de diversos países, mas o máximo que se alcançou foram trabalhos desenvolvidos por grupos favoráveis à criação de regras internacionais sobre política de concorrência, além de recomendações sem caráter vinculativo, destinadas a servir de modelo para a criação de leis antitruste tanto no âmbito interno dos Estados, quanto no âmbito global.

Na OMC, o tema sempre foi objeto de discussões e polêmica, pois nunca houve consenso dos países-membros para a criação de um acordo multilateral sobre concorrência. Vimos que o tema foi introduzido na OMC, em 1996, pela Conferência Ministerial de Cingapura e que, em 1997, foi criado um Grupo de Trabalho para analisar e debater o assunto, com vistas a eventual negociação de um acordo multilateral<sup>44</sup>.

Após uma longa preparação, realizou-se em Doha (Catar), de 9 a 14 de novembro de 2001, a quarta reunião ministerial da OMC. A Declaração adotada pelos membros da OMC, em Doha, dispõe sobre a interação entre o comércio e a política de concorrência. De acordo com o XXXI Relatório sobre Política de Concorrência preparado pela Comissão Européia, as passagens relevantes da Declaração (itens 23 a 25) comprovam que, pela primeira vez, todos os membros da OMC, sem exceção, reconhecem que é necessário criar um quadro multilateral para que a política de concorrência possa favorecer o

---

<sup>42</sup> United Nations Coordination for Trade and Development.

<sup>43</sup> Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico.

<sup>44</sup> Cf. Carta de Genebra – Informativo sobre a OMC e a Rodada de Doha – Missão do Brasil em Genebra, Ano 1, vol. 4, maio de 2002.

comércio e o desenvolvimento internacionais<sup>45</sup>. Cumpre-nos observar que o mandato de Doha condiciona as negociações à decisão por “consenso explícito” a ser tomada pela V Conferência Ministerial, que será realizada em 2003, no México.

Desde a criação do Grupo, os trabalhos têm se concentrado em alguns temas centrais, como a criação de princípios básicos, entre eles transparência, não-discriminação e devido processo legal, dispositivos sobre cartéis, modalidades para cooperação voluntária e, mediante capacitação, apoio e fortalecimento progressivo das instituições de concorrência<sup>46</sup>.

Diversos países-membros da OMC estão otimistas quanto à inclusão do tema na pauta de negociações durante a próxima rodada de negociações multilaterais, que está para ser iniciada. A abertura dos mercados resultante da liberalização do comércio internacional tornou os países vulneráveis às práticas anticompetitivas que podem produzir efeitos negativos em diversos mercados de diferentes estados, sem contar os avanços das empresas multinacionais, principalmente em países emergentes, que vêm se organizando e se desenvolvendo mediante atos de concentração, abuso de posição dominante, monopolização, acordos abusivos entre fornecedores e distribuidores, entre outros, práticas que, se não forem devidamente controladas e fiscalizadas, podem restringir a livre concorrência e, conseqüentemente, o livre comércio. Da mesma forma, os chamados cartéis nocivos ou *hard core cartels*, que vêm prejudicando o fluxo dos negócios internacionais e o desenvolvimento do comércio mundial, têm despertado a preocupação da comunidade internacional, a ponto de, atualmente, haver um consenso de que essas práticas devem ser urgentemente combatidas.

Como bem lembra Maria Cecília Andrade,

“a insuficiência das recomendações da OCDE e também das regras existentes atualmente no âmbito da OMC revelaram-se, por exemplo, no Painel apresentado pelos EUA contra o Japão, em razão de uma prática anticompetitiva da empresa japonesa Fuji, em relação ao seu sistema de distribuição de filmes no Japão, que estaria fechando ou impedindo o acesso de empresas norte-americanas naquele país. O foco desta discussão seria as regras que disciplinavam o contrato de distribuição seletiva imposto pela Fuji. Neste caso, a OMC não pôde tomar qualquer medida em relação ao Japão, porque este não era um tema relacionado especificamente a medidas governamentais que estariam prejudicando o comércio internacional, não dispendo a OMC de

---

<sup>45</sup> Cf. Política de Concorrência da União Européia 2001 – XXXI Relatório sobre a Política de Concorrência, Comissão Européia – Direção Geral da Concorrência.

<sup>46</sup> Carta de Genebra, vol. 4, p.14.

instrumentos apropriados para obstar práticas anticompetitivas de empresas privadas”<sup>47</sup>.

Diante dessas considerações, percebe-se que a criação de um Acordo Multilateral sobre Política de Concorrência poderia ser um excelente instrumento contra práticas anticompetitivas, que distorcem o livre comércio e prejudicam o desenvolvimento econômico internacional, afetando principalmente os países emergentes.

### **3. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E POLÍTICA ANTITRUSTE**

#### **3.1. A Importância da Cooperação Internacional**

Sabe-se que não são todos os países que possuem legislações sobre concorrência. Aproximadamente oitenta países-membros da OMC, dentre os quais uns cinquenta em desenvolvimento ou em transição, adotaram leis antitruste. Essas leis têm como finalidade a aplicação de medidas preventivas e corretivas contra práticas anticompetitivas, como por exemplo acordos de fixação de preços e outros tipos de cartéis, abuso de posição dominante, monopolização, fusões que limitam a livre concorrência e acordos entre fornecedores e distribuidores que restringem os mercados para novos competidores.

O fato é que nem todos os membros da OMC possuem legislação antitruste, sendo que não há convergência entre os sistemas de concorrência, devido à cultura inerente a cada país nessa área e aos diferentes níveis de desenvolvimento econômico, formas distintas de aplicação das leis nacionais, todos eles fatores que podem gerar conflitos internacionais, principalmente quando há aplicação extraterritorial de normas antitruste. Dessa forma, seria ilógica a criação de um código internacional ou legislação comum sobre concorrência, sem antes haver uma progressiva harmonização e convergência dos sistemas de concorrência dos diversos membros da OMC<sup>48</sup>.

Diante desse quadro, a cooperação internacional é vista como a maneira mais eficaz de atingir maior convergência, desenvolvimento e harmoni-

---

<sup>47</sup> Maria Cecília Andrade, A Política de Concorrência e a Organização Mundial do Comércio, in: Welber Barral (coordenador). O Brasil e a OMC, pp. 299 e 300.

<sup>48</sup> Cf. Gesner de Oliveira: “As especificidades institucionais de cada jurisdição são tão acentuadas que não seria razoável imaginar, pelo menos dentro de um horizonte de tempo previsível, uma legislação comum. Tampouco parece provável, em um horizonte previsível de tempo, uma transformação significativa das regras de defesa comercial” (Defesa da Concorrência na OMC: Uma proposta de agenda de cooperação internacional, in Alberto do Amaral Junior (coord.) OMC e o Comércio Internacional, p. 310).

zação das regras antitruste em nível global<sup>49</sup>. A experiência dos acordos regionais e bilaterais de cooperação firmados ao longo dos últimos anos demonstra que é possível obter êxito no desenvolvimento de um futuro acordo multilateral sobre política de concorrência.

### 3.2. Acordos de Cooperação Regional

Os acordos de cooperação regional envolvem, geralmente, países com níveis similares de desenvolvimento, culturas e tradição jurídica semelhantes, situados em um bloco econômico, como é o caso da União Européia, Mercosul e do NAFTA. Devido à proximidade entre os países-membros de um bloco regional, é mais fácil promover a cooperação entre eles, desenvolvendo um sistema único de concorrência por meio da harmonização e convergência de políticas antitruste intrabloco<sup>50</sup>.

Para Gesner de Oliveira,

“o desenvolvimento no âmbito dos blocos regionais envolve, em um primeiro momento, a harmonização das legislações nacionais de defesa da concorrência. Um passo seguinte importante é a transformação da defesa comercial (com ações antidumping, por exemplo), articulando-a com a defesa da concorrência. Em um estágio mais avançado, em que já se consolidou um mercado comum, como aquele obtido pela União Européia, é possível conceber um órgão supranacional, como a DE-IV, da Comissão Européia”<sup>51</sup>.

A União Européia é o bloco comercial mais evoluído na atualidade, possuindo um eficiente sistema de defesa da concorrência possível, por intermédio de uma agência supranacional responsável pela política antitruste no âmbito da Comunidade. É claro que o Mercosul ainda não atingiu o mesmo estágio de integração alcançado pela União Européia, não tendo passado ainda da condição de simples União Aduaneira. Mesmo assim, os membros do Mercosul assinaram o Protocolo de Fortaleza, que dispõe sobre política de concorrência, intrabloco. É importante frisar que apesar de estarmos longe de um sistema eficiente de defesa da concorrência, no âmbito do Mercosul, o Protocolo de Fortaleza já é um bom começo, com perspectivas de, no futuro, a e-

---

<sup>49</sup> Nas palavras de Ana Maria de Oliveira Nusdeo, “em razão das reações à aplicação extraterritorial de leis antitruste e seus efeitos desagregadores ao comércio e às relações internacionais, têm surgido iniciativas de cooperação internacional entre os Estados, para a aplicação mais harmônica e efetiva de suas respectivas leis de proteção à concorrência” (op. cit., p. 170).

<sup>50</sup> Cf. estudo desenvolvido pela OCDE. Joint Group on Trade and Competition, “International Options to Improve the Coherence Between Trade and Competition Policies”, OCDE - COM/TD/DAFFE/CLP(99)102/FINAL.

<sup>51</sup> Gesner de Oliveira, Defesa da Concorrência na OMC, op. cit., p. 308.

xemplo da União Européia, promover a substituição de políticas de defesa comercial por políticas de defesa da concorrência, além de, no futuro, instituir um órgão supranacional com vistas a dirimir questões relativas a atos que possam vir a prejudicar a livre concorrência no âmbito do bloco.

Para o Mercosul, é importante não apenas a cooperação intrabloco em matéria de políticas antitruste, mas, principalmente, a cooperação com outros países e blocos regionais, firmando parcerias que poderiam ser extremamente benéficas para o desenvolvimento de um sistema comunitário de defesa da concorrência eficiente.

### **3.3. Acordos de Cooperação Bilateral**

A experiência obtida nos acordos de cooperação bilateral tem sido benéfica, tanto no sentido de se evitar conflitos de jurisdições na aplicação extraterritorial de leis antitruste, quanto para servir de exemplo em um eventual acordo de cooperação multilateral no que se refere a políticas de concorrência no âmbito global. Ana Maria de Oliveira Nusdeo afirma que

“os principais deveres assumidos pelas partes referem-se à informação recíproca a respeito de atividades potencialmente anticompetitivas realizadas em seu território de que tenham conhecimento e sejam do interesse da contraparte; à informação sobre investigações ou medidas tomadas que possam afetar os interesses da outra parte, podendo requisitar documentos, inquirir testemunhas, realizar buscas, etc. Costuma-se estabelecer também as cláusulas de cortesia, através das quais as partes se comprometem a levar em consideração os interesses da contratante no desempenho de suas funções”<sup>52</sup>.

Um bom exemplo é o acordo de cooperação bilateral celebrado entre o governo dos EUA e a Comissão Européia em 1991, cuja principal proposta é promover a cooperação e coordenação, diminuindo a possibilidade de impacto resultante das diferenças entre as partes na aplicação de suas leis sobre concorrência<sup>53</sup>.

O acordo prevê que cada uma das partes notifique a outra quando for aplicar sua legislação antitruste, caso a aplicação possa vir a afetar os interesses da outra. Prevê também reuniões periódicas entre ambas as autoridades da concorrência, a fim de promover maior convergência na aplicação de suas leis antitruste.

Sem dúvida, a maior inovação trazida por esse acordo foram os chamados *positive comity* e *negative comity* principles, traduzidos como princípios de cortesia positiva e de cortesia negativa. Basicamente, pela corte-

---

<sup>52</sup> Ana Maria de Oliveira Nusdeo, op. cit. p. 170.

<sup>53</sup> Cf. Montini, op. cit., p. 6.

sia negativa<sup>54</sup>, uma das partes leva em consideração os interesses da outra, antes de aplicar sua legislação antitruste contra atos anticompetitivos praticados por ela em seus próprios limites territoriais, podendo inclusive não iniciar uma investigação, que deixaria a cargo do parceiro no acordo<sup>55</sup>.

Já o positive comity principle, ou princípio de cortesia positiva, consiste em atos positivos de cooperação e assistência recíproca entre autoridades antitruste nacionais localizadas em diferentes países, ao contrário da negative comity, que implica, simplesmente, a decisão de não iniciar uma investigação. Mediante a cortesia positiva<sup>56</sup>, uma das partes, sentindo-se prejudicada por práticas anticompetitivas que ocorram no território da outra, pode notificá-la para que tome as medidas cabíveis em cada caso<sup>57</sup>.

É importante frisar que as disposições do acordo, principalmente no que concerne aos princípios de cortesia, não têm caráter vinculativo para as partes, ou seja, trata-se de mecanismos de aplicação voluntária com o intuito de dirimir os conflitos e tensões causados por aplicações unilaterais de leis antitruste nacionais.

Em 1998, os EUA e a União Européia estabeleceram um novo acordo de cooperação, ampliando os termos do acordo de 1991 e, principalmente, tornando mais abrangente o conceito de cortesia positiva<sup>58</sup>. A versão aprimorada do princípio da cortesia positiva estabelece que qualquer das partes tem o dever de abrir uma investigação contra atos praticados em seu território, sempre que isso for solicitado pela outra parte. Não obstante, uma parte deve atender o pedido da outra, mesmo que não haja qualquer violação de sua legislação antitruste interna.

Os EUA também firmaram acordos de cooperação bilateral com a Alemanha, Austrália, Canadá e com países em desenvolvimento, como o Brasil. Nota-se que há um grande interesse, por parte dos norte-americanos, em ampliar a cooperação antitruste com seus parceiros comerciais, que começou a se manifestar principalmente a partir de 1994, quando o Congresso americano aprovou uma lei que permite a troca de informações confidenciais com outros países; trata-se da International Enforcement Assistance Act (IAEAA), que

---

<sup>54</sup> Ibidem, p.7.

<sup>55</sup> Cf. artigo VI do Acordo CE-EUA de 1991.

<sup>56</sup> Nesse sentido, Ana Maria de Oliveira Nusdeo esclarece: "...tem-se difundido o uso da chamada cláusula de cortesia positiva, estabelecendo a presunção de deferimento por uma das partes, na aplicação de suas regras de concorrência ao interesse da outra, quando as atividades anticompetitivas forem direcionadas principalmente ao território desta última" (op. cit., p. 171).

<sup>57</sup> Cf. artigo V do Acordo CE-EUA de 1991.

<sup>58</sup> Cf. artigo III do acordo CE-EUA de 1998.

confere poderes às agências de concorrência para celebrarem acordos de cooperação não apenas no âmbito das trocas de informações sigilosas, mas também no que concerne às modalidades de assistência técnica<sup>59</sup>.

Apesar dos interesses norte-americanos na cooperação técnica com países em desenvolvimento, cumpre-nos ressaltar que há diferenças em relação aos acordos celebrados pelos EUA com outros países desenvolvidos. Isso ocorre devido à similaridade entre os níveis de desenvolvimento dos sistemas de concorrência desses países, diferentes, por sua vez, dos sistemas de países emergentes, que muitas vezes nem possuem legislação antitruste. O acordo celebrado entre os EUA e o Brasil, em 1999, difere do acordo celebrado entre EUA e União Européia em 1998, por exemplo, principalmente no que se refere ao conceito de cortesia positiva, mais extenso no acordo com a União Européia<sup>60</sup>.

Apesar da cooperação antitruste constituir um instrumento novo, os países vêm obtendo ótimos resultados em suas relações comerciais, principalmente no que se refere à diminuição das aplicações extraterritoriais das leis sobre concorrência de maneira unilateral, evitando, assim, conflitos de jurisdições e tensões internacionais, pelo menos entre os estados que celebraram acordos bilaterais.

Dessa forma, aumenta-se a expectativa da comunidade internacional para que se torne viável um acordo de cooperação multilateral com vistas a um maior desenvolvimento dos sistemas de concorrência de diferentes países, promovendo convergência de procedimentos e harmonização de leis antitruste progressivas. Ainda estamos distantes desse objetivo, embora tenhamos dado

---

<sup>59</sup> Nesse sentido, cf. Vera Thorstensen, op., cit., p. 328 e Ana Maria de Oliveira Nusdeo, op., cit., p. 171.

<sup>60</sup> Cf. Maria Cecília Andrade: “o conceito de cortesia positiva é mais extenso no acordo com a União Européia, representando no acordo com o Brasil apenas o compromisso de consultar previamente a outra parte antes de adotar qualquer medida executória. Isto porque, apesar dos benefícios da cortesia positiva serem indiscutivelmente reconhecidos, é um dos instrumentos que mais despertam receios, pois a sua eficácia seria mais visível em se tratando de agências que tivessem níveis similares de desenvolvimento. Existe também o receio de que alguns países venham a utilizá-lo com outras motivações, e sufoquem a atividade da autoridade da concorrência requisitada. O mesmo ocorre no que diz respeito à cooperação nas investigações, pois enquanto no acordo com a União Européia o governo norte-americano admite o deferimento ou suspensão de uma investigação a favor de medidas de execução da parte requerida; o acordo com o Brasil não dispõe de nenhuma previsão neste sentido, mas apenas dispositivo destinado a evitar conflitos de interesses, sem estabelecer maiores compromissos” (ob., cit., p. 310).

um importante passo na última Conferência Ministerial da OMC, realizada em novembro de 2001, em Doha.

#### **4. PERSPECTIVAS PARA UM ACORDO DE COOPERAÇÃO MULTILATERAL**

Devido aos bons resultados obtidos nos acordos bilaterais, tem sido intenso nos últimos anos o debate sobre a possibilidade de criação de regras multilaterais sobre concorrência, apesar das contribuições da UNCTAD e da OCDE, que já são há muito tempo uma realidade.

Uma das questões cruciais que justificariam um acordo multilateral concerne à insuficiência e fragilidade dos acordos bilaterais para a solução de casos relacionados com práticas de dimensão global e que, não obstante, poderiam afetar também outros países não participantes do acordo bilateral<sup>61</sup>. Para Edward M. Graham<sup>62</sup>, o principal argumento em favor de um acordo multilateral são as barreiras, privadas ou regulatórias, à entrada de novos mercados. Elas lá estão, por trás das fronteiras, com a finalidade de compensar os ganhos obtidos pelos governos em razão da liberalização do comércio mundial. Esse fato não seria um problema se as agências de concorrência dos diversos estados pudessem tomar providências no sentido de as remover. Mas isso infelizmente não ocorre, seja pela carência de remédios efetivos que poderiam ser implementados, seja pela ausência, em diversos países, de leis e agências antitruste.

Não podemos esquecer que a política de concorrência tem relação direta com os elementos principais das reformas orientadas para o mercado nos últimos dez a vinte anos. De acordo com estudo desenvolvido pela UNCTAD<sup>63</sup>, essas reformas contemplam os seguintes aspectos: i) liberalização de preços e eliminação gradual de preços administrados; ii) regulação de setores que faziam parte de monopólios estatais; iii) as privatizações; iv) liberalização do comércio mundial, incluindo as reduções de barreiras à importação, resultando numa abertura considerável dos mercados internos, tanto em países

---

<sup>61</sup> Segundo Montini, “the emergence of cases which a genuine global dimension, such as the Boing-MMD merger, which are likely to put into danger the <fragile> bilateral cooperation schemes such as the one built by the EC and the US, and which could involve other domestic antitrust authorities around the world gives us the perception that in na increasingly globalized economy there are some antitrust issues which cannot be adequately dealt with by bilateral cooperation, but should be devoted instead to multilateral cooperation” (op. cit., p. 12).

<sup>62</sup> Trade, Competition, and the WTO Agenda, in Jeffrey J. Schott, *The WTO After Seattle*, p. 212.

<sup>63</sup> Cf. WTO – Grupo de Trabalho sobre Interação entre Comércio e Política de Concorrência – WT/WGTCP/W/197, documento publicado em 15 de agosto de 2002.

desenvolvidos quanto em desenvolvimento. Apesar das reformas, ainda são grandes as diferenças de nível de desenvolvimento dos sistemas de concorrência entre as nações, fato que gera conflitos internacionais diretamente ligados às operações das empresas multinacionais, que em uma economia globalizada poderão afetar diversos países desenvolvidos e, principalmente, países em desenvolvimento, prejudicando a emergência de novos mercados, distorcendo o comércio internacional e causando efeitos negativos à livre concorrência.

Dessa forma, diversos países vêm lutando para viabilizar a negociação de um acordo multilateral de cooperação antitruste, sendo que o papel da UNCTAD e da OCDE tem sido de fundamental importância para as discussões internacionais sobre o tema, principalmente para a criação, na OMC, do Grupo de Trabalho sobre Interação entre Comércio e Política de Concorrência, após a Conferência de Cingapura, cujos estudos e debates extremamente relevantes certamente contribuirão para a criação de um futuro acordo multilateral.

Conforme estudos da missão do Brasil em Genebra, as razões que levaram à introdução do tema concorrência na OMC estavam ligadas ao interesse, manifestado por um grupo de países, de criar um marco comum para regular diversas práticas introduzidas no comércio internacional e consideradas anticoncorrenciais, tais como formação de cartel de preço, cartéis de exportações e importações, abuso de posição dominante, bem como controle de fusões e aquisições. Com a oposição à introdução desse tema na OMC, as ambições de alguns países-membros foram contidas, e atualmente o objetivo é introduzir um acordo multilateral flexível, com alguns princípios básicos da OMC, além de algumas regras comuns para evitar que práticas de certas empresas sejam consideradas ilegais em um país e admissíveis em outro<sup>64</sup>.

Gesner de Oliveira justifica com clareza a necessidade de um acordo de cooperação multilateral:

“Além do esforço doméstico de articulação institucional, a eficácia da defesa da concorrência requer estreitamento de relações com agências de outros países. Uma razão óbvia está na necessidade de manutenção do ritmo de desenvolvimento institucional compatível com a velocidade de integração da economia mundial. Os países que não tiverem sistemas modernos de defesa da concorrência terão maiores dificuldades de acesso a blocos regionais e atrairão menos investimento”<sup>65</sup>.

E prossegue com seu raciocínio descrevendo as três áreas nas quais a cooperação internacional é crucial para o estímulo ao comércio e ao inves-

---

<sup>64</sup> Carta de Genebra, vol. 4, maio de 2002, p. 14.

<sup>65</sup> Gesner de Oliveira, op. cit., pp. 310 e 311.

timento: i) combate aos cartéis internacionais; ii) harmonização e redução dos custos de transação, em atos de concentração transfonteiras; iii) fortalecimento institucional e disseminação da cultura da concorrência<sup>66</sup>.

Seria por demais difícil a criação de um acordo multilateral vinculativo sobre política de concorrência, considerando que grande parte dos membros da OMC nem possuem leis antitruste nacionais. É preciso, primeiramente, negociar um acordo de cooperação multilateral com modalidades de assistência técnica e capacitação entre os membros, com o intuito de alcançar maior convergência e harmonização progressivas entre as diversas culturas de concorrência do mundo, fazendo com que países com mais tradição em matéria de política antitruste possam servir de modelo aos países emergentes que não possuem um sistema de concorrência ou que necessitam ampliar seus sistemas de concorrência já existentes<sup>67</sup>.

Sendo assim, a OMC seria, com certeza, o foro adequado para a negociação de um acordo multilateral de cooperação que pudesse ser suficientemente eficaz no sentido de harmonizar, progressivamente, os diversos sistemas de concorrência do mundo, tornando possível, no futuro, a negociação de um acordo multilateral sobre política antitruste, tal como os demais acordos relacionados com o desenvolvimento do comércio internacional.

## **5. A COOPERAÇÃO ANTITRUSTE NO ÂMBITO DA OMC**

### **5.1. As Negociações em Doha e os Preparativos para a Próxima Rodada Multilateral**

Durante a Conferência de Doha foi decidido que as negociações se iniciarão após a V Conferência Ministerial, em 2003, no México, desde que haja “consenso explícito”<sup>68</sup> entre os membros para a inclusão do tema na pauta da próxima rodada.

Na Declaração de Doha, nota-se que além da atenção voltada para os países em desenvolvimento ou de menor desenvolvimento relativo, há a preocupação de se intensificar a prestação de assistência técnica e a capacitação entre os membros. De acordo com os estudos do Grupo de Trabalho, conforme aponta a missão do Brasil em Genebra, o mandato de Doha explicita duas formas de assistência técnica e capacitação. A primeira, a ser implemen-

---

<sup>66</sup> Ibidem, p. 311.

<sup>67</sup> Cf. estudo desenvolvido pela UNCTAD - OMC – Grupo de Trabalho sobre a Interação entre Comércio e Política de Concorrência – WT/WGTCP/W/184, publicado em 22 de abril de 2002, p. 3.

<sup>68</sup> Somente durante a V Ministerial saberemos o real significado do termo “consenso explícito”.

tada imediatamente, está relacionada com a ajuda externa, a fim de que os países em desenvolvimento tenham uma idéia mais clara dos impactos das leis sobre concorrência nas atividades do comércio exterior. Esse tipo de assistência vem sendo desenvolvido desde 1997, inclusive mediante seminários regionais e internacionais para discutir o tema concorrência de forma ampla. A segunda também tem a ver com ajuda externa, só que dirigida à elaboração de legislação, implementação da lei da concorrência, treinamento de pessoal e outras atividades, com o objetivo de criar e reforçar as instituições ligadas à concorrência, incluindo seminários, visita de especialistas e estágios de aprendizagem. Outro elemento importante é o item ligado à cooperação voluntária entre as partes de um eventual acordo que implique a troca de informações sobre casos particulares, proporcionando uma visão mais abrangente das atividades das empresas investigadas<sup>69</sup>.

A Declaração inclui uma lista de temas centrais que deverão servir de base para um futuro acordo: i) criação de princípios fundamentais, incluídas a transparência, não-discriminação, devido processo legal e disposições sobre os hard core cartels, chamados de cartéis intrinsecamente nocivos ou cartéis “graves”; ii) modalidades de cooperação voluntária; iii) apoio para, mediante capacitação, o fortalecimento progressivo das instituições de defesa da concorrência nos países em desenvolvimento. A Declaração leva em consideração as necessidades dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, prevendo também a flexibilidade necessária para atender aos interesses dos membros<sup>70</sup>. O conceito de flexibilidade é unânime entre os membros, levando-se em conta as diferentes culturas de concorrência e os vários níveis de desenvolvimento de sistemas de concorrência entre os países<sup>71</sup>.

## **5.2. Princípios da OMC Aplicáveis à Política de Concorrência**

---

<sup>69</sup> Carta de Genebra, vol. 4, pp. 14 e 15.

<sup>70</sup> Cf. item 25 da Declaração de Doha.

<sup>71</sup> Cf. Maria Cecília Andrade: “Em relação aos princípios fundamentais da OMC, quais sejam, do tratamento nacional, da transparência e da cláusula da nação mais favorecida vis-à-vis a Política da Concorrência, as controvérsias permanecem, especialmente em razão da diferença dos níveis de desenvolvimento das autoridades de defesa da concorrência e potenciais conflitos entre política da concorrência e política industrial, e ainda entre a política da concorrência e investimentos nos países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos. Em relação a esse tema verificou-se que o conceito-chave passou a ser flexibilidade, buscando adequar, de um lado, a necessidade de se criar um sistema multilateral de regras de concorrência mínimas, e de outro as diferenças de desenvolvimento e prioridades dos diversos países” (Ob., cit., p. 313).

Ao contrário do que foi discutido no passado a respeito da harmonização de leis antitruste e da criação de um Código Antitruste, discute-se muito, atualmente, a respeito da implementação de princípios centrais atinentes ao sistema multilateral de comércio e à política de concorrência, tais como não-discriminação, transparência, disposições sobre hard core cartels e cortesia positiva e negativa<sup>72</sup>. A implementação de princípios fundamentais possibilita uma cooperação antitruste mais estreita e direcionada, ou seja, faz que em qualquer modalidade de cooperação se devam seguir tais princípios.

Os princípios fundamentais podem ser definidos da seguinte maneira:

- Não-discriminação implica que a cooperação antitruste deve proporcionar iguais condições para todos os membros, ou seja, qualquer membro deve receber o mesmo tratamento (cláusula da nação mais favorecida). Implica também a não-discriminação entre os produtos nacionais e importados, ou entre prestadores nacionais e estrangeiros de serviços (tratamento nacional);

- Transparência e Assistência referem-se a todo e qualquer tipo de troca de informações e coordenação de esforços entre autoridades da concorrência domésticas, localizadas em diferentes países, desde simples notificações e trocas de informações não confidenciais, até modalidades mais avançadas, como consultas e troca de informações confidenciais. É claro que, num primeiro momento, inicia-se com as modalidades menos avançadas, para daí, ao atingir um nível de coordenação e convergência mais elevado, partir para as modalidades mais avançadas;

- Combate aos hard core cartels é consenso entre os membros da OMC. Segundo estudo desenvolvido pela OCDE, os chamados “cartéis nocivos” são considerados as mais graves e danosas condutas anticompetitivas<sup>73</sup>. Veremos esse tipo de prática mais adiante;

- Cortesia negativa e positiva, tal como nos acordos de cooperação bilaterais, seriam possíveis também a partir de um nível de coordenação e convergência mais elevado. Dificilmente num primeiro momento a cláusula de cortesia poderia ser eficaz, pois os sistemas de concorrência dos países não

---

<sup>72</sup> Nesse sentido, cf. Robert Anderson e Frédéric Janny, *Competition Policy, Economic Development and the Multilateral Trading System: overview of the linkages and current proposals for an agreement in the WTO*, “Current Developments in Competition Policy in the World Trade Organization”, in *Antitrust*, vol. 16, n.º 1, 2001, pp. 40-44).

<sup>73</sup> Cf. WTO – Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy – WT/WGTCP/W/207 – Communication from the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) – Hard Core Cartels.

são similares. É necessário, primeiramente, disseminar a cultura da concorrência por meio da assistência técnica e capacitação para, num segundo momento, após uma aproximação e convergência das agências de concorrência dos diferentes países, viabilizar a utilização da cláusula de cortesia, principalmente a de cortesia positiva, que requer ainda maior similaridade e reciprocidade entre os diversos sistemas antitruste, para que se torne plenamente eficaz<sup>74</sup>.

Note-se que a aplicação dos princípios de maneira mais ou menos intensa depende do grau de desenvolvimento das instituições da concorrência no âmbito interno dos países, o que implica que a cooperação internacional deverá ser, num primeiro momento, moderada e flexível, para se tornar mais intensa e desenvolvida num segundo momento, quando os países poderão já estar preparados para um eventual acordo vinculativo sobre concorrência, tal como os acordos já existentes da OMC que dispõem sobre o comércio mundial.

### **5.3. Modalidades de Cooperação Técnica**

A cooperação técnica é a área que mais interessa aos países desenvolvidos, principalmente aos EUA, num eventual acordo multilateral de cooperação antitruste na OMC. A grande questão que se coloca é como poderá ser viável a cooperação técnica.

Diversos documentos têm sido apresentados nesse sentido pelo Grupo de Trabalho, trazendo argumentos a respeito dos objetivos e benefícios da cooperação entre agências, os tipos de informação que devem ser incluídos e sobre capacitação dos agentes investigadores<sup>75</sup>. É importante frisar que as análises apontadas seguem os exemplos já existentes nos acordos bilaterais de cooperação internacional. Conforme relato constante do informativo da missão do Brasil em Genebra<sup>76</sup>,

“as discussões que se seguiram demonstraram que existe um razoável grau de apoio das delegações à questão da cooperação em seus diversos

---

<sup>74</sup> Cf. Montini: “The great limit to the possible adoption of the positive comity principle in the framework of an international antitrust cooperation agreement may be the fact that, in order to work well, the positive comity principle should be placed in a context of highly development and efficient antitrust law regimes, similar substantive and procedural antitrust provisions and a considerable level of reciprocal trust between the concerned enforcement authorities. Such a context presently does not exist at international level, and this possibly limits the potential role for the positive comity principle at a multilateral level in the near future” (op. cit., p. 16).

<sup>75</sup> Cf. Carta de Genebra, vol. 7, agosto de 2002, p. 13.

<sup>76</sup> Ibidem.

níveis. Os enfoques bilaterais e regionais foram considerados complementares ao multilateral. Alguns pontos merecem destaque: i) formalidade na cooperação – se os contatos devem ser informais ou formais; ii) tipo de cooperação – se a cooperação deve ser voluntária ou obrigatória, o que levanta a questão de como compatibilizar a cooperação voluntária com o princípio de nação mais favorecida e como sujeitar cooperação voluntária às regras do sistema de solução de controvérsias; iii) necessidade de se criar um mecanismo de revisão das medidas de cooperação na OMC, por exemplo, por meio da criação de um novo comitê no âmbito da OMC”.

As propostas são variadas, apesar de tenderem a um sentido único: a disseminação da cultura da concorrência entre as nações e o desenvolvimento institucional dos diversos sistemas antitruste, para que, no futuro, seja possível a harmonização e convergência entre as diferentes legislações e agências de concorrência do mundo.

Um estudo desenvolvido pela União Européia<sup>77</sup> aponta que a cooperação técnica deve se voltar principalmente para os países menos desenvolvidos na área da concorrência. Dessa forma, a assistência técnica direcionada para esses países deveria incluir um tipo de apoio para a redação de leis e estabelecimento de autoridades da concorrência, mediante capacitação de pessoal e apoio às políticas de informação geral para tratar principalmente das questões relativas a operações internacionais, geralmente complexas, que envolvem comércio e concorrência. Como já foi mencionado, é de extrema importância, num primeiro momento, o desenvolvimento dos sistemas de concorrência no âmbito interno dos países para que, num segundo tempo, seja viável o estabelecimento de um sistema internacional multilateral de concorrência.

No mesmo sentido, de acordo com o documento apresentado pela UNCTAD<sup>78</sup>, há dois tipos de assistência técnica que poderiam ser adotados com os países em desenvolvimento: i) assistência a longo prazo, que poderia ser entendida como a criação de uma “cultura da concorrência”, e o desenvolvimento de uma lei da concorrência, na medida em que for sendo colocado em prática um programa de capacitação para as autoridades em concorrência, incluindo treinamento de oficiais, estágios, troca de funcionários, grupos de estudo, seminários e revisão das legislações antitruste já existentes; e ii) assis-

---

<sup>77</sup> Cf. WTO – WT/WGTCP/W/184 – 22 de abril de 2002 – Grupo de Trabalho sobre a Interação entre Comércio e Política de Concorrência – Comunicação da Comunidade Européia e seus Estados-Membros.

<sup>78</sup> Cf. WTO – WT/WGTCP/W/197 – 15 de agosto de 2002 – Grupo de Trabalho sobre a Interação entre Comércio e Política de Concorrência – Comunicação da UNCTAD.

tência a curto prazo, que poderia ser posta em prática durante o programa de capacitação e teria como finalidade preparar os países em desenvolvimento para as conseqüências que adviessem de um eventual acordo na OMC.

Não obstante, o estudo divulgado pela UNCTAD aponta que além da cooperação técnica Norte-Sul, envolvendo a troca de experiências entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, é de extrema importância a cooperação técnica Sul-Sul, que seria a assistência entre países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, os quais poderiam aproveitar as experiências recentes de outros que enfrentaram dificuldades semelhantes ao implementar seus sistemas de concorrência, convivendo com as realidades comuns que atingem os países emergentes no atual cenário econômico mundial<sup>79</sup>. Nesse sentido, o Brasil cumpre papel importante, já que a regulação do mercado interno brasileiro é muito recente, assim como as reformas econômicas, incluindo a abertura ao comércio exterior, a entrada em vigor da Lei 8884/1994, a nossa Lei Antitruste, que transformou o CADE em autarquia, a criação das Agências Reguladoras, entre outras reformas que, em menos de dez anos, possibilitaram avanços consideráveis na economia nacional, apesar das dificuldades que o país vem enfrentando diante de uma economia mundial altamente globalizada. A experiência brasileira poderia ser compartilhada com outros países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, podendo começar já com o Mercosul, uma vez que, apesar do Protocolo de Fortaleza, apenas o Brasil e a Argentina possuem sistemas nacionais de defesa da concorrência que vêm logrando certo êxito já há alguns anos. Diferentemente de ambos, o Uruguai e o Paraguai necessitam urgentemente de apoio na criação e implementação de sistemas antitruste internos que permitam o desenvolvimento, no âmbito do Mercosul, de uma política de concorrência eficaz e capaz de servir de exemplo para outros blocos regionais e países em desenvolvimento e menos desenvolvidos.

Finalmente, é importante apresentar algumas notas conclusivas do Grupo de Trabalho<sup>80</sup> da OMC, com destaque para dois elementos principais que constituem modalidades de cooperação voluntária e poderiam ser incorporados em um eventual acordo multilateral sobre política de concorrência: i) disposições destinadas a facilitar a cooperação em casos concretos<sup>81</sup>, referen-

---

<sup>79</sup> Cf. WTO – WT/WGTPC/W/197 – Grupo de Trabalho sobre a interação entre Comércio e Política de Concorrência - Comunicado da UNCTAD.

<sup>80</sup> Cf. WTO – WT/WGTCP/W/192 – 28 de julho de 2002 – Grupo de Trabalho sobre a interação entre Comércio e Política de Concorrência – Modalidades de Cooperação Voluntária – Nota preparada pela Secretaria.

<sup>81</sup> A cooperação técnica em casos concretos poderia incluir os seguintes elementos: a) Intercâmbio de informações e provas sobre casos concretos; b) Consultas e inter-

tes a práticas anticompetitivas que tenham efeitos no comércio internacional. Nesse sentido, destacamos notificações, consultas, assistência mútua e implementação de princípios de cortesia (negative e positive comity); e ii) disposições relativas à cooperação no sentido de intercâmbio de informações e experiências<sup>82</sup>, incluindo análises e debates de questões de interesse comum, referentes à concorrência relacionada com o comércio, possivelmente em um Comitê de Política Antitruste no âmbito da OMC, que poderia ser estabelecido num eventual acordo multilateral<sup>83</sup>.

São diversas as propostas sobre cooperação técnica, além de figurarem como relevantes contribuições para a negociação de um acordo de cooperação antitruste multilateral na OMC, o qual, uma vez estabelecido, exercerá um papel importantíssimo para o fortalecimento institucional dos sistemas de concorrência, principalmente nos países em desenvolvimento e na disseminação da cultura da concorrência entre as nações.

#### **5.4. Cooperação no Combate aos Cartéis Internacionais**

Os cartéis internacionais podem ser entendidos como acordos horizontais entre competidores para fixar preços, restringir a produção ou dividir mercados e são considerados as formas de conduta anticompetitiva mais graves e danosas para o livre comércio internacional e para o desenvolvimento da economia mundial. Reconhece-se, atualmente, que esse tipo de conduta é condenável, pois não há nenhuma legitimidade econômica ou benefícios sociais que possam justificar os danos causados por esse tipo de prática anticompetitiva.

---

câmbio de opiniões sobre assuntos que possam afetar interesses comerciais importantes de outros membros da OMC.

<sup>82</sup> Em relação à cooperação no sentido de intercâmbios gerais de informação e experiências, podem incluir as seguintes atividades: a) intercâmbio de informações sobre as leis, práticas e ocorrências de cada país mediante o estabelecimento dos chamados “centros de contato”, com a participação dos órgãos da concorrência de cada membro da OMC; b) Intercâmbio de experiências e análises sobre problemas de política de concorrência que tenham efeitos no comércio internacional; c) “Exames entre Homólogos” ou Peer Review Mechanism, de caráter voluntário, realizado por autoridades antitruste, que teria como finalidade o exame e revisão das políticas de concorrência de cada membro da OMC; d) Análises conjuntas e debates sobre as práticas e operações anticoncorrenciais que afetam o comércio internacional e a economia mundial. Um possível instrumento para facilitar esse tipo de análise seria a elaboração de um informe periódico sobre as principais novidades em matéria de política de concorrência que possam repercutir no comércio internacional.

<sup>83</sup> Cf. WTO - Grupo de Trabalho sobre a interação entre Comércio e Política de Concorrência - Nota da Secretaria.

Cumpra-se nos ressaltar que nem sempre os cartéis internacionais prejudicam a concorrência e o livre comércio, ao contrário, muitas vezes até colaboram para o desenvolvimento e o bem-estar social. Por isso, o Grupo de Trabalho sobre a Interação entre Comércio e Política de Concorrência da OMC, influenciado por uma Recomendação da OCDE<sup>84</sup>, adotou o termo *hard core cartels* ou cartéis intrinsecamente nocivos, para designar os cartéis que realmente são danosos<sup>85</sup>. Aqui eles serão chamados simplesmente de cartéis nocivos.

A ação dos cartéis nocivos pode ocorrer tanto no âmbito nacional quanto internacional, apesar dos debates do Grupo de Trabalho estarem centrados fundamentalmente nas questões relacionadas com os cartéis nocivos internacionais, o que não exclui os cartéis nacionais que produzem efeitos negativos no âmbito do comércio internacional e do desenvolvimento.

É importante distinguir também o conceito de cartel nocivo internacional do conceito de cartel de exportação e de importação. Conforme nota do Grupo de Trabalho<sup>86</sup>, os cartéis de exportação têm como finalidade a fixação de preços ou de volumes de produção nos mercados de exportação das empresas participantes, mas sem afetar seus mercados internos, pois são práticas destinadas à restrição da concorrência nos mercados de outros países. Já os cartéis de importação têm como objetivo a fixação de preços ou imposição de condições à importação de bens ou serviços – são práticas destinadas à restrição da concorrência nos mercados internos das empresas participantes. Ao contrário, as finalidades dos cartéis nocivos internacionais são a fixação de preços, de volumes de produção ou outros fatores prejudiciais à concorrência em diversos mercados, incluindo também os países de origem das empresas participantes. Outra diferença reside no fato de que os cartéis de exportação estão isentos, por governos de muitos países, da aplicação de leis nacionais de concorrência como forma de fortalecimento de suas exportações<sup>87</sup>. É impor-

---

<sup>84</sup> Cf. Recomendação do Conselho da OCDE sobre medidas eficazes contra os Cartéis Intrinsecamente Nocivos – Adotada pelo Conselho da OCDE em sua 921ª reunião, celebrada em 25 de março de 1998 [C/M (98)7/PROV].

<sup>85</sup> Cf. nota preparada pela Secretaria da OMC – WTO – WT/WGTCP/W/191 – Grupo de Trabalho sobre a Interação entre Comércio e Política de Concorrência – 20 de junho de 2002.

<sup>86</sup> WTO – WT/WGTCP/W/191 – Grupo de Trabalho sobre a Interação entre Comércio e Política de Concorrência – Disposições sobre Cartéis Intrinsecamente Nocivos – Nota da Secretaria – 20 de junho de 2002.

<sup>87</sup> Nesse sentido, afirma Paula Forgioni: “O incentivo aos cartéis de exportação pode ser atuado (i) pela ignorância da lei antitruste, fazendo-se como se ela não existisse, ou (ii) pela concessão de isenções ou autorizações. Tanto em um quanto em outro caso, justifica-se a colaboração governamental pelo fato de que os efeitos do cartel de

tante frisar que os esforços para combater os cartéis nocivos não excluem os cartéis de exportação e de importação, que uma vez prejudiciais ao fluxo do comércio mundial passam a ser objeto de ações antitruste internacionais.

Feitas as distinções iniciais, faz-se mister a exposição das propostas de possíveis medidas de combate aos hard core cartels apresentadas pelos membros da OMC e pela OCDE durante as reuniões do Grupo de Trabalho.

O documento apresentado pela OCDE demonstra os danos causados pelos cartéis nocivos mediante dados estatísticos relevantes. Os dados foram colhidos de casos investigados por agências de países membros e não-membros da OCDE, entre 1996 e 2000. Concluiu-se que nesse período houve um total de 145 casos, sendo que em grande parte deles não foi possível estimar os prejuízos causados. O comércio mundial foi afetado por 16 grandes casos de cartéis que, segundo relatório da organização, envolveu uma quantia estimada em mais de U\$ 55 bilhões de dólares norte-americanos. Os prejuízos recaem tanto sobre países desenvolvidos quanto os que estão em desenvolvimento. Diversos cartéis que operavam internacionalmente foram descobertos e processados. Esses cartéis prejudicavam diretamente os consumidores nos países em desenvolvimento, pelo aumento de preço dos produtos importados por esses países. Um estudo demonstrou que, no período de um ano, países em desenvolvimento importaram bens avaliados em U\$ 81.1 bilhões de dólares de indústrias que praticavam fixação de preços ao longo dos anos 90. Não obstante, os cartéis internacionais podem, também, gerar efeitos negativos em economias emergentes, impedindo a entrada de novas empresas, tanto nacionais quanto estrangeiras, nos mercados cartelizados<sup>88</sup>.

Sem dúvida, os números são expressivos e justificam a preocupação da comunidade internacional em combater esse tipo de prática. Nesse sentido, em 25 de março de 1998, a OCDE aprovou a Recomendação do Conselho da OCDE sobre Medidas Eficazes contra os Cartéis Intrinsecamente Nocivos, que além de expor as práticas consideradas anticompetitivas como fixação de preços, restrição de produção, divisão de mercados etc. dispõe sobre a necessidade de se criarem instrumentos internacionais eficazes no combate aos cartéis nocivos, que distorcem o comércio mundial, gerando desperdício e ineficiência. Expõe, ainda, que o sucesso das medidas anticartel depende da cooperação internacional, posto que os cartéis operam em segredo, e provas

---

exportação não são sentidos no mercado interno, mas acabam por afetar estruturas e consumidores estrangeiros não protegidos pela lei antitruste nacional” (op. cit., p.341).

<sup>88</sup> Cf. WTO – WT/WGTCP/W/207 – Grupo de Trabalho sobre Interação entre Comércio e Política de Concorrência – Comunicação da OCDE: Hard Core Cartels – 15 de agosto de 2002.

importantes podem ser localizadas em diferentes países<sup>89</sup>. A título ilustrativo do efeito que teria a cooperação em casos de cartéis nocivos, foi mencionado pelo Grupo de Trabalho o caso do papel térmico usado em aparelhos de fax, que envolveu uma associação internacional ilícita, que encareceu o preço do papel térmico utilizado nesse equipamento no Canadá e nos EUA. A associação ilícita foi descoberta pelo Escritório de Concorrência do Canadá, mas boa parte das provas encontrava-se nos EUA. A cooperação entre as autoridades antitruste de ambos países possibilitou a solução do caso e a punição dos responsáveis<sup>90</sup>.

O Grupo de Trabalho aponta, ainda, os fatores que contribuem para os efeitos prejudiciais dos cartéis nocivos: i) a ausência de legislação e política antitruste eficazes; ii) as exceções estabelecidas por lei ou regimes de proteção que amparam tais práticas; iii) ineficiência na aplicação das leis antitruste; iv) a existência de políticas governamentais que, de forma implícita ou explícita, sancionam ou fomentam atos anticompetitivos. Observou-se, também, que os cartéis internacionais não deixam de operar em territórios abarcados por acordos bilaterais vigentes e, pelo contrário, tendem naturalmente a atuar de maneira estratégica, explorando as lacunas existentes nesses acordos<sup>91</sup>.

Dessa forma, nota-se que há uma preocupação quase geral dos membros da OMC em combater os cartéis nocivos, considerados uma das mais graves ameaças ao fluxo do comércio e dos investimentos internacionais e, conseqüentemente, ao desenvolvimento econômico. Nesse sentido, a missão do Brasil em Genebra<sup>92</sup> destaca alguns pontos de discussões que merecem destaque, tais como: buscar uma definição precisa para os chamados “cartéis nocivos”; se deveriam ou não ser tratados separadamente dos cartéis de exportação e de importação, já que os primeiros são excluídos de legislações nacionais; cláusulas de flexibilidade para permitir a formação de cartéis de pequenas e médias empresas que poderiam ter efeitos pró-competitivos, sendo que as exceções deveriam ser sempre transparentes e justificadas, além de acompanharem um prazo de eliminação.

---

<sup>89</sup> Cf. o preâmbulo da Recomendação do Conselho da OCDE sobre Medidas eficazes contra os Cartéis Intrinsecamente Nocivos – Adotada pelo Conselho da OCDE em sua 921ª reunião, celebrada em 25 de março de 1998 [C/M (98)7/PROV].

<sup>90</sup> Cf. WTO – WT/WGTCP/W/191 – Grupo de Trabalho sobre a Interação entre Comércio e Política de Concorrência – Disposições sobre Cartéis Intrinsecamente Nocivos – Nota da Secretaria – 20 de junho de 2002.

<sup>91</sup> Cf. WTO – WT/WGTCP/W/191 – Grupo de Trabalho sobre a Interação entre Comércio e Política de Concorrência – Disposições sobre Cartéis Intrinsecamente Nocivos – Nota da Secretaria – 20 de junho de 2002.

<sup>92</sup> Carta de Genebra, vol. 7, agosto de 2002, p. 12.

## 5.5. Cooperação no Controle dos Acordos Verticais

Apesar de os debates em torno da possibilidade de negociação de um acordo de cooperação multilateral na OMC envolverem apenas princípios e regras procedimentais, com exceção da inclusão de algumas regras substantivas gerais sobre cartéis nocivos, alguns países têm defendido que se adotem outras do mesmo tipo que tratem de acordos verticais que, muitas vezes, causam distorções expressivas no comércio internacional<sup>93</sup>. A grande dificuldade nesse particular reside no fato de que os efeitos causados por esses acordos podem ser tanto prejudiciais quanto benéficos, dependendo da estrutura de cada mercado que venha a ser afetado<sup>94</sup>. Não obstante, conforme estudo divulgado pela UNCTAD<sup>95</sup>, as definições legais e os graus de proibições incluídos nas disposições concernentes ao controle dos acordos verticais variam de um país para outro, o que também dificulta a negociação de um acordo multilateral. Nos países em desenvolvimento, por exemplo, alguns acordos verticais podem ser importantes quando envolvem mercados de menor porte e menos estruturados, nos quais empresas multinacionais tendem a exercer posição dominante, contribuindo, pois, para seu crescimento e desenvolvimento. Mesmo assim, acordos verticais – como concentrações empresariais, monopólios, acordos entre fornecedores e distribuidores no sentido de restringir a entrada de novos competidores – preocupam grande parte dos países-membros da OMC. Vários casos que envolveram aplicação extraterritorial de leis antitruste tinham como objeto de investigação acordos verticais.

O fato é que, do ponto de vista realista, é muito difícil a inclusão de regras substantivas sobre acordos verticais em um marco multilateral na OMC sobre cooperação antitruste, já que uma parte considerável de seus membros, entre eles países desenvolvidos como os EUA, são contrários a eventuais negociações nesse sentido.

Por outro lado, poder-se-ia chegar a um resultado satisfatório no controle de atos anticompetitivos resultantes de acordos verticais mediante cooperação técnica em casos concretos, modalidade que vem sendo discutida

---

<sup>93</sup> Para um estudo mais aprofundado da cooperação internacional em matéria de acordos verticais e concentração de empresas, confira Ana Maria de Oliveira Nusdeo, *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – o controle da concentração de empresas*; e Maria Cecília Andrade, *Controle de Concentrações de Empresas*.

<sup>94</sup> Cf. Montini: “...national approaches towards vertical agreements in different countries are generally controversial, because of the fact that effects of vertical agreements may be either anti-competitive or pro-competitive largely depending on the kind of evaluation undertaken and the market structure considered” (op. cit., p. 17).

<sup>95</sup> Cf. WTO – WT/WGTCP/W/197 – Grupo de Trabalho sobre Interação entre Comércio e Política de Concorrência – Comunicação da UNCTAD.

pelo Grupo de Trabalho, incluindo, como já mencionado, notificações, consultas, intercâmbio de informações e de provas relativas ao caso concreto sob investigação, com o intuito de evitar ações unilaterais que possam vir a afetar interesses de outros membros<sup>96</sup>.

## **5.6. Solução de Controvérsias e Exame entre Homólogos**

Em relação à possibilidade de submeter ao Órgão de Solução de Controvérsias as questões relativas à concorrência que provoquem efeitos no comércio internacional, não tem havido convergência de idéias nos debates realizados nesse sentido ao longo dos últimos anos, principalmente porque um eventual acordo de cooperação antitruste multilateral, no âmbito da OMC, não teria o mesmo caráter vinculativo dos acordos já existentes sobre comércio. Da mesma forma, muitos países condenam a criação de qualquer foro multilateral de solução de disputas ou agência supranacional, enquanto os países emergentes não contarem com instituições de concorrência desenvolvidas e não houver maior convergência na aplicação de legislações antitruste nacionais.

Nos debates do Grupo de Trabalho foi sugerida a utilização limitada do sistema de solução de controvérsias da OMC, que poderia cobrir alguns aspectos, como a não-aplicação da lei de concorrência nacional no caso de uma prática anticompetitiva destinada a eliminar os competidores estrangeiros ou a proteger empresas ou mercados nacionais frente a concorrentes estrangeiros<sup>97</sup>. De qualquer maneira, o mecanismo jamais poderia alterar em segunda instância as decisões de jurisdições nacionais<sup>98</sup>.

Outra proposta interessante seria o estabelecimento dos chamados peer review mechanisms ou “exame entre homólogos”, a exemplo dos que são realizados na OCDE. Conforme estudo divulgado pela própria OCDE<sup>99</sup>, os exames entre homólogos são as revisões feitas por meio de análises realizadas por consultores independentes sobre as condições econômicas de um determinado país, incluindo a análise das leis e normas antitruste, da eficiência na aplicação das leis pela autoridade da concorrência, dos casos decididos cujo

---

<sup>96</sup> De acordo com Ana Maria de Oliveira Nusdeo, “a cooperação tem-se tornado muito importante na apreciação de controle de atos de concentração em decorrência do crescente número de operações de dimensão internacional, isto é, envolvendo dois ou mais mercados relevantes” (Op. cit., p. 171).

<sup>97</sup> Podemos tomar como exemplo o famoso caso na OMC sobre distribuição de filmes, que envolveu EUA (Kodak) e Japão (Fuji).

<sup>98</sup> Cf. Robert Anderson e Frédéric Jenny, op. cit., p. 22.

<sup>99</sup> Cf. trabalho apresentado pela OCDE, Joint Group on Trade and Competition – Peer Review: Merits and Approaches in a Trade and Competition Context – COM/TD/DAFFE/COMP(2002)4/FINAL).

resultado, que pode ser crítico, é posteriormente apresentado à autoridade da concorrência do país sob “exame”, para em seguida ser aberta uma audiência pública com a participação de outras autoridades da concorrência, os ditos “homólogos”, que iniciam uma sabatina sobre questões relacionadas com a política de concorrência. O processo é concluído com a apresentação de uma lista de recomendações e sugestões contendo as práticas mais adequadas que poderiam ser implementadas pelo governo do país que estiver sob análise. O “Exame entre Homólogos” é muito semelhante ao Mecanismo de Revisão de Política Comercial (MRPC) da OMC – Trade Policy Review Mechanism (TPRM).

A diferença básica entre o sistema da OCDE e o da OMC reside no fato de que o primeiro tem caráter voluntário, enquanto o do segundo é periódico e obrigatório. Ainda não se sabe se o mecanismo que poderia vir a ser adotado em um eventual acordo de cooperação antitruste na OMC seria voluntário ou periódico, dúvida que ainda persiste nas reuniões do Grupo de Trabalho.

Um mecanismo eficiente de solução de disputas ou de revisão de políticas antitruste seria de suma importância para o desenvolvimento institucional dos sistemas de concorrência dos membros da OMC, além de evitar conflitos de jurisdição resultantes de ações unilaterais ou aplicações extraterritoriais de leis antitruste, promovendo maior convergência e harmonização progressivas entre os países.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Apesar dos esforços para a implementação de regras internacionais sobre política de concorrência, ainda estamos distantes de um acordo multilateral no âmbito da OMC que vincule os países-membros, tal como ocorre hoje com os acordos sobre políticas de comércio internacional. Estamos mais próximos, na verdade, de um acordo de cooperação antitruste multilateral que, a exemplo dos acordos regionais e bilaterais, tem como finalidade promover uma aproximação entre os países e seus sistemas nacionais de concorrência, com o intuito de disseminar a cultura da concorrência e o desenvolvimento institucional, buscando sempre a convergência entre as agências antitruste existentes. Não obstante, elas também poderão servir de exemplo para a implementação de novas agências antitruste nos países em desenvolvimento, além da harmonização progressiva das leis sobre concorrência. Para tanto, é imprescindível que os membros contem com assistência técnica e capacitação, além da cooperação nas investigações antitruste de práticas anticompetitivas que possam prejudicar o desenvolvimento econômico e o fluxo do comércio mundial. Somente quando houver maior convergência e similaridade entre os sistemas de concorrência de todos os países-membros é que será possível a

negociação de um acordo multilateral e vinculativo sobre política antitruste na OMC.

O sistema multilateral de comércio, concebido tal como é hoje, levou quase meio século para ser desenvolvido. O antigo GATT também era um acordo flexível, não-vinculativo, que foi evoluindo ao longo dos anos, mediante rodadas multilaterais de negociações, até a criação da OMC, após a Rodada Uruguai, com acordos vinculativos de política de comércio e a implementação de um sistema eficaz de solução de disputas.

Da mesma forma, inicialmente, deve-se implementar, de maneira flexível, um sistema multilateral de concorrência eficiente, não-vinculativo, promovendo a cooperação entre as nações, para que, no futuro, seja viável um acordo multilateral sobre política antitruste que vincule todos os países-membros da OMC, o que será extremamente benéfico para a intensificação do comércio mundial e, conseqüentemente, para um aumento significativo dos investimentos internacionais, com perspectivas de maior desenvolvimento econômico para os países emergentes, maiores vítimas, atualmente, de condutas anticompetitivas de impacto global.

## **BIBLIOGRAFIA**

ANDERSON, Robert; JENNY, Frédéric. Competition Policy, Economic Development and the Multilateral Trading System: Overview of the Linkages and Current Proposals for an Agreement in the WTO, Integrated Framework Seminar on the Policy Relevance of Mainstreaming Trade into Country Development Strategies, held at WTO on 29-30 January of 2002.

ANDRADE, Maria Cecília. “Concorrência”, in: BARRAL, Welber (coordenador), O Brasil e a OMC, Curitiba: Juruá, 2002.

\_\_\_\_\_. Controle de Concentrações de Empresas, São Paulo: Singular, 2002.

FOLSON, Ralph H.; GORDON, Michael W.; SPANOGLE, John A. International Trade and Investment, Minnesota: West Group, 2000, 2.<sup>a</sup> edição.

FORGIONI, Paula Andrea. “Os Fundamentos do Antitruste”, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GRAHAM, Edward M. Trade, “Competition and the WTO Agenda”. In: SCHOTT, Jeffrey J. (coord.). The WTO After Seattle, Washington, DC: Institute for International Economics, 2000.

MISSÃO DO BRASIL EM GENEVRA. Carta de Genebra – Informativo sobre a OMC e a Rodada de Doha, vol. 4, maio de 2002.

\_\_\_\_\_. Carta de Genebra – Informativo sobre a OMC e a Rodada de Doha, vol. 7, agosto de 2002.

MONTINI, Massimiliano. Globalization and International Antitrust Cooperation, International Conference – Trade and Competition in the WTO and Beyond, Veneza, 4 e 5 de dezembro de 1998.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. Defesa da Concorrência e Globalização Econômica – O Controle de Concentração de Empresas, São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Gesner de. Concorrência – Panorama no Brasil e no Mundo, São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. Defesa da Concorrência na OMC: Uma Proposta de Agenda de Cooperação Internacional. In: AMARAL JR., Alberto do (coordenador), OMC e o Comércio Internacional, São Paulo: Aduaneiras, 2002.

PINSKY, Lior. Aplicação Extraterritorial da Lei Antitruste. In: Revista de Direito Mercantil, vol. 115.

RAMOS, André de Carvalho; CUNHA, Ricardo Thomazinho da. “A Defesa da Concorrência em Caráter Global: Utopia ou Necessidade?”. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo (coordenadores). Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil, São Paulo: LTr, 1998.

THORSTENSEN, Vera. Organização Mundial do Comércio – As Regras do Comércio Internacional e a Nova Rodada de Negociações Multilaterais, São Paulo: Aduaneiras, 2001, 2ª edição.

#### Documentos Oficiais

AMERICAN BAR ASSOCIATION. Report of ABA Sections of Antitrust Law and International Law and Practice on the Internationalization of Competition Law Rules: Coordination and Convergence.

COMISSÃO EUROPEIA. Política de Concorrência da União Europeia – XXXI Relatório sobre Política de Concorrência, Direção Geral da Concorrência, União Europeia, 2001.

OECD – Organization for Economic Cooperation and Development (2002). Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, DAF/COMP(2002)7.

OECD – Organization for Economic Cooperation and Development (2002), Joint Group on Trade and Competition. International Options to Improve the Coherence Between Trade and Competition Policies, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, COM/TD/DAFFE/COMP(2002)4/FINAL.

OECD – Organization for Economic Cooperation and Development (2002), Joint Group on Trade and Competition. Peer Review: Merits and Approaches in a Trade and Competition Context, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, COM/TD/DAFFE/CLP(99)102/FINAL.

WTO – Working Group on the Interaction Between Trade and Competition Policy (2002). Communication From The Organization for Economic Cooperation and Development (OCDE), Geneva, WT/WGTCP/W/207.

WTO – Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia (2002). Comunicación de los Estados Unidos, Ginebra, WT/WGTCP/W/185.

WTO – Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia (2002). Disposiciones sobre los Cárteles Intrínsecamente Nocivos – Nota de antecedentes preparada por la Secretaría, Ginebra, WT/WGTCP/W/191.

WTO – Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia (2002). Modalidades de Cooperación Voluntaria – Nota de antecedentes preparada por la Secretaría, Ginebra, WT/WGTCP/W/192.

WTO – Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia (2002). Comunicación de la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, Ginebra, WT/WGTCP/W/184.

WTO – Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia (2002). Comunicación de la UNCTAD, Ginebra, WT/WGTCP/W/197.

## ÍNDICE DAS MATÉRIAS JÁ PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

### DOUTRINA

<b>Autor</b>	<b>Título</b>	<b>Vol. / n.º</b>
Alexandre, Letícia Frazão	Dumping e preços predatórios	9-1
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
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
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 Boeing/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
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
Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITO DA CONCORRÊNCIA	4-6
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4

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
Cazetta, Luís Carlos	A aplicação da multa prevista no art. 26 da Lei n.º 8884/94 pela SEAE	8-4
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 Market Power: How to Identify It	4-6
Considera, Cláudio	Uma breve história da economia política da defesa da concorrência	9-5
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
Donald J. Johnston	Competition Policy and Economic Reform Conference	4-6
Dutra, Pedro	Concorrência em mercado regulado: a ação na 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 SE-AE 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
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
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	Restrição vertical por fixação de preços	9-5
Ferraz, Tercio Sampaio	Discrecionariiedade 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, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico ( inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6
Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10

Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria, Eleni	Denúnciação de Práticas Anticompetitivas: Ganhos Privados e Custos Públicos	4-6
Gaban, Eduardo Molan	Regulação econômica e assimetria de informação	9-5
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
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
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
Kemmelmeier, Carolina Spack	Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e Alca	9-1
<i>Klajmic, Magali</i>	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
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
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
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
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
Marques Neto, Floriano de Azevedo	Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural	8-4
Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4
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
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
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
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
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, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação anti-truste	3-5
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
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 CA-DE	5-8
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, Mario; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Defesa da concorrência e regulação de setores de infra estrutura em transição	8-8
Possas, Mario; 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
Riviére Martí, Juan Antonio	Comissão das comunidades européias 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. Per- nomian	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
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Santacruz, Ruy	Antitruste, eficiência econômica, curvas , triângulos e retângulos	9-5
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilher- me	As Deliberações sobre Atos de Concentração: O Caso Brasileiro	4-6
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8

Sousa, Ricardo Noronha Ingles de	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
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
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, Arnold	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

### ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA

A. C.	Requerentes	Vol./n.º
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 Willianmas 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
08012.000606/98-41	Champion Papel e Celulose Ltda., Inpacel Indústria de Papel Arapoti S.A. e Baf Bamerindus Agro-Florestal	5-9
177/97	Unigel Participações, Serviços Industriais e Representação Ltda. (Monsato Do Brasil Ltda.) e Companhia Brasileira de Estireno	5-9
08012.001501/98-01	(Apresentação Prévia) -Ge Celma S.A e Varig – Viação Aérea Rio-Grandense S.A	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. Farmaceutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmaceutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasiol 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 Poçímetros 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 Chemical Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini ( papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Companc e Innova	7-1
29/95	Caraíba	7-1
134/97	American Home Products & Solvay S.A.	7-1
08012.004735/98-35	Galderma & Darrow	7-1
08012.006375/98-42	Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold	7-2
08012.002611/98-51	Herbitécnica & Defesa	7-2
08012.000587/99-89	Basf & Clariant	7-2
08012.0006501/98-03	Senior & Tecne	7-2
102/96	Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto	7-2
08012.0019247/98-79	ABC Supermercados & Maxbox	7-2
08012.000578/99-98	Exxo & Shell	7-2
08012.007256/98-99	Alcon& Grieshaber	7-2
08012.000097/99-18	BWT & Vonroll	7-2
08012.007085/98-06	Air Porducts	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 investimetno s/a; Brasmetal Indústria s/a; Zurich participações e representações	8-9

### PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	Vol/n.º
-----	------------------------------------	---------

15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Rousset 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 Rousset S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieceesp	3-11

40/92	Refrío Ltda. X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda., Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12
62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	4-3
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 e 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 Officio 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 Officio X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Officio 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	Panflor 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 dde 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. Qímicas	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	Vol./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 Irís Ltda.	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

### JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

### LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferencz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades 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 <i>Comisión Federal de Competencia</i>	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” <i>Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia</i>	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	6-4

trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	
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 1999 (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

**TRANSCRIÇÕES DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS**

“Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste”	1-3
<i>“Dumping e Concorrência Externa”</i>	1-3
<i>“Concorrência no Mercosul”</i>	1-3
<i>“Concentração Econômica e a Resolução -I do Cade”</i>	3-1
<i>II Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	3-6
<i>V Seminário Internacional de Direito da Concorrência</i>	7-4
<i>Workshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000</i>	7-7
<i>VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência</i>	8-1
<i>VII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência</i>	9-4
<i>II Seminário Internacional de Defesa Comercial</i>	9-6

[www.ibrac.org.br](http://www.ibrac.org.br)  
e-mail: [ibrac@ibrac.org.br](mailto:ibrac@ibrac.org.br)

Apoio:

