

REVISTA DO IBRAC

***DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO***



São Paulo
Volume 15 número 1 – 2008
ISSN 1517-1957

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

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

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

DIRETORA: Viviane N. Araújo Lima

EDITOR ASSISTENTE: José Carlos Busto

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

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

Periodicidade: 6 números em 2007

Catálogo

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

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

**VII CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS
SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

PRÊMIO IBRAC – ESSO

2007





**VII CONCURSO DE MONOGRAFIAS
SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

PRÊMIO IBRAC/ESSO 2007

BANCA EXAMINADORA

Sérgio Varella Bruna

Arthur Barrionuevo

Antonio Garbelini Jr.

Fernanda Pécora

Caio Mário S. Pereira Neto

Diogo Coutinho

Pedro Paulo Cristófaró

Tulio do Egito Coelho

CATEGORIA GRADUAÇÃO

1.º Colocado

Monografia: *Os cartões de pagamento sob a perspectiva do mercado de dois lados: o desafio do direito da concorrência*

Participante: Natália de Lima Figueiredo

Curso: Direito

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

2.º Colocado

Monografia: *A judicialização da defesa da concorrência*

Participante: Flávia Teixeira Fortes

Curso: Direito

Instituição: Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

3.º Colocado

Monografia: *Sham litigation* – Uma exceção à doutrina noerr-pennington e a experiência vivida pelo CADE

Participante: Sandra Terepins

Curso: Direito

Instituição: PUC-SP

4.º Colocado

Monografia: *A proteção da concorrência nos contratos mercantis*

Participante: Luis Felipe Vidal Arellano

Curso: Direito

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

CATEGORIA PÓS-GRADUAÇÃO

1.º Colocado

Monografia: *A tese do poder compensatório no mercado de saúde*

Participante: Heloisa Helena Monteiro de Lima

Curso: Direito

Instituição: FGV / EDESP

2.º Colocado

Monografia: *Defesa da concorrência: o exercício dos direitos de desenho industrial sob a ótica da Lei 8.884/94 (o caso das autopeças)*

Participante: Renato Dolabella Melo

Curso: Direito de Empresa no CAD/Univerddidade
Instituição: Universidade Gama Filho

3.º Colocado

Monografia: *Modelos de simulação na análise antitruste – Teoria e aplicação nos casos Ambev, Nestlé-Garoto e CVRD*

Participante: Ian Ramalho Guerriero

Curso: Mestrado em Economia

Instituição: Instituto de Economia – Universidade Ferderal do Rio de Janeiro

4.º Colocado

Monografia: *Defesa da concorrência nos mercados de telefonia fixa local no Brasil: 10 anos de coexistência entre o diploma antitruste e a Lei Geral de Telecomunicações*

Participante: Priscila Brolio Gonçalves

Curso: Doutorado em Direito Comercial

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP

SUMÁRIO

GRADUAÇÃO

OS CARTÕES DE PAGAMENTO SOB A PERSPECTIVA DO MERCADO DE DOIS LADOS: O DESAFIO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA <i>Natália de Lima Figueiredo</i>	11
A JUDICIALIZAÇÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA <i>Flávia Teixeira Fortes</i>	39
SHAM LITIGATION – UMA EXCEÇÃO À DOCTRINA NOERR-PENNINGTON E A EXPERIÊNCIA RECENTE VIVIDA PELO CADE <i>Sandra Terepins</i>	63
A PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS MERCANTIS	
<i>Luis Felipe Vidal Arellano</i>	99

PÓS-GRADUAÇÃO

A TESE DO PODER COMPENSATÓRIO NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR: AUSÊNCIA DE CRITÉRIOS COESOS DE ANÁLISE E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS <i>Heloisa Helena Monteiro de Lima</i>	117
DEFESA DA CONCORRÊNCIA: O EXERCÍCIO DOS DIREITOS DE DESENHO INDUSTRIAL SOB A ÓTICA DA LEI 8.884/94 (O CASO DAS AUTOPEÇAS) <i>Renato Dolabella Melo</i>	141
MODELOS DE SIMULAÇÃO NA ANÁLISE ANTITRUSTE: TEORIA E APLICAÇÃO NOS CASOS AMBEV, NESTLÉ-GAROTO E CVRD <i>Ian Ramalho Guerriero</i>	163
DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS DE TELEFONIA FIXA LOCAL NO BRASIL: 10 ANOS DE COEXISTÊNCIA ENTRE O DIPLOMA ANTITRUSTE E A LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES <i>Priscila Brolio Gonçalves</i>	189



GRADUAÇÃO

REVISTA DO IBRAC



OS CARTÕES DE PAGAMENTO SOB A PERSPECTIVA DO MERCADO DE DOIS LADOS: O DESAFIO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Natália de Lima Figueiredo

1. Introdução

Os instrumentos eletrônicos de pagamento, notadamente os chamados cartões de plástico (*plastic cards*), têm assumido importância crescente na economia do País. Desconsiderados os pagamentos efetuados em espécie, já respondem por cerca de 80% dos pagamentos em operações de varejo, isto é, de compra e venda de mercadorias e serviços, com destaque para os cartões de pagamentos, as transferências de crédito e os débitos diretos em conta.¹

Seguindo a tendência dos últimos anos, o uso dos cartões de pagamento foi o que apresentou maior taxa de crescimento dentre os instrumentos de pagamento utilizados no País, ao passo que o uso do cheque continua em declínio. Em 2005, as transações por meio de cartões de pagamento cresceram cerca de 20% em relação a 2004 e as feitas por meio de cheque apresentaram queda de 6,5%.²

Diante da intensificação no uso de cartões de pagamento e das peculiaridades do setor, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE), a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e o Banco Central do Brasil (BACEN) celebraram, em 2006, um convênio de cooperação técnica para elaborar análises e estudos sobre a concorrência na indústria de cartões de pagamento, no que se refere à estrutura do mercado vigente, à estrutura de preços e tarifas e a potenciais práticas anticompetitivas, tendo em vista a participação desse segmento no Sistema de Pagamentos Brasileiro.³

1 Diagnóstico do Sistema de Pagamentos de Varejo do Brasil, Adendo Estatístico – 2005, 2. ed., set. 2007.

2 Idem, *ibidem*.

3 Esta parceria complementa outras ações do Banco Central relacionadas ao setor de meios de pagamento de varejo que vêm sendo conduzidas pela instituição. Entre elas,

Conforme dispõe o convênio, as análises e estudos verificarão se existem falhas de mercado decorrentes das estratégias de negócio empregadas, da estrutura de apreçamento e remuneração e das práticas mercadológicas e, eventualmente, proporão recomendações no sentido da aplicação de medidas estruturais ou de condutas que visem ao estabelecimento de um ambiente competitivo no mercado, com maior inovação e eficiência econômica, objetivando a promoção de maior bem-estar social.⁴

Em vista das recentes preocupações trazidas pelas autoridades em relação ao setor, busca este trabalho fazer uma análise da indústria de cartões de pagamento com base na teoria do mercado de dois lados (*two sided-market*), amplamente debatida por autores consagrados como Jean-Charles Rochet, Jean Tirole, Richard Schmalensee, David Evans, entre outros.

Como se verá, o mercado de dois lados apresenta características peculiares que demandam, igualmente, uma análise particular das indústrias que o compõem. Alguns erros já foram cometidos por autoridades estrangeiras na análise de casos envolvendo empresas pertencentes a essa espécie de mercado, o que trouxe prejuízos irreversíveis às indústrias e à concorrência.

Em vista disso, e desejando que esses mesmos erros não sejam cometidos pelas autoridades deste país, o presente trabalho visa abordar as principais características do setor de cartão de pagamentos, as quais estão intrinsecamente ligadas às peculiaridades do mercado de dois lados.

Para tanto, fez-se uma breve introdução ao funcionamento do sistema de cartão de pagamentos para então discutir a racionalidade econômica dessa indústria. Nesse contexto, será dada grande ênfase à estrutura de preços adotada pelas empresas desse segmento, com especial destaque à função da chamada *interchange fee*. Por fim, serão discutidos alguns aspectos relacionados à necessidade de determinar o mercado relevante desse mercado, sob pena de desenvolver análises inócuas e incongruentes com os objetivos da legislação antitruste.

pode-se mencionar a divulgação, em 2005, do Diagnóstico do Sistema de Pagamentos de Varejo no Brasil, do Adendo Estatístico 2005 e da Diretiva 1/2006.

4 Veja Cláusula Primeira do Convênio BACEN/SDE/SEAE. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2006-1/seae-sde-e-bc-assinam-convenio-para-diagnosticar-industria-de-cartoes-eletronicos>.

2. Sistema de cartões de pagamento

Antes de tecer quaisquer considerações mais profundas sobre esse sistema de pagamento, necessário fazer breves explicações sobre o seu funcionamento para que o leitor possa se familiarizar com a estrutura, as características e as expressões correntes nesse mercado. As explicações aqui dadas servirão de base para a análise que se seguirá.⁵

O sistema de pagamentos por meio de cartões apresenta três grupos principais de participantes: (i) os titulares de cartão e os comerciantes (também chamados de operadores comerciais), (ii) o proprietário do sistema e (iii) os emissores e os adquirentes. Os titulares de cartão e os comerciantes realizam transações (compra e venda) por meio da intermediação de bancos e do proprietário do sistema. O titular do cartão recebe serviços de pagamento da entidade que emitiu o cartão – ele normalmente tem uma conta-corrente vinculada a essa entidade (o emissor ou banco emissor, se for o caso). Da mesma forma, o comerciante recebe serviços de pagamento da entidade que o filia (o adquirente ou banco adquirente, se for o caso). Adquirentes poderão eventualmente ser emissores e vice-versa.

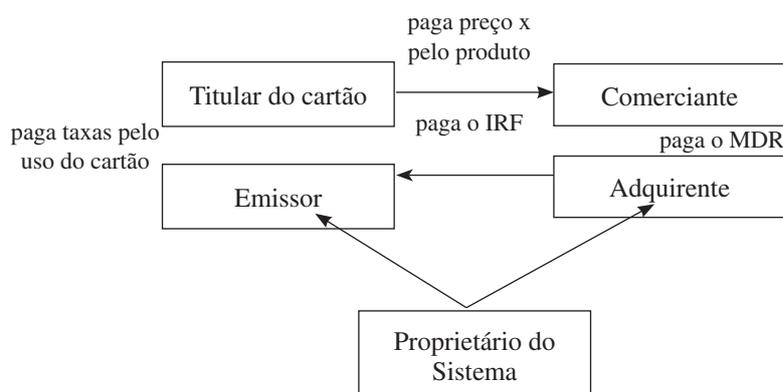
Quando um titular de cartão utiliza esse meio de pagamento para fazer uma compra de um comerciante, este recebe, pelo produto vendido, o preço anunciado menos uma taxa cobrada pelo adquirente, de acordo com uma porcentagem sobre o valor de produto (*merchant discount rate* ou MDR). O emissor, por sua vez, paga ao adquirente o preço anunciado (ou seja, o preço pago pelo titular do cartão, o qual tem uma conta-corrente vinculada à instituição do emissor), menos uma comissão interbancária (também chamada de *interchange fee* ou IRF), que, na realidade, é uma taxa devida pelo adquirente.

Os emissores fornecem cartões aos consumidores (titulares de cartão) e os adquirentes recrutam comerciantes para que estes aceitem fornecer terminais de cartões de débito e crédito de uma determinada marca. Ambos esses negócios (emissão e adquirência) envolvem riscos: os emissores porque tem de arcar com eventual inadimplemento dos titulares de cartão de crédito em face dos adquirentes; e os adquirentes em decorrência de uma série de problemas que podem ter em relação aos comerciantes.

5 As explicações aqui fornecidas foram baseadas no Interim Report I Payment Cards, Sector Inquiry under Article 17 Regulation 1/2003 on retail banking, de 12 de abril de 2006, elaborado pela Comissão Européia.

Já o proprietário do sistema é responsável pela: (i) concessão de licenças (e do *status* de membro) a instituições financeiras independentes pela utilização do logotipo e pela realização da emissão e adquirência no âmbito do sistema; ele também deve (ii) certificar instituições não financeiras para realizar atividades técnicas, tais como liquidação e processamento no âmbito do sistema; e geralmente (iii) fixar as regras do sistema e os padrões técnicos a serem adotados; e (iv) implementar essas regras e padrões por meio da realização de inspeções nos bancos-membros e entidades certificadas.

A ilustração abaixo busca simplificar a explicação dada acima:



3. A racionalidade econômica da indústria de cartões de pagamento

3.1. O mercado de dois lados (*two-sided market*)

Cartões de pagamento – cartões de crédito e débito, por exemplo – são um típico exemplo de mercado de dois lados.⁶ Essa espécie de mercado distingue-se do mercado tradicional (mercado de um lado) na medida em que requer uma análise mais complexa das autoridades antitruste.⁷

6 Em mercados de dois lados, dois tipos de consumidores/usuários interagem por meio de uma plataforma comum. Para maximizar a utilidade desse sistema, um número suficiente de consumidores deve usar a plataforma.

7 Note-se que o segmento de cartões de pagamento não é o único exemplo de mercado de dois lados. Pode-se mencionar, a título ilustrativo: (i) o mercado de jornais e revistas, que apresenta de um lado o leitor e de outro o anunciante; (ii) o mercado

Em primeiro lugar, o exame do mercado de um lado envolve um único grupo de consumidores – há uma relação direta entre comprador e vendedor; ao passo que no mercado de dois lados, há dois grupos de consumidores ou usuários e um intermediário que torna possível a realização de transações entre esses consumidores. Nesse caso, as autoridades competentes devem analisar não só o comportamento de cada grupo de consumidores, individualmente, em relação à plataforma, como também o comportamento dos consumidores um em relação ao outro, especialmente em função das mudanças de demanda em cada lado.

Em segundo lugar, os mercados de dois lados operam com princípios econômicos diversos daqueles aplicáveis aos mercados de um lado: as regras do jogo são diferentes. As ferramentas convencionais utilizadas pelas autoridades antitruste para a análise de mercados tradicionais devem ser adaptadas para atender às características inerentes aos mercados de dois lados, como a interdependência da demanda e a existência de efeitos de rede indiretos, como será explicado adiante.

A análise de poder de mercado, por exemplo, de um mercado de dois lados realizada com base na metodologia empregada para a análise de mercados de um lado pode levar a um resultado superestimado. O exercício de poder de mercado, tal como a capacidade de elevar preços acima dos níveis competitivos razoáveis, é mais limitado nos mercados de dois lados do que nos mercados convencionais. Uma empresa pertencente ao mercado de dois lados leva em consideração apenas a elasticidade-preço da demanda e as possíveis reações de seus concorrentes, ao passo uma empresa do mercado de dois lados se depara com outros problemas. Um aumento no preço de um lado do mercado não somente reduzirá as vendas nesse lado, como também poderá reduzir a demanda do outro lado, em decorrência dos efeitos indiretos de rede, o que poderia gerar uma redução geral da demanda do sistema, tornando o aumento de preços não lucrativo. Em geral, esses efeitos podem neutralizar, em maior escala, o exercício unilateral de poder de mercado nos mercados tipicamente de dois lados.

de videogames, que abrange o jogador e o criador do jogo; (iii) o mercado de *dating clubs* (boates e discotecas, por exemplo) que compreende dois tipos de consumidores que interagem reciprocamente – homens e mulheres (a ausência de um desestimularia a presença do outro e vice-versa); (iv) o mercado de corretagem de imóveis, que engloba compradores e vendedores, entre outros.

Uma outra limitação ao exercício abusivo de poder de mercado relativa aos mercados de dois lados é que neles o poder de mercado deve ser mantido nos dois lados do mercado, a fim de que a proprietária do sistema obtenha lucros muito acima dos níveis competitivos. Se há competição limitada no lado A do mercado mas intensa concorrência no lado B, os lucros provenientes do lado A serão dissipados após certo tempo no lado B.

Ademais, os preços praticados em um lado do mercado não estão relacionados com os custos incorridos naquele mesmo lado, mas sim com a elasticidade da demanda em ambos os lados, a força das externalidades indiretas e o custo total da plataforma.⁸ Como será explicitado, esta estrutura de preços assimétrica poderá resultar em preços abaixo do custo marginal em um lado do mercado e preços substancialmente acima dos custos marginais do outro lado, o que revelará a existência de certo nível de subsídio cruzado entre os dois lados. Dessa forma, a comparação isolada entre preço e custo em um lado do mercado não é adequada para se auferir poder de mercado. Da mesma forma, poderia levar a conclusões equivocadas no que tange à configuração de práticas unilaterais, como preço predatório e preço abusivo.

Portanto, essa espécie de mercado possui inúmeras características peculiares que devem ser levadas em conta na análise realizada pelas autoridades antitruste sob pena de resultados errôneos e prejudiciais aos reais objetivos da matéria relacionada à defesa da concorrência.

3.2. *Características do Mercado*

Por representar uma espécie do gênero “mercado de dois lados”, os sistemas de cartões de pagamento apresentam características comuns a todas as indústrias pertencentes ao mercado em questão.

Em primeiro lugar, é caracterizado pela existência de dois grupos de consumidores/usuários: de um lado, tem-se o titular do cartão de crédito ou débito (*cardholder*), que usa seu cartão para fazer pagamentos; e, de outro,

8 Veja HOLLAND, Michael, *Two-Sided Markets: A Challenge to Competition Policy?*, Paper for The First Annual Competition Commission, Competition Tribunal and Mandela Institute Conference on Competition Law, Economics and Policy in South Africa, Johannesburg, University of the Witwatersrand, 21 de maio de 2007, p. 12.

tem-se o comerciante, que oferece terminais POS (*Point of Sale*)⁹ que aceitam essa forma de pagamento. Ambos os consumidores estão ligados à empresa de cartões (proprietárias do sistema), tais como Visa, Mastercard, American Express, DinersClub, as quais detêm toda uma estrutura que permite a realização de todas essas transações complexas.

Em segundo lugar, há uma interação recíproca entre esses dois tipos de consumidores: os proprietários de cartão de crédito estão mais dispostos a possuir um cartão que seja aceito pelo maior número possível de comerciantes, ao passo que estes estão mais dispostos a oferecer terminais de cartões que sejam detidos pelo maior número de pessoas possível. Trata-se aqui da questão que a literatura denomina de “problema do ovo e da galinha” (ou Teoria da Granja). Nesse sentido, pode-se afirmar que consumidores não demandariam cartões se não houvesse lugares para serem utilizados, e os comerciantes também não demandariam terminais se não houvesse quem os utilizasse. Assim, surge a questão: quem vem primeiro, o titular do cartão ou o comerciante? Um ponto fundamental que será discutido adiante se refere à adoção de estratégias de preço e de investimentos necessárias para atrair ambos os consumidores desse mercado.

No mercado tradicional, sem efeitos de rede, o consumidor importa-se somente com o seu próprio nível de consumo e com o preço. No mercado de dois lados, devido a essa interação entre dois tipos de consumidores, um tipo importa-se, direta ou indiretamente, com o nível de consumo do outro. Porque essas duas espécies de consumidores interagem numa “plataforma”, cada tipo importa-se com o número de agentes do tipo oposto que se utiliza da plataforma e não (diretamente) com o número de consumidores do próprio tipo. Em outras palavras, comerciantes desejam que mais titulares de cartões participem do sistema e titulares desejam que haja o maior número de comerciantes possível disponibilizando terminais POS para que possam realizar suas compras.

Todavia, a quantidade de consumidores do próprio tipo também é um fator relevante: comerciantes beneficiar-se-ão da presença de outros comerciantes (ainda que aumente a competição entre eles) na medida em que quanto maior o nível de comerciantes oferecendo terminais POS de determinada marca, mais proprietários de cartão conseguirão atrair.

9 Os terminais POS nada mais representam do que aquelas máquinas que aceitam cartões de pagamento nos estabelecimentos comerciais.

Outra característica importante desse mercado, e intrinsecamente ligada àquelas já mencionadas, é a presença de uma externalidade de rede indireta, segundo a qual a participação na plataforma por um grupo aumenta o valor de participação do outro grupo. Conseqüentemente, os dois maiores objetivos das empresas no mercado de dois lados, incluindo as empresas de cartão de pagamento, é maximizar a participação de ambos os consumidores – “trazendo ambos os lados a bordo” – e balancear os interesses de cada grupo.¹⁰

Além das externalidades indiretas, o mercado de cartões de pagamento é caracterizado pelo que Rochet, importante autor nessa matéria, chama de “externalidade de uso”,¹¹ o que ele considera fundamental, uma vez que afeta os custos e benefícios de ambas as partes, embora não estejam refletidos em taxas. Assim, quando um consumidor usa o seu cartão, beneficia o comerciante, já que este não incorrerá em custos com o manejo e manutenção do dinheiro até que este seja depositado em um banco. Da mesma forma, quando um comerciante decide aceitar cartões, beneficia o seu titular, na medida em que ele não incorrerá em custos relacionados com a busca de um caixa eletrônico e de saque de dinheiro. Ademais, ambos os grupos de consumidores são poupados de eventuais custos decorrentes de roubos e furtos.

Além disso, todas as empresas pertencentes ao mercado de dois lados parecem vender o que parecem ser produtos múltiplos. Sistemas de cartão de pagamento vendem serviços relativos a comerciantes e a titulares de cartões. Diversas empresas vendem múltiplos produtos e há uma extensa literatura que explica as razões dessa prática.¹² Em termos de custo, há economias de escopo quando uma empresa produz múltiplos produtos. A American Express, por exemplo, pode usar o mesmo sistema de informática para fornecer serviços a titulares de cartão de crédito e a comerciantes. Em termos de demanda, há vantagens de se cobrar pelo conjunto dos produtos complementares e não por cada um individualmente.

10 Veja HOLLAND, Michael, ob. cit., p. 1.

11 ROCHET, J-C., 2003, The theory of interchange fees: a synthesis of recent contributions, *Review of Network Economics*, v. 2, Issue 2.

12 ROHLFS, Jeffrey. A theory of interdependent demand for a communications service, *Bell Journal of Economics*, The RAND Corporation, v. 5(1), p. 16-37, Spring 1974; BALMOUL, W. J., PANZAR, J. C. & WILLIG, R. D. *Contestable markets and the theory of industry structure*, New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1982; PANZAR, John C. Technological determinants of firms and industry structure, in: SCHMALENSEE, Richard & WILLIG, Robert D. (Ed.) *Handbook of industrial organization* v. I, 3, 1989.

Este fenômeno foi reconhecido pela primeira vez por Cournot em 1838, e é atualmente denominado de “dupla marginalização”.¹³ Suponha que haja dois produtos complementares A e B. Dois produtos são complementares se a demanda por um for maior quanto menor o preço do outro. A menos que haja concorrência perfeita entre os produtos A e B, uma empresa que produza o produto A pode aumentar suas vendas se o preço do produto B baixar (e vice-versa para uma empresa que produza o produto B). Ao vender ambos os produtos, uma empresa pode levar em consideração essa interdependência de preços. Assim, os consumidores beneficiar-se-ão na medida em que o preço de ambos os produtos tenderá a ser menor quando cobrados em conjunto do que quando cobrados separadamente.¹⁴⁻¹⁵ Ademais, a venda de múltiplos produtos aumenta os efeitos das externalidades indiretas ora mencionadas.

Por fim, uma característica fundamental desse sistema é a importância atribuída à estrutura de preços. Os sistemas de cartões de pagamento afetam, em razão da existência de externalidades entre os seus usuários finais, o volume de operações por meio da cobrança de preços maiores de um desses grupos de consumidores e da redução do preço pago pelo outro lado pela mesma quantia.

3.3. Estrutura de preços

Como já observado, um dos aspectos fundamentais para a indústria do mercado de dois lados refere-se ao estabelecimento de uma estrutura de preço adequada, que seja atrativa para ambos os lados. As receitas provenientes dos dois lados devem ser determinadas de forma tal que ambos os consumidores possam ser trazidos para a plataforma, o que geralmente irá exigir um certo nível de subsídio cruzado (ou seja, que uma parte subsidie a outra).

Em um sistema em que uma empresa opera uma plataforma e presta serviços para ambos os lados do mercado, isto é atingido pelo estabelecimento de preços apropriados (e, geralmente, diferentes) para cada lado do mercado. Para atingir esse efeito ótimo, as empresas podem introduzir uma estrutura

13 COURNOT, Augustin A. *Researches into Mathematical principles of the theory of wealth*, trad. Nathaniel T. Bancon, Macmillan, 1897.

14 Veja THIBAUD, Vergé. Multiproduct monopolist and full-line forcing: the efficiency argument revisited, *12 Econ. Bull.* 1, 2001.

15 EVANS, David. S., *The antitrust economic of two-sided markets*, Joint Center, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Related Publication 02-13, Sept. 2002, p. 32-33.

de preços para suas transações internas, que tem a finalidade de subsidiar um lado do mercado, ao passo que cobra um determinado preço do outro.

Assim, para “trazer ambos os lados a bordo” e resolver o problema do ovo e da galinha, de forma a trazer uma massa crítica de usuários, pode a empresa adotar diversas estratégias, dentre as quais a adoção de uma taxa zero para um lado do mercado, que será subsidiado por taxas maiores cobradas do outro lado do mercado. Especialmente, na fase inicial (de entrada no mercado) não é raro ver essa estratégia. A Diners Club, por exemplo, no início de suas atividades não cobrou taxa alguma dos usuários de cartão.

De forma geral, as plataformas de cartões de pagamento tendem a sobretaxar um lado do mercado. Em 2001, por exemplo, a American Express obteve 82% de sua receita a partir dos comerciantes.¹⁶

No caso de empresas de cartão de crédito, diversos estudos demonstraram que suas receitas são originadas desproporcionalmente:¹⁷ os comerciantes acabam por pagar muito mais do que os detentores de cartão. Esta, todavia, é uma característica do mercado de dois lados, o qual necessita de uma estrutura de preços própria, bem como de um padrão de preços, o que o distingue dos outros tipos de indústria normalmente estudados pelos economistas.

Outros fatores influenciam a estrutura de preços de uma plataforma. Há certos consumidores pertencentes a um lado do mercado, chamados de “*marquee buyers*” por Rochet e Tirole (espécies de “clientes valiosos”), que tendem a diminuir o preço para todos os compradores e aumentá-lo para os vendedores. A American Express, por exemplo, tem sido capaz de cobrar taxas mais altas dos comerciantes quando comparada a outras plataformas, pois aqueles consideram a clientela da American Express extremamente atrativa. Assim, os clientes corporativos dessa empresa, por serem considerados “valiosos”, permitiram-na cobrar um MDR maior dos comerciantes, aumentando, portanto, os preços cobrados desse lado do mercado.

16 Veja o Relatório Anual da American Express de 2001. Disponível em: <http://media.corporate-ir.net/media_files/NYS/AXP/reports/converted/ar2001.pdf>.

17 Veja European Commission, Competition DG, *Interim Report I Payment Cards, Sector Inquiry under Article 17 Regulation 1/2003 on retail banking*, 12 de abril de 2006. Disponível em: <http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/financial_services/inquiries/interim_report_1.pdf>.

4. *Interchange fee*

No que se refere ao mercado de cartões de pagamento, uma estrutura de preços adequada é normalmente atingida por meio do estabelecimento da chamada *interchange fee*, ou comissão interbancária. Esta estrutura de preço, todavia, é determinada, por sua natureza, por uma espécie de contrato firmado por diversos concorrentes, que influencia suas decisões individuais quanto ao preço/taxa a ser praticado em relação ao comerciante (sobretudo no que diz respeito ao valor do MDR) e aos titulares de cartão (no que se refere às taxas cobradas pelo uso do cartão).

Assim, geralmente, todos os adquirentes (ou bancos associados a uma entidade adquirente) de um determinado sistema de pagamentos devem pagar aos bancos emissores uma IRF determinada, a qual é preestabelecida contratualmente com o proprietário do sistema.

Em geral, as autoridades concorrenciais vêm acordos para fixação de preço entre concorrentes com certa ressalva. A competição entre empresas independentes encoraja a eficiência e tende a forçar os preços em direção aos custos. Tratando-se de serviços de pagamento, porém, uma concorrência completamente independente pode não ser uma alternativa adequada. A melhor opção disponível deve ser a competição no mercado a montante e a cooperação no mercado a jusante.¹⁸

Ao estabelecer uma estrutura de preços, as empresas que emitem cartões e aquelas que filiam comerciantes cobrarão um preço do detentor do cartão (provavelmente uma taxa anual) e um preço do comerciante (o MDR). O componente principal dessa estrutura é a chamada *interchange fee*, estabelecida pelas empresas de cartão de crédito, a ser paga pelos adquirentes (bancos dos comerciantes, responsáveis, entre outras questões, pela filiação dos lojistas) aos emissores (bancos dos proprietários do cartão). Essa taxa é proporcional ao volume da transação. Uma *interchange fee* alta é, via competição entre emissores, parcial ou integralmente passada para os consumidores na forma de taxas mais baixas e maiores benefícios associados ao uso do cartão, o que encoraja a propriedade e o uso de cartões; e, via competição entre adquirentes, parcial ou integralmente passada para os comerciantes, que pagam um desconto maior, o que desencoraja a filiação de comerciantes.¹⁹ Percebe-se,

18 Veja BERGMAN, Mats A., *A welfare ranking of two-sided market regimes*, *Sveriges Riksbank Working Paper Series*, n. 185, Revised version Sept. 2005, p. 2.

19 ROCHET, Jean-Charles & TIROLE, Jean, Platform competition in two-sided markets, *Journal of the European Economic Association*, MIT Press, v. 1 (4), p. 990-1029, 06, 2003.

assim, um certo grau de subsídio cruzado, que se revela uma estratégia necessária para trazer ambos os consumidores a bordo.

O volume de transações e o lucro de uma plataforma, portanto, não depende somente do preço total cobrado às partes pela transação, mas também de sua decomposição.²⁰

Dessa forma, todas as empresas pertencentes ao mercado de dois lados adotam um modelo estratégico de alocação de preços. Ambos os lados do mercado são muito sensíveis à alocação de custos entre eles. Os comerciantes, por exemplo, são relutantes aos aumentos da *interchange fee* (pois esta compõe o preço do MDR).

Por meio da chamada *interchange fee*, o proprietário do sistema de cartões de pagamento tentará equalizar as receitas provenientes dos dois lados do mercado. A comissão interbancária, nesse sentido, não é um preço a ser pago por serviços específicos prestados pelos emissores aos adquirentes ou operadores comerciais. Em vez disso, a comissão interbancária representa uma transferência entre empresas que cooperam entre si, tendo em vista a prestação de um serviço conjunto no âmbito de uma rede caracterizada por externalidades e uma procura conjunta. Justifica-se como um ajustamento financeiro destinado a compensar o desequilíbrio entre os custos associados à emissão e celebração de contratos e as receitas totais cobradas junto aos titulares dos cartões e aos operadores comerciais.²¹

4.1. Os modelos adotados

O estabelecimento da *interchange fee*, portanto, não é uma tarefa trivial. Diferentes modelos têm sido adotados em diversos países. Na verdade, as possibilidades restringem-se a três políticas:

- (i) proibição do uso da *interchange fee*;
- (ii) *interchange fee* livremente estabelecida; ou
- (ii) autoridades regulatórias permitiriam *interchange fees* em um nível intermediário.

20 ROCHET, Jean-Charles & TIROLE, Jean, ob. cit., p. 36.

21 Veja a Decisão da Comissão Européia de 24.07.2002 no caso relativo à Visa International, COMP/ 29.373, publicada no Jornal Oficial das Comunidades Européias L 318 22.11.2002, p. 19.

Na decisão da Comissão Europeia de 24 de julho de 2002, relativa ao caso Visa International,²² parece ter sido adotada a terceira estratégia, ao permitir o estabelecimento de *interchange fees* positivas, desde que pudessem ser justificadas por custos objetivos.

De acordo com referida decisão, “no âmbito do sistema alterado, a Visa utilizará três categorias de custos dos emitentes associados à prestação de serviços de pagamento Visa como um critério objetivo para a apreciação das CIM [comissões interbancárias determinadas a nível multilateral] intra-regionais da Visa atualmente pagas pelos adquirentes aos emitentes relativamente às transações POS. Estas três categorias são as seguintes: 1) o custo de processamento das transações; 2) o custo do período de financiamento gratuito oferecido aos titulares de cartões²³; e 3) o custo do fornecimento de uma ‘garantia de pagamento’.²⁴ Um estudo em matérias de custos, sendo os dados repartidos entre aqueles respeitantes aos cartões de débito imediato e os relativos aos cartões de crédito e aos cartões de débito diferido, determi-

22 Veja a Decisão da Comissão Europeia de 24.07.2002 no caso relativo à Visa International, COMP/ 29.373, publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias L 318 22.11.2002, p. 17-36.

23 Tal corresponde, em relação aos cartões de débito diferido, ao custo do eventual período de tempo que decorre entre o momento de realização do pagamento ao adquirente e o momento em que os fundos são debitados da conta à ordem do titular do cartão. Em relação aos cartões de crédito, tal corresponde apenas ao custo do eventual período de tempo que decorre entre o pagamento ao adquirente e o momento em que o pagamento deve ser desembolsado pelo titular do cartão ou em que o saldo da fatura do cartão de crédito é transportado, de forma a constituir um mecanismo de crédito prorrogado, ao qual é aplicada uma taxa de juros (ou seja, não inclui quaisquer custos decorrentes da concessão de um crédito prorrogado aos titulares de cartões). Em relação aos cartões de débito, tal representa apenas o período de processamento necessário para que a operação seja debitada da conta do titular do cartão; em relação aos cartões de débito diferido e aos cartões de crédito, e representa igualmente o período suplementar isento de juros até a realização do pagamento ou até a utilização da possibilidade de prorrogação do crédito.

24 Na presente decisão, esse termo é utilizado para descrever o compromisso assumido pelo banco emitente no sentido de honrar os pagamentos ao banco adquirente, mesmo aqueles que sejam nomeadamente fraudulentos ou objeto, em última instância, de incumprimento por parte do titular do cartão, na condição de o operador comercial se comprometer a empreender todos os controlos de segurança necessários a fim de o banco emitente assegurar o pagamento. No que respeita às perdas devido a incumprimento, somente as que ocorrem durante o período de financiamento gratuito deverão ser incluídas no estudo relativo aos custos CIM.

ará os elementos de custo compreendidos em cada uma das três garantias de custos”.²⁵

Dessa forma, determinou a Comissão que “o nível efetivo das CIM não será superior à soma dessas três categorias de custos, salvo em situações excepcionais, como, por exemplo, para desincentivar um comportamento suscetível de entravar o progresso técnico e após a realização de consultas junto à Comissão. Abaixo deste nível, a Visa será livre para determinar o nível das CIM que considerar adequado do ponto de vista comercial. O nível resultante do estudo em matéria de custos constituirá sempre o limite máximo para toda e qualquer CIM aplicável ao pagamento com cartões ‘consumidor’ realizados com cartão de débito, por um lado, e pelos cartões de débito diferido e cartões de crédito, por outro (...)”.²⁶

Note-se que essa decisão diz respeito aos sistemas de comissões interbancárias intra-regionais da Visa, ou seja, àquelas aplicáveis às operações transfronteiras com cartão Visa realizadas pelos consumidores nos estabelecimentos comerciais dos Estados-Membros da União Européia.

De qualquer forma, julgamento em questão afastou qualquer hipótese de proibição da cobrança de *interchange fee*, refutando, assim, a denúncia apresentada pelo Eurocommerce, um organismo representativo do comércio retalhista, grossista e internacional na UE. Referida entidade entendia que a *interchange fee* constituía mecanismo destinado a transferir para os operadores comerciais os custos e vantagens oferecidos gratuitamente aos titulares dos cartões. Uma vez que o nível da referida comissão seria, segundo a Eurocommerce, acordada entre os bancos sem qualquer pressão por parte do mercado, haveria um cartel de fixação de preços. Assim, de acordo com a associação, a *interchange fee* deveria ser proibida.

A Comissão, no entanto, recusou a denúncia apresentada pelas razões que serão abordadas adiante.

25 Veja a Decisão da Comissão Européia de 24.07.2002 no caso relativo à Visa International, COMP/ 29.373, publicada no Jornal Oficial das Comunidades Européias L 318 22.11.2002, p. 20.

26 Veja a Decisão da Comissão Européia de 24.07.2002 no caso relativo à Visa International, COMP/ 29.373, publicada no Jornal Oficial das Comunidades Européias L 318 22.11.2002, p. 21.

Essa mesma argumentação da Eurocommerce foi utilizada pelo National Bancard Corporation (NaBanco) no caso *NaBanco v. Visa U.S.A.*²⁷ De acordo com aquela instituição financeira norte-americana, a *interchange fee* era, na verdade, um acordo de fixação de preços que violava a Seção 1 do Sherman Act. A Visa não negou a fixação de preço, porém argumentou que o estabelecimento da *interchange fee* era necessário para a existência do produto vendido pela associação. Explicou ainda que a finalidade da *interchange fee* era “distribuir os custos do sistema em relação aos benefícios esperados de forma a encorajar os membros a participar de um balanço apropriado entre a emissão de cartões e a aquisição”.²⁸

A Visa obteve a adesão do tribunal em que a causa foi julgada (11th Circuit), tendo este afirmado que:

“Há duas possíveis fontes de renda no sistema VISA: os titulares de cartão e os comerciantes. Na prática, os emissores e os adquirentes têm uma relação de independência mútua. Se a receita proveniente dos titulares de cartão não é suficiente para cobrir os custos dos emissores, o serviço será cortado ou eliminado. O resultado seria um declínio no uso de cartões e uma redução concomitante na receita dos bancos adquirentes. Em resumo, o titular de cartão não pode usar seu cartão a menos que o comerciante o aceite e o comerciante não pode aceitar o cartão a menos que o titular de cartão use um. Portanto, a *interchange fee* acompanha a coordenação de outros esforços produtivos e distributivos das partes que é capaz de aumentar a eficiência da integração e não mais do que o necessário para aquele propósito” (tradução livre).²⁹

Assim, considerou o tribunal que a *interchange fee* é “procompetitiva porque é necessária para atingir a estabilidade e, portanto, assegurar um elemento vital para a sobrevivência do sistema VISA – a universalidade de aceitação” (tradução livre).³⁰ Referido tribunal reconheceu, assim, a racional-

27 *National Bancard Corporation (NaBanco) v. VISA U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592 (11th Cir. 1986).

28 *National Bancard Corp. (NaBanco) v. VISA U.S.A., Inc.*, 596 F. Supp. 1231, 1260 (S.D. Fla. 1984): “[the purpose of the interchange fee is] to distribute costs of the system in relation to prospective benefits so as to encourage members to engage in the appropriate balance of card-issuing and merchant-servicing”.

29 *National Bancard Corp. (NaBanco) v. VISA U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592, 602 (11th Cir. 1986).

30 *Idem*, 605.

lidade econômica da *interchange fee* na criação de uma estrutura de preços que leva em consideração ambos os lados do mercado.

4.2. *Discussão sobre uma “interchange fee livre” e a questão do multihoming*

Diante da decisão da Comissão Européia, necessário refletir em que medida é adequada a imposição de uma espécie de “tabelamento” das comissões interbancárias. Para tanto, é necessário frisar que as proprietárias de sistemas de cartões de pagamento deparam-se com o problema do denominado *multihoming*, prática adotada freqüentemente pelos consumidores de ambos os lados do mercado de cartões e que se traduz no fato de que comerciantes e titulares de cartões se utilizam de mais de uma plataforma. Isto é, um usuário carrega consigo cartões Visa e Mastercard, e o comerciante, da mesma forma, oferece terminais para ambas as marcas. Assim, um lado do mercado ditará qual empresa será utilizada para uma determinada operação. No caso, os titulares de cartões poderão decidir qual das marcas utilizarão. Nesse caso, a estrutura e o nível de preços escolhidos pelas plataformas concorrentes serão determinantes para a escolha do usuário do cartão, o que demonstra que a existência de *multihoming* tem implicações na forma segundo a qual as plataformas concorrem entre si.

Como se depreende, o *multihoming* tem o efeito lógico de reduzir preços, já que se traduz numa pressão competitiva às empresas, as quais se encontram numa situação de concorrência direta e inevitável. Os comerciantes têm mais opções quando lidam com um usuário que carrega cartões de diversas marcas e podem, de certa forma, conduzi-lo a utilizar um cartão da marca de sua preferência, quer dizer, aquela que lhe oferece mais vantagens, como um MDR menor.

Conseqüentemente, o *multihoming* é um fator que, por si só, força as empresas proprietárias do sistema a baixarem seus preços (quer dizer sua *interchange fee*), o que torna um eventual tabelamento desnecessário, na medida em que a tendência é o aumento da concorrência entre as plataformas, já que, cada vez mais, aumenta o número de consumidores que carregam cartões de diversas marcas e oferecem terminais de diversas plataformas (*multihoming*).

Daí a necessidade de as empresas de cartão atuarem de modo flexível, de forma a adaptar a demanda de cada parte do mercado de acordo com a situação vigente. Isso só é possível por meio do estabelecimento de níveis

diferenciados de comissão interbancária, em função da estratégia adotada pela concorrente.

Obviamente, a existência de poucos competidores nesse mercado e a existência de externalidades causa preocupações relacionadas com a eficácia da competição no mercado e os possíveis papéis para uma intervenção governamental.

Ressalte-se, todavia, que aquelas estratégias de preço e outras estratégias comerciais são necessárias para resolver o problema econômico fundamental decorrente da interdependência da demanda em ambos os lados do mercado. Em alguns casos, o produto poderia nem existir sem o subsídio de um lado do mercado pelo outro.³¹

Nesse sentido, a autoridade antitruste deveria adotar uma postura de controle *ex post*. Em caso de condutas abusivas por parte de quaisquer proprietárias de sistemas de cartão de pagamento, as medidas cabíveis, de acordo com a legislação concorrencial, devem ser tomadas. Todavia, não se deve adotar uma postura de controle *ex ante*, por meio da fixação de uma comissão interbancária determinada ou de um teto limite.

Obviamente, quando da análise de algum processo administrativo envolvendo a questão das *interchange fees*, deve a autoridade competente analisar se tal comissão é fixada de acordo com critérios objetivos, e não arbitrária e abusivamente. Porém, a princípio, são as empresas de cartão que conhecem a sua estrutura de custos e que devem adotar estratégias comerciais em função daquelas adotadas por seus concorrentes.

O tabelamento, nesse sentido, diminuiria a concorrência intermarcas, desestimulando o progresso técnico e o desenvolvimento das empresas de cartões, o diminuiria o bem-estar social de toda a coletividade.

Necessário ressaltar ainda que o “tabelamento” imposto pela Comissão Européia foi ainda mais prejudicial, na medida em que obrigou apenas a Visa e não suas concorrentes como a MasterCard, por exemplo, o que revela o caráter discriminatório da decisão.

Como se pode depreender do Relatório sobre o setor elaborado pela Comissão Européia,³² a *interchange fee* intra-regional cobrada pela Visa

31 EVANS, David S., ob. cit., p. 46.

32 *Interim Report I Payment Cards, Sector Inquiry under Article 17 Regulation 1/2003 on retail banking*, de 12 de abril de 2006, elaborado pela Comissão Européia.

diminuiu a partir de 2002, ao passo que a da MasterCard permaneceu praticamente estável e superior àquela cobrada pela Visa.

É de se notar que o estabelecimento de um teto máximo para apenas uma concorrente é extremamente anticompetitivo do ponto de vista desse mercado. Como já explicitado, a *interchange fee* é um instrumento de competição entre as empresas do segmento de cartões de pagamento que garante a elas certa flexibilidade e ação concorrencial. A possibilidade de variação da *interchange fee* permite às empresas de cartão adotar estratégias que possibilitam uma concorrência mais efetiva em relação a seus rivais.

O tabelamento da *interchange fee* limita a atuação da empresa no que se refere à adoção de estratégias necessárias para trazer ambos os consumidores a bordo do sistema e para balancear os interesses de cada lado do mercado.

4.3. Efeitos da *interchange fee*

O estabelecimento da *interchange fee* tem repercussões sobre a concorrência em matéria de preços tanto no que se refere ao lado da celebração de contratos com comerciantes como do lado da emissão, uma vez que fixará uma proporção significativa dos custos finais e, por conseguinte, das receitas das partes.

A comissão interbancária, nesse sentido, cria um importante componente de custo que é suscetível de constituir, na prática, o nível mínimo de encargos imputados aos comerciantes com os quais celebram contratos, uma vez que, caso contrário, o banco adquirente registraria um prejuízo relativo a suas atividades no domínio de celebração de contratos.

Em última instância, também se pode dizer que a *interchange fee* restringe a liberdade de os bancos determinarem individualmente as suas políticas em matéria de preços. Apesar disso, a Comissão não considera que o acordo relativo à CIM seja uma restrição da concorrência em termos de objeto, dado que um acordo CIM num sistema de pagamento quadripartido como o da Visa, por exemplo, tem por objeto reforçar a estabilidade e a eficiência do funcionamento do referido sistema de pagamentos e, indiretamente, intensificar a concorrência entre os sistemas de pagamentos, permitindo, assim, aos sistemas quadripartidos concorrerem de forma mais eficaz com os sistemas tripartidos.

Trata-se aqui do problema da competição intramarca e intermarcas. Conforme já consolidado na jurisprudência norte-americana, a competição intramarca às vezes é sacrificada em prol da competição intermarcas. O

detrimento da concorrência intramarca no mercado a jusante, todavia, é compensado pelos benefícios atribuídos ao nível a montante (intersistemas). Essa questão foi amplamente debatida no caso *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*,³³ precedente que firmou a posição segundo a qual é necessário balancear os prejuízos à concorrência intramarca e os benefícios da concorrência intermarcas decorrentes de restrições verticais. Nesse sentido, um detrimento à concorrência intramarca poderia ser autorizado caso a concorrência intermarcas fosse fortalecida e tivesse ganhos de eficiência.

Deve-se lembrar, todavia, que, apesar de a CIM impor, efetivamente, um nível mínimo no que diz respeito às comissões cobradas dos comerciantes, há outros fatores que caracterizam a concorrência entre bancos. Vale dizer, os bancos emissores e adquirentes não concorrem somente no preço mas também relativamente a outros componentes, como serviços e taxas de juros, entre outros.

Eventuais condutas homogêneas entre esses bancos podem ser explicadas em função do mercado ser um oligopólio. Uma vez que esse mercado apresenta poucos competidores, as estratégias adotadas por um tendem a refletir-se no comportamento de seu concorrente. Trata-se, na verdade, de uma resposta racional de cada concorrente que pode acabar resultando numa coordenação espontânea, não necessariamente resultante de uma colusão proposital.

Tem-se afirmado que o tratamento desse comportamento como uma conduta ilegal é inviável, já que exigiria uma ação irracional por parte dos concorrentes, que ignorariam a sua interdependência.³⁴ Assim, o paralelismo entre concorrentes nesse mercado pode ser explicado satisfatoriamente pela teoria do paralelismo consciente, que não constitui evidência de colusão ilícita, a menos que acompanhada de pelo menos um dos chamados *plus factors*.³⁵

33 *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.* 433 U.S. 36 (1977)

34 Nota do US Department of Justice e da US Federal Trade Commission, *Mini-Roundtable on Oligopoly*, OECD, 1999.

35 Os tribunais e autoridades administrativas internacionais geralmente, têm entendido que uma conduta de ‘paralelismo consciente’ ou interdependência oligopolística, por si só, não permite a presunção de conspiração. Em geral, as autoridades (inclusive o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE) requerem que os representantes que alegam a conduta paralela devem apresentar fatores adicionais, conhecidos como ‘*plus factors*’ para justificar a presunção de ação conjunta. Para um estudo mais aprofundado dos *plus factors*: KOVASIC, William. The identification and proof of horizontal agreements under the antitrust laws. *Antitrust Bulletin*, n. 5, 1993.

4.4. *Da necessidade de uma interchange fee*

Quando da decisão do caso em questão pela Comissão Européia, a própria Visa reconheceu que a CIM não é necessária para a existência do sistema, todavia afirmou ter sido esta introduzida para promover uma distribuição e aceitação alargada dos cartões Visa e de todos os serviços a eles inerentes. Alegou ainda que a criação dos efeitos positivos de rede e, por conseguinte, a expansão do sistema dependem da importância dessa comissão.

De acordo com aquela empresa, a CIM é indispensável para o funcionamento eficiente do sistema. Nem a faturação direta dos titulares dos cartões por forma a cobrir a totalidade dos custos incorridos pelos emitentes, nem a celebração de acordos bilaterais em matéria de comissões interbancárias representam soluções viáveis para o sistema.

Diante disso, reconheceu a Comissão que, “na ausência de uma relação contratual direta entre os emitentes e os operadores comerciais, se não houvesse algum tipo de acordo relativo a uma comissão interbancária multilateral, não seria possível para os emitentes recuperar junto dos operadores comerciais os custos dos serviços que são prestados, em derradeira instância, em benefício desses últimos, o que teria repercussões negativas, em detrimento do sistema no seu conjunto e de todos os utilizadores”.³⁶

Em vista das características peculiares do setor de meios de pagamento, portanto, os sistemas proprietários não conseguiriam atuar de forma eficiente e eficaz. Na ausência de qualquer ação conjunta pela referida comissão, os bancos não levariam em conta as externalidades positivas geradas pelas suas decisões ou apenas o fariam em reduzido grau.

Deve-se ressaltar que os sistemas de cartões de pagamento são redes com dois tipos distintos e interdependentes de consumidores, a saber, os operadores comerciais e os titulares de cartões. Cada tipo de consumidor preferiria que os custos do sistema fossem suportados pelo outro usuário: assim, os operadores comerciais têm interesse em que as comissões interbancárias sejam fixadas a um nível zero, reduzido ou negativo (ou seja, que as comissões interbancárias sejam pagas pelo emitente ao adquirente), enquanto os titulares dos cartões têm interesse que sejam positivas (isto é, pagas pelo adquirente ao emitente).

36 Veja a Decisão da Comissão Européia de 24.07.2002 no caso relativo à Visa International, COMP/ 29.373, publicada no Jornal Oficial das Comunidades Européias L 318 22.11.2002, p. 33.

Diante disso, sempre haverá críticas demasiadas ao sistema, sobretudo por parte dos comerciantes, enquanto não se entender que o mercado de dois lados só funciona com integração e interdependência, balanceando os interesses dos dois tipos de consumidores que abrange. Deve-se ressaltar que, apesar de o operador comercial arcar com uma comissão positiva e superior àquela arcada pelo titular de cartão de crédito, tem aquele inúmeras contra-prestações. Afinal, quanto menos o titular tiver de pagar pelo cartão, mais adeptos terá o sistema e maior será o grau de consumidores que se utilizam do terminal disponibilizado pelo comerciante. Ademais, as empresas de cartões asseguram/garantem o pagamento da compra, ainda que o titular do cartão não pague a quantia para o banco emissor (os comerciantes têm, portanto, uma espécie de seguro contra fraude). Além disso, a possibilidade de um período de financiamento gratuito atrai inúmeros consumidores a utilizarem cartões e a realizarem compras adicionais que não efetuariam em outras condições, o que também se reverte em benefício do operador comercial.

5. Mercado relevante

As discussões acerca do mercado relevante não estão muito bem sedimentadas no país.³⁷ Em diversos atos de concentração e em alguns processos administrativos julgados e em andamento no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência percebe-se que a matéria ainda não foi profundamente analisada, recebendo um tratamento muito superficial.³⁸

O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou em que atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. Sem sua delimitação é impossível determinar a incidência de quaisquer das hipóteses contidas nos incisos do art. 20 da Lei 8.884/94. A partir

37 O problema é reconhecido pelas próprias autoridades brasileiras. Mariana Tavares, atual secretária da Secretaria de Direito Econômico – SDE, expressou o problema da artificialidade com que é tratada a definição do mercado relevante nesse segmento em palestra que fez na empresa de consultoria econômica Tendências, durante a exposição sobre a concorrência no mercado financeiro, em agosto de 2007.

38 Veja, por exemplo: o Processo Administrativo 08012.006242/1997-68, envolvendo o Sindicato do Comércio varejista do Distrito Federal e a Associação Brasileira das Empresas de Cartão de Crédito e Serviços – AB ECS e outras; e os Atos de Concentração 08012.008339/2002, entre a Mastercard International e a Credicard S/A., e 08012.009450/2007-15, notificada pela Visa International Service Association e Visa Inc.

do momento em que o texto faz menção à restrição da “concorrência” para a caracterização do ilícito, devemos determinar de qual concorrência estamos tratando (com o escopo de verificar se a prática analisada teve por objeto ou efeito restringi-la). O mesmo se pode dizer em relação ao domínio de mercado e ao abuso de posição dominante: são práticas que somente existem em concreto, ou seja, se referidas a um determinado mercado: ao mercado relevante.³⁹ Nesse contexto, faz-se imprescindível determinar qual o mercado relevante relativo às empresas detentoras de sistemas de cartão de pagamento.

Interessante notar o posicionamento da Comissão Européia na decisão ora tratada. Segundo ela, há dois tipos de concorrência relevantes para os sistemas de pagamento. A primeira é a existente entre os diversos sistemas de pagamento (ou seja, entre diferentes sistemas de cartões de pagamento – a concorrência entre a Visa e a Mastercard, por exemplo – e, eventualmente, outros meios de pagamento que não cartões⁴⁰), e a segunda, a existente entre as instituições financeiras (normalmente os bancos) no que diz respeito às atividades relacionadas com os cartões (essencialmente emissão de cartões a particulares e celebração de contratos com operadores comerciais para efeitos de aceitação dos pagamentos mediante cartões – isto é, as atividades de emissão e aquisição).

O primeiro tipo de concorrência representa o mercado a montante, ao passo que o segundo representa o mercado a jusante. Neste último, as instituições financeiras dentro de cada sistema de meios de pagamento concorrem entre si pela emissão de cartões de certa marca ou pela celebração de contratos com comerciantes tendo em vista a instalação de POS para a aceitação do cartão relevante.

39 FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*, 2. ed., São Paulo, RT, 2005, p. 230.

40 A Comissão, em outras decisões anteriores, reconheceu, em certa medida, a substituíbilidade entre os cheques e outros meios de pagamento. Vide Decisão de 30.06.1993 nos termos do Regulamento (CEE) 4064/89 relativo ao controle das operações de concentração de empresas no âmbito do processo IV/M.350 WestLB/Thomas Cook em que é referido, no seu considerando 9, que se afigura que os cheques de viagem concorrem, em certa medida, com outros meios de pagamento tais como os cartões de crédito e os eurocheques. A decisão da Comissão de 10.12.1984 no âmbito do processo IV/30.717 – Uniform Cheques (JO L 35 de 07.02.1985, p. 43) que sustenta no seu considerando 41 que um viajante que se desloca a um país estrangeiro pode geralmente optar entre vários meios de pagamento, como, por exemplo, os cheques de viagem, as transferências postais, os cartões de crédito, os cartões ATM e os eurocheques.

Ambos os tipos de concorrência são afetados pelas regras relativas à *interchange fee*. No mercado a montante, ela afeta a posição de cada sistema de pagamento, na medida em que representa um diferencial competitivo de cada empresa (comissões interbancárias menores podem significar mais adesões) e, no mercado a jusante, afeta a concorrência entre os bancos dentro de um mesmo sistema, na medida em que os impede de se diferenciarem entre si por meio da oferta de condições e modalidades distintas.

No que diz respeito ao mercado a montante (intersistemas), a Comissão faz uma análise baseada nos fundamentos teóricos relativos ao mercado de dois lados, a fim de determinar qual o mercado relevante.

Como já dito, esse tipo de mercado tem por objetivo “trazer dois grupos de consumidores a bordo”, balanceando seus interesses de forma a equilibrar a plataforma. Ora, nada mais lógico, então, do que considerar os pontos de vista dos dois consumidores quando da análise da substituíbilidade dos sistemas de pagamento. Nos termos da Comissão Européia:

“No mercado intersistemas, a utilização dos diferentes sistemas de pagamento (e, desse modo, as quotas de mercado) são determinadas pelas decisões interligadas dos consumidores [titulares de cartão de crédito] e dos operadores comerciais. Para que um cartão de pagamento seja largamente utilizado, deve ser aceito por um importante número de operadores comerciais, e subseqüentemente, os titulares dos cartões devem optar por utilizar esse cartão dentre os diferentes cartões que possuem e que são aceitos pelos operadores comerciais em causa. Conseqüentemente, deve ser analisada a procura tanto em nível dos operadores comerciais como em nível dos titulares dos cartões, a fim de se determinar qual a definição correta de mercado de sistemas. *Por conseguinte, para que dois instrumentos de pagamento distintos sejam considerados substituíveis, sendo assim incluídos no mesmo mercado intersistemas relevante, devem ser substituíveis tanto do ponto de vista dos consumidores como dos operadores comerciais. Se um ou outro não considerar os dois instrumentos de pagamento diferentes como substituíveis, os referidos dois instrumentos não serão assim substituíveis no mercado intersistemas [grifo nosso]*”⁴¹

41 Veja a Decisão da Comissão Européia de 24.07.2002 no caso relativo à Visa International, COMP/ 29.373, publicada no Jornal Oficial das Comunidades Européias L 318 22.11.2002, p. 25.

Assim, deve a autoridade competente realizar um exame de mercado relevante, considerando a substituíbilidade de determinado meio de pagamento tanto em relação ao comerciante quanto em relação ao titular do cartão. Não há razões para se focar nos efeitos do preço em um lado ou outro – ambos os grupos de consumidores importam.⁴² Ignorar a interdependência entre os dois lados representa um erro já cometido na análise de mercado de dois lados, com conseqüências extremamente maléficas.⁴³

A título ilustrativo, pode-se citar o caso *U.S. v. Visa U.S.A. et al.*,⁴⁴ discutido perante o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ). Nele se refletiu sobre a possibilidade de uma fusão entre emissores de cartões de crédito e débito aumentar preços para os usuários de cartões. A análise dessa hipótese, todavia, levou apenas um lado do mercado em consideração. O DOJ examinou apenas os lucros potencialmente obtidos do lado do emissor/titular de cartão, deixando de analisar as conseqüências dessa operação hipotética do ponto de vista dos comerciantes. Afinal, caso os preços aumentassem para os usuários de cartões, o seu volume diminuiria e, por conseqüência, o número de comerciantes, que se desinteressariam por uma plataforma com número reduzido de usuários. Por conseguinte, os lucros da proprietária do sistema tenderiam a reduzir, de forma geral.

A partir dessa idéia, deve-se, então, aplicar o teste do monopolista hipotético, observando as peculiaridades do mercado de dois lados e a necessidade de examinar, em conjunto, o comportamento dos dois lados desse mercado. Segundo esse teste, explicado na Resolução 20 do CADE, o mercado é definido quando um aumento pequeno, porém significativo e não-transitório no preço de um produto, por um monopolista hipotético, é lucrativo durante um período relativamente duradouro. Caso o monopolista hipotético perceba que o aumento de preços não foi lucrativo, o mercado relevante terá se revelado muito estreito e poderá ser alargado até que a magnitude do aumento de preços seja lucrativa.

Nesse sentido, uma comissão demasiadamente elevada traduzir-se-ia numa perda de operadores comerciais, que se recusariam a participar do sistema, oferecendo outros meios de pagamento que não cartões. Da mesma

42 EVANS, David. S., ob. cit., p. 50.

43 Este erro já foi cometido por diversas vezes. Veja *VisaCheck/MasterMoney Antitrust Litig.; Wal-Mart, et al. v. Visa USA Inc. e MasterCard International, Inc.*, 280 F.3d 124 (2d Cir. 2001).

44 Veja *United States v. Visa*, 163 F. Supp. 2d 322 (S.D.N.Y. 2001).

forma, traduzir-se-ia numa perda de titulares de cartões, uma vez que os comerciantes acabariam refutando aquela forma de pagamento ou repassando, de uma forma ou de outra, os custos da comissão para os proprietários dos cartões, o que desestimularia o uso da plataforma.⁴⁵

Do mesmo modo, se houvesse um aumento demasiado das taxas cobradas dos titulares de cartões de crédito, estes se desinteressariam pelo sistema de pagamentos e procurariam outras soluções. Da mesma forma os comerciantes, ao ver o outro lado da plataforma se esvaziar, não teriam mais estímulo para nela continuar, o que se traduziria no oferecimento de outras formas de pagamento.

Partindo desse raciocínio, é possível afirmar que cheque e dinheiro (quando a compra não exija grande montante), entre outras formas de pagamento, dependendo da situação,⁴⁶ embora não sejam substitutos perfeitos, são altamente substituíveis em relação a cartões de plástico, integrando, assim, um só mercado.

Atualmente, os estabelecimentos comerciais adotam uma série de alternativas aos cartões de crédito e débito. Diversos comerciantes têm oferecido a seus clientes cartões *private labels* gratuitos, quer dizer, cartões associados ao próprio estabelecimento (muitas lojas de departamentos adotam essa estratégia). Ademais, muitas lojas permitem pagamentos por meio de boletos bancários (comum em agências de viagem).

Assim, percebe-se que, apesar de os cartões de pagamento apresentarem certas facilidades ligadas à segurança, possibilidade de pagamento diferido e comodidade, diversos outros mecanismos de pagamento têm sido desenvolvidos, os quais são altamente substituíveis aos cartões de pagamento emitidos

45 No Brasil, a regra do “No Surcharge Rule”, que impede a cobrança de uma sobretaxa sobre as vendas realizadas com cartões tem sido questionada na justiça, e a realidade demonstra que, na prática, muitos comerciantes efetivamente praticam preços diferenciados nas vendas realizadas com cartões, seja através da concessão de descontos nos pagamentos em dinheiro e cheque, seja através da cobrança de sobretaxas nas vendas realizadas com cartões de crédito e débito. Nesse sentido, o aumento da comissão cobrada do comerciante também seria sentida, indiretamente, pelos titulares de cartão, o que os desestimularia a integrar a plataforma de uma determinada rede de pagamentos.

46 É altamente aceito na jurisprudência europeia, inclusive brasileira que, no âmbito internacional, *traveler checks* são substitutos de cartões de crédito. Vide Ato de Concentração 63/95 relativo à constituição da Companhia Brasileira de Meios de Pagamento – VISANET.

pelas empresas de cartão tradicionais. Ademais, um aumento de preços acima dos níveis competitivos pelas empresas de cartão não seria sustentável por um período significativo de tempo, na medida em que tanto comerciantes quanto usuários de cartões migrariam para outras soluções de pagamento. Nesse sentido, acredita-se que o mercado relevante não se restringe apenas ao mercado de cartões, incluindo também outros meios de pagamento.

6. Conclusão

Como se pode perceber, o setor de cartões de pagamento, por integrar o chamado mercado de dois lados, apresenta certas peculiaridades que influenciam a análise antitruste. A presença de princípios próprios que orientam a análise desse tipo de mercado exige adaptações aos instrumentos convencionais de definição de mercado e de análise de práticas anticoncorrenciais.

Em virtude da natureza desse mercado, buscou-se demonstrar que o estabelecimento de uma estrutura de preços adequada é imprescindível para a manutenção do equilíbrio do sistema. Para tanto, faz-se necessária a adoção de um modelo que equilibre a demanda dos dois lados do mercado, de forma a trazer ambos os grupos de consumidores à plataforma.

O meio encontrado pelas empresas de cartões foi o estabelecimento da chamada *interchange fee*, que se revelou imprescindível para a sobrevivência do sistema. A comissão interbancária, nesse sentido, representa um importante instrumento de concorrência intermarca, na medida em que garante às proprietárias da plataforma certa flexibilidade e ação concorrencial diante dos rivais. Daí a necessidade de ser estabelecida livremente pelas empresas.

Por fim, enfatizou-se a importância da necessidade da definição do mercado relevante para qualquer análise antitruste e, como consequência, a urgência de se definir qual o mercado relevante relativo aos sistemas de cartões de pagamento diante da artificialidade com que tem sido tratado o tema pelas autoridades brasileiras.

Bibliografia

- BALMOUL, W. J.; PANZAR, J. C.; WILLIG, R. D. *Contestable markets and the theory of industry structure*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1982.
- BERGMAN, Mats A. A welfare ranking of two-sided market regimes. *Sveriges Riksbank Working Paper Series*, n. 185, Revised version Sept. 2005.

- CONVÊNIO BACEN/SDE/SEAE. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/notas_imprensa/2006-1/seae-sde-e-bc-assinam-convenio-para-diagnosticar-industria-de-cartoes-eletronicos>.
- COURNOT, Augustin A. *Researches into Mathematical principles of the theory of wealth*, Trad. Nathaniel T. Bancon. Macmillan, 1897.
- DIAGNÓSTICO DO SISTEMA DE PAGAMENTOS DE VAREJO DO BRASIL. Adendo Estatístico – 2005, 2. ed. set. 2007.
- EUROPEAN COMMISSION, Competition DG, *Interim Report I Payment Cards, Sector Inquiry under Article 17 Regulation 1/2003 on retail banking*, 12 de abril de 2006. Disponível em: http://ec.europa.eu/comm/competition/sectors/financial_services/inquiries/interim_report_1.pdf.
- EVANS, David. S. *The antitrust economic of two-sided markets*. Joint Center, AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies, Related Publication 02-13, Sept.2002.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- HOLLAND, Michael, *Two-sided markets: a challenge to competition policy?*, Paper for The First Annual Competition Commission, Competition Tribunal and Mandela Institute Conference on Competition Law, Economics and Policy in South Africa. Johannesburg: University of the Witwatersrand, 21 de maio de 2007.
- KOVASIC, William. The identification and proof of horizontal agreements under the antitrust laws. *Antitrust Bulletin*, n. 5, 1993.
- OECD. Committee on Competition Law and Policy. *Mini Roundtable on Oligopoly*, 1999.
- PANZAR, John C. Technological determinants of firms and industry structure. In: SCHMALENSEE, Richard; WILLIG, Robert D. (Ed). *Handbook of industrial organization*, v. I, 3, 1989.
- RELATÓRIO ANUAL DA AMERICAN EXPRESS DE 2001. Disponível em: http://media.corporate-ir.net/media_files/NYS/AXP/reports/converted/ar2001.pdf.
- ROCHET, Jean-Charles. The theory of interchange fees: a synthesis of recent contributions. *Review of Network Economics*, v. 2, Issue 2, 2003.
- ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform competition in two-sided markets. *Journal of the European Economic Association*. MIT Press, v. 1(4), p. 990-1029, 06, 2003.
- ROHLFS, Jeffrey. A theory of interdependent demand for a communications service. *Bell Journal of Economics*, The RAND Corporation, v. 5(1), p. 16-37, Spring 1974.
- VERGÉ, Thibaud. Multiproduct monopolist and full-line forcing: the efficiency argument revisited, 12 *Econ. Bull.*, 1, 2001.

Decisões

Atos de Concentração julgados no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica: AC n. 63/95 relativo à constituição da Companhia Brasileira de Meios de Pagamento – VISANET; AC n. 08012.008339/2002, entre a Mastercard International e a Credicard S/A, e AC n. 08012.009450/2007-15, notificado pela Visa International Service Association e Visa Inc.

Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc. 433 U.S. 36 (1977).

Decisão da Comissão Européia de 10.12.1984 no âmbito do processo IV/30.717 – Uniform Cheques, publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Européias* L 35, de 07.02.1985.

Decisão da Comissão Européia de 24.07.2002 no caso relativo à Visa International, COMP/29.373, publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Européias* L 318, de 22.11.2002.

National Bankcard Corporation (NaBanco) v. VISA U.S.A. Inc., 779 F.2d 592 (11th Cir. 1986).

National Bankcard Corp. (NaBanco) v. VISA U.S.A, Inc., 596 F. Supp. 1231, 1260 (S.D. Fla. 1984).

Processo Administrativo n. 08012.006242/1997-68, envolvendo o Sindicato do Comércio Varejista do DF e a Associação Brasileira das Empresas de Cartão de Crédito e Serviços – ABECS e outras (julgado no âmbito do CADE).

Regulamento (CEE) n. 4064/89 relativo ao controle das operações de concentração de empresas no âmbito do processo IV/M.350 WestLB/Thomas Cook.

United States v. Visa, 163 F. Supp. 2d 322 (S.D.N.Y. 2001).

VisaCheck/MasterMoney Antitrust Litig.; *Wal-Mart, et al. v. Visa USA Inc. e MasterCard International, Inc.*, 280 F.3d 124 (2d Cir. 2001).

A JUDICIALIZAÇÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Flávia Teixeira Fortes

A presente monografia objetivou analisar a atuação do Judiciário na defesa da concorrência, uma vez que se tem observado atualmente uma progressiva judicialização dos processos por infração à ordem econômica. A relevância do tema se dá por sua transdisciplinaridade, ao envolver todos os segmentos atuantes nessa área: Judiciário, Ministério Público, Administração Pública, advogados, economistas e empresários. Sendo indubitável a inafastabilidade da apreciação das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) pelo Judiciário, busca-se averiguar em que medida se deve dar tal controle. Não se pretende, contudo, obter respostas para a questão da revisão judicial, uma vez que implicaria estudo mais aprofundado. Pretende-se demonstrar, empiricamente, de que forma o Judiciário vem atuando na defesa da concorrência. A contribuição do trabalho está na mensuração dos efeitos do controle jurisdicional por meio de dados inéditos coletados em pesquisa realizada durante o programa de intercâmbio do Conselho. Chegou-se, assim, à porcentagem das decisões suspensas por liminar, dos casos em que se garante o juízo com o depósito da multa prevista no art. 65 da Lei 8.884/94, das apelações com efeito suspensivo; das decisões mantidas ou reformadas em primeira e segunda instâncias, bem como pelo STJ, e, enfim, a eficácia das decisões do CADE em juízo. A monografia apresenta, portanto, dados concretos necessários para uma análise mais profícua do tema da judicialização da defesa da concorrência, que se encontra atualmente em importante debate.

1. Introdução

A legislação de defesa da concorrência existe no Brasil desde 1962, quando, por meio da Lei 4.137, se criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).¹ A política da concorrência, no entanto, só se

1 O Decreto-lei 7.666/45, criado por iniciativa de Agamenon Magalhães, então Ministro da Justiça, já se referia a “atos contrários à ordem moral e econômica”, além de ter criado um órgão capaz de dar cumprimento às suas disposições. A Comissão Administrativa de Defesa Econômica, subordinada ao Presidente da República, foi,

consolidou a partir da promulgação da Lei 8.884/94 que conferiu a tal órgão autonomia substancial ao transformá-lo em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça.

Até a década de 1990 a atividade do Conselho demonstrava-se inexpressiva, sendo reflexo da política econômica protecionista do País. Com a liberalização da economia, a desregulamentação e a privatização, a implementação de políticas públicas se fez necessária ante a demanda social para a repressão e prevenção do abuso do poder econômico.

Nesse novo contexto, o CADE passa a ter um papel fundamental para a implementação da política de concorrência, que adquirirá grande visibilidade nacional a partir de sua independência política e consolidação institucional em 1994.

Com a nova estrutura do mercado e a introdução do controle de fusões pela Lei n. 8.884/94, o número de processos julgados pelo CADE cresceu substancialmente. A média anual de processos julgados pelo CADE no período de 1994/2006 cresceu mais de quarenta e cinco vezes em relação ao período de 1962/1993.²

O avanço ocorreu não apenas nas atividades de prevenção, que visam à manutenção da concorrência no mercado nacional por meio do controle de estruturas, mas também por meio da repressão às infrações contra a ordem econômica, em que o CADE passou a ter uma postura mais ativa, sobretudo nos últimos quatro anos, principalmente com a adoção de novos instrumentos de investigação, como o Acordo de Leniência, Busca e Apreensão e interceptações telefônicas.

Paralelamente, contudo, observou-se uma progressiva judicialização da política de defesa da concorrência. No relatório da pesquisa sobre a relação entre autoridades de defesa da concorrência e o Judiciário – *Competition and the Judiciary* –, no qual o CADE foi o coordenador do projeto destinado a

verdadeiramente, o embrião do atual Conselho. O Decreto-lei representou, assim, importante contribuição apesar de ter sido revogado no mesmo ano, com a queda do governo Vargas, no final de 1945.

2 Fonte COGEAP/CADE. No período de 1962/1993 foram julgados apenas 302 casos, o que representa uma média de menos de 10 processos por ano. No período de 1994/2006 tal média equivalia a 450 processos ao ano, sendo que a partir de 1998 o número de processos julgados em um ano ultrapassou a soma do número das três décadas anteriores.

International Competition Network,³ relativamente à percepção do aumento no número de recursos ao Judiciário, constatou-se que 53% dos países entrevistados responderam que verificaram um aumento nos últimos 3 a 5 anos.⁴ O percentual de 78% dos entrevistados correspondia a países em desenvolvimento, o que pode demonstrar a coincidência de tal aumento com a consolidação institucional dos órgãos da concorrência, onde se observa um incremento na implementação de suas políticas de defesa da concorrência.

No Brasil, verifica-se que o número de ações, recursos e incidentes judiciais distribuídos quadruplicou a partir do ano 2000, elevando-se ainda mais nos anos seguintes, enquanto se observou proporcionalmente uma redução no número de condenações pelo CADE.⁵

A preocupação com a revisão judicial vai decorrer não apenas da necessidade de estabelecer limites para o seu controle, mas, sobretudo, da efetividade de tais decisões no cenário jurídico-econômico.

As decisões que envolvem questões econômicas devem ser proferidas em tempo econômico, reclamando implementação imediata em face da dinamicidade da economia. O controle judicial, reconhecidamente moroso, pode obstaculizar essa exigência de celeridade, principalmente ante o expressivo número de liminares que vêm sendo concedidas pelo Judiciário, na maioria das vezes desprovidas de fundamentação quanto à verossimilhança da alegação.

A demora inerente ao processo judicial, somada à concessão de liminares, posterga a efetividade da tutela administrativa dos direitos difusos e coletivos, impedindo-a de atingir seu objetivo reparador de reversão dos benefícios à sociedade.

O escopo do presente trabalho consiste em analisar empiricamente a judicialização da defesa da concorrência, trazendo dados que permitam ve-

3 Rede virtual que congrega várias autoridades de defesa da concorrência, além de representantes da sociedade civil, e desenvolve projetos temáticos em seus grupos de trabalho, e na qual o CADE foi recentemente alçado como membro do *Steering Group*, – grupo composto por 15 representantes de diferentes autoridades que dirige a International Competition Network.

4 *Competition and the Judiciary – a report on a survey on the relationship between Competition authorities and the Judiciary of Competition Policy Implementation Working Group – Sub Group 3 (2006 CBCPI report)* presented at the 6th Annual Conference in Moscow, Russia, May-June, 2007.

5 Fonte: Setor Contencioso/ProCADE.

rificar a garantia da tutela dos direitos difusos e coletivos. Além disso, visa incitar uma reflexão sobre os limites do controle jurisdicional e o papel do Judiciário na defesa da concorrência.

Para cumprir seus objetivos, a monografia dividir-se-á em quatro seções, além desta primeira, introdutória, e da conclusão. Na segunda seção é feito um breve apanhado dos princípios aplicáveis ao direito da concorrência, da competência e das funções do CADE, bem como dos fundamentos da revisão judicial das decisões administrativas do CADE, analisando-se em que medida esta se faz necessária.

A terceira seção trata da judicialização da defesa da concorrência por meio de dados empíricos em que se permite verificar a efetividade das decisões do CADE, bem como breve análise qualitativa de sua revisão. A quarta seção, por sua vez, irá tratar dos limites ao controle judicial.

2. A revisão judicial das decisões administrativas do CADE

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) é entidade autárquica federal, vinculada ao Ministério da Justiça, que possui competência consagrada, tanto constitucional como legalmente, para a prevenção e a repressão às infrações à ordem econômica.

O art. 170 da Constituição Federal, ao traçar os parâmetros da Ordem Jurídico-Econômica Brasileira, privilegiou o fundamento da liberdade de iniciativa, limitador da intervenção do Estado no domínio econômico.⁶ O inciso IV de tal artigo irá privilegiar ainda, como princípio da ordem econômica, a livre concorrência.

Tercio Sampaio Ferraz Junior, sobre o sentido de tal princípio na Constituição de 1988, esclarece que:

“A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de

6 João Bosco Leopoldino da Fonseca acrescenta que: “Aceitos tais fundamentos [livre-iniciativa, bem como a valorização do trabalho humano], a Constituição estabelece a finalidade de toda a atuação através de políticas econômicas, qual seja a de assegurar a todos a existência *digna*, conforme os ditames da justiça social” (FONSECA, 2004, p. 126).

um ou uns sobre os outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental – a competitividade – que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção (FERRAZ JÚNIOR apud GRAU, 2006, p. 210).

O art. 173 da Constituição se refere à exploração direta de atividade econômica pelo Estado, estabelecendo em seu § 4.º que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Já o art. 174, *caput*, estabelece que o Estado como agente normativo regulador da atividade econômica exercerá as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, revelando assim a dupla instrumentalidade do Direito Econômico: regular a política econômica e normatizar a facticidade jurídica.⁷

De acordo com o *caput* do art. 1.º da Lei 8.884/94, deve o CADE pautar-se pelos princípios econômicos constitucionais, pois estes direcionam a aplicação de todas as outras normas atinentes à matéria e dispostas na citada lei. Nesse sentido, Eros Roberto Grau esclarece que:

“As regras da Lei n. 8.884/94 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativas, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988” (GRAU, 2006, p. 211-212).

Para que exerça o controle de condutas lesivas à ordem econômica brasileira, reprimindo os atos abusivos à concorrência e ao exercício da livre-iniciativa, de acordo com o disposto no art. 20 da Lei Antitruste, é conferido ao CADE, pelo art. 23 da mesma lei, o poder de aplicar sanções, como multas, proibição de contratar com instituições financeiras oficiais, participar de licitações e tantos outros.

7 Nos ensinamentos de Washington Peluso Albino de Souza tem-se que os atos e fatos econômicos têm pertinência ao Direito Econômico apenas quando previstos e regulados para a efetivação da política econômica inscrita na ordem jurídica estatal (SOUZA, 2005).

O CADE é um órgão técnico com função judicante em matéria de concorrência e jurisdição em todo o Território Nacional (art. 3.º). O professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, ex-conselheiro do CADE, sobre tal função ressalta que:

“o fato de se conferir ao CADE função judicante é, sem dúvida, uma abertura para a criação de órgãos capazes de exercer a mesma função peculiar ao poder Judiciário, mas com maior proficuidade em razão da especialização da matéria” (FONSECA, 2007, p. 114).

Ao Conselho é garantida autonomia decisória, estando expressamente proibido, nos termos do enunciado contido no art. 50 da Lei 8.884/94, o re-exame de qualquer questão na seara administrativa, pois se assim não fosse se tornaria vinculado ao projeto político-econômico desenvolvido pelo Chefe do Executivo.

As decisões do CADE não comportam, assim, revisão pelo Poder Executivo. O mesmo, contudo, não se aplica ao Poder Judiciário em face do princípio constitucional da unicidade de jurisdição, fundamento do controle judicial das decisões administrativas.

A Constituição Federal estabelece em seu art. 5.º, XXXV, que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. A inafastabilidade da apreciação da matéria por parte do Judiciário é, pois, preceito constitucional, não podendo a lei restringir, ou mesmo limitar, o acesso do interessado à via judicial.

Deve-se atentar, no entanto, conforme destacou o Professor Sérgio Varella Bruna, àquilo que os americanos chamam de *standard review*, ou seja, até onde o Judiciário pode rever as questões dos órgãos especializados. De acordo com o professor:

“(…) é necessário dar-se à decisão administrativa aquilo que os americanos chamam de deferência judicial, ou seja, prestigiar a decisão administrativa por uma série de razões que foram aqui relacionadas. Para mim, a mais marcante é o fato de que as decisões administrativas tomadas pelo CADE decidem questões econômicas que trazem uma complexidade muito grande para administrar a aplicação das normas” (BRUNA, 2006, p. 38).⁸

8 Anais do Seminário: *O Judiciário na defesa da concorrência*, organizado pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) e Instituto Brasileiro de Estudos

Daí decorre a necessidade de estabelecer limites para o controle judicial, pois percebe-se que a deferência advém da própria vontade do legislador ao criar um órgão com competência especializada em matéria econômica. Se a questão de mérito decidida discricionariamente mas motivada e fundamentadamente puder ser resolvida inteiramente por um tribunal generalista, a competência do órgão especializado se esvaziaria (FONSECA, 2006).

A questão é de grande importância, uma vez as decisões dos juízes irão, nesses casos, influenciar não somente as partes do litígio e terceiros que com ela estejam envolvidos, mas a coletividade, principal interessada na solução das questões de concorrência. À coletividade é garantida a titularidade dos bens jurídicos resguardados pela Lei 8.884/94, conforme o seu art. 1.º, parágrafo único:

“Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.

Sobre a peculiaridade da função judicante do CADE e o reflexo de suas decisões a toda coletividade, o Professor João Bosco Leopoldino resalta que:

“Essa peculiaridade do CADE advém justamente da identificação dos conceitos que constituem o cerne dos julgamentos efetuados por essa autarquia judicante. São conceitos econômicos elaborados para dar conteúdo à esfera jurídica, e que situam aquelas decisões num patamar de alcance de toda a coletividade, que é a titular dos direitos protegidos pela Lei n. 8.884/94. Qualquer decisão proferida pelo CADE transcende o estrito limite das empresas envolvidas para alcançar toda a coletividade, justamente pelo interesse econômico, cerne daquelas decisões”⁹ (FONSECA, 2006, p. 23).

É preciso aliar ao conhecimento jurídico o domínio dos conceitos econômicos. Tal é o fundamento da teoria da análise econômica do direito de Richard Posner. Segundo Posner, o juiz pode e deve usar princípios econômicos para orientar suas decisões, além de acatar certos balizadores, como

de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) realizado em Brasília em 31 de maio, 1.º e 2 de junho de 2006.

9 Anais do Seminário: *O Judiciário na defesa da concorrência*, organizado pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) e Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC) realizado em Brasília em 31 de maio, 1.º e 2 de junho de 2006.

a eficiência e a maximização de riqueza. Em seu livro *Economic analysis of law* afirma que o jurista não precisa ser economista mas precisa entender de economia, assim como o economista não precisa ser jurista mas precisa entender de direito.¹⁰

Assim, tendo em vista a necessidade de interseção das áreas Direito e Economia, principalmente no Direito da Concorrência, e a especialização que se requer do Conselho, as decisões do CADE são formadas a partir de interpretações tomadas tanto por juristas como por economistas. Estas passam sob o crivo de seus diversos membros, uma vez que, institucionalmente, o CADE é um órgão colegiado.

Nesse aspecto questiona-se até que ponto pode a decisão de um juiz monocrático substituir uma decisão do CADE. Para o Procurador-Geral do CADE Arthur Badin, a decisão de qual entidade é mais vocacionada para fazer escolhas em cada caso concreto e melhor atende ao interesse público deve, antes de tudo:

(...) levar em consideração o bom funcionamento e a operacionalidade do sistema, evitando a contraproducente redundância em que incidiria se se repetisse, pura e simplesmente, o trabalho das autoridades administrativas competentes. Em segundo lugar, deve atentar para o risco de gerar déficits democráticos, ao extrapolar os limites para o exercício legítimo da jurisdição, provocando a distorção que sugestivamente se convencionou chamar de ‘governo dos juízes’” (BADIN, 2006).

Assim como as agências reguladoras, o CADE apresenta não apenas maior coerência técnica, mas possui e compreende maior número de dados do mercado, possuindo informações que muitas vezes o Judiciário não tem. Além disso, deve-se atentar à coerência com políticas do órgão. Isso porque, conforme ressalta Paula Forgioni, as normas antitruste são “instrumentos de implementação de políticas públicas” (FORGIONI, 1998).

Por fim, cabe ressaltar as diferenças entre os procedimentos administrativos e judiciais. O processo administrativo no CADE é mais ágil, informal, diferentemente do processo judicial, cuja produção de provas é solene, ritualizada. Confere-se no âmbito judicial maior certeza na produção da prova, e por isso permite-se uma revisão daquelas decisões em que for necessário

10 POSNER, 2002.

verificar a sua regularidade processual, de forma a garantir a legalidade das decisões. A valoração de tais provas deve, contudo, caber ao CADE.

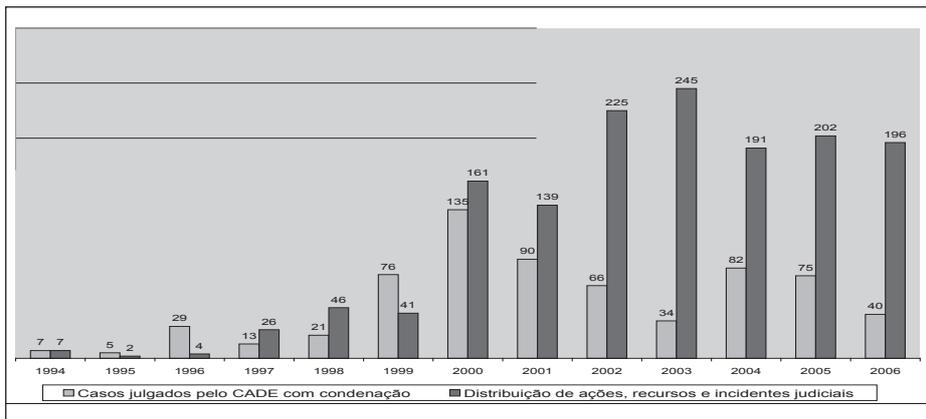
No que diz respeito ao tempo, as decisões do CADE são mais céleres, adequadas, portanto, à dinamicidade do mercado. A morosidade inerente dos processos judiciais é preocupante na medida em que pode postergar por muitos anos a efetividade das decisões do CADE, vindo estas a serem aplicadas quando talvez já não faça mais sentido.

3. Judicialização da defesa da concorrência

O CADE se consolidou como autoridade de defesa da concorrência, e suas decisões são cada vez mais reconhecidas pela comunidade pelo ganho em tecnicidade, consistência e independência institucional. Da mesma forma, contudo, inevitavelmente, o debate se desloca do âmbito do CADE para o Judiciário.

É natural que o número de ações contra o CADE na Justiça cresça com o aumento do número de condenações administrativas. No entanto, observa-se que os níveis se mantiveram altos ainda que com significativa diminuição nas condenações.

Gráfico 1: Judicialização da política de defesa da concorrência



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados da COGEAP/CADE e Setor Contencioso/ProCADE

Como se pode observar no Gráfico 1, no período de 2000 a 2003 o número de condenações caiu para um terço, enquanto se obteve considerável aumento

em relação à distribuição de ações, recursos e incidentes judiciais. Nos anos posteriores, tal número mantém-se em patamares relativamente altos se comparado com outros anos, principalmente 2006, em que a queda do número de condenações não refletiu no número de ações, recursos e incidentes judiciais. Se tomados, por exemplo, o ano de 2005 e o ano de 1999, tem-se um mesmo número de condenações, mas cinco vezes mais recursos ao Judiciário em 2005.

3.1 Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo

É necessário, portanto, analisar como as decisões administrativas vêm sendo recebidas pelo Poder Judiciário, se confirmadas ou modificadas, bem como sua efetividade ante a suspensão de seus efeitos através da concessão de liminares.

Em estudo realizado durante o programa de intercâmbio no Conselho, procurou-se realizar uma análise quantitativa das decisões do CADE em juízo, coletando, por meio de pesquisa empírica, os dados dos processos em trâmite no Judiciário desde 1994, quando da criação do CADE, até julho do presente ano.

Tomaram-se por base os casos decididos pelo Plenário do CADE, ou seja, os processos administrativos e atos de concentração, e não cada ação gerada por tal caso no Judiciário. Portanto, ainda que o caso tenha gerado várias ações ordinárias e cautelares, discutindo matérias diversas, limitou-se a chegar a um resultado geral.

Além de uma análise abrangendo todos os casos decididos pelo CADE no período de 1994 a 2007, foi feita análise mais específica separando os processos administrativos dos atos de concentração, estes subdivididos em atos de concentração com multa por intempestividade e atos de concentração aprovado com restrições.

Com o intuito de verificar os avanços obtidos, principalmente a partir de 2003, quando a postura da Procuradoria passou a ser mais ativa, contribuindo para a consolidação institucional, foram destacados os dados a partir de 2003 e 2005 de alguns indicadores, de forma a realizar uma análise comparativa.

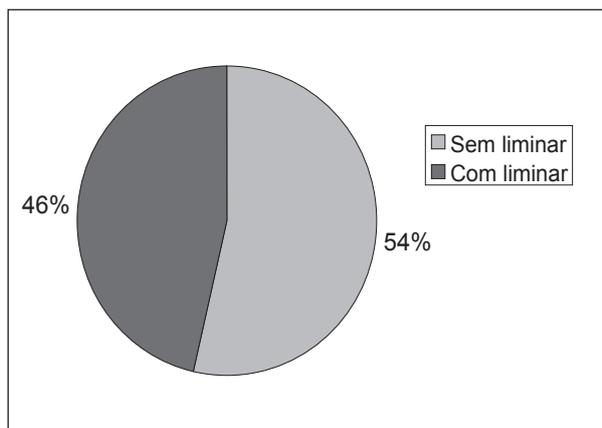
A intenção de tal estudo foi verificar a garantia da tutela administrativa dos direitos difusos e coletivos e os obstáculos à sua efetivação. Observa-se com preocupação o significativo aumento do número de decisões do CADE que são submetidas à revisão pelo Poder Judiciário, uma vez que o controle judicial, reconhecidamente moroso, posterga em muitos anos a implementação das decisões, tirando-lhes a efetividade.

3.1.1 Decisões do CADE (1994/2007) em juízo com liminar em primeira instância

As decisões administrativas, estando sujeitas ao controle judicial, costumam demorar anos para serem efetivamente implementadas, graças a certa prodigalidade do Poder Judiciário em conceder liminares *initio litis* e do sistema recursal brasileiro.¹¹

O elevado número de liminares concedidas revela certa inobservância de seu requisito, qual seja a verossimilhança das alegações na fundamentação. Observa-se, conforme o gráfico abaixo, que em primeira instância o Judiciário vem concedendo liminar para quase metade dos casos do CADE em juízo (46% dos casos):

Gráfico 2: Decisões do CADE (1994/2007) em que foi concedida liminar em primeira instância

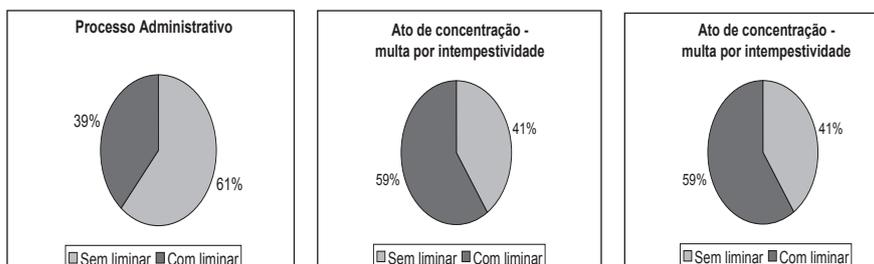


Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”.

Nos casos de processo administrativo, tal porcentagem se reduz um pouco, chegando a 39% dos casos. Ao analisar os atos de concentração, contudo, verifica-se que tal porcentagem aumenta para 59% nos casos de multa por intempestividade e para 75% nos casos de aprovação com restrições, o que representa três quartos dos casos apreciados.

¹¹ Relatório de gestão da Procuradoria do CADE (2006).

Gráfico 3: Decisões do CADE (1994/2007) em que foi concedida liminar em primeira instância



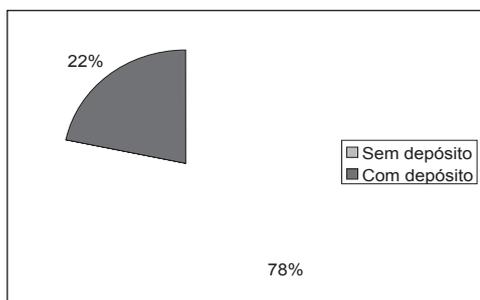
Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”.

Pode-se intuir que nos casos de ato de concentração, em que se analisam fusões e aquisições, onde há um interesse de ambos os lados na realização do ato, e não apenas um controle de conduta, existe uma pressão maior para a revisão da decisão, bem como maior probabilidade de esta ser reformulada, o que justifica a significativa diferença entre os atos de concentração e os processos administrativos.

3.1.2 Ações com depósito do valor da multa

A suspensão da execução da decisão do CADE por meio de liminar, de acordo com o art. 65 da Lei 8.884/94, não pode ocorrer “se não for garantido o juízo no valor das multas aplicadas, assim como de prestação de caução, a ser fixada pelo juízo, que garanta o cumprimento da decisão final proferida nos autos (...)”. Tal dispositivo, desde a formação do CADE, não vinha sendo muito observado, o que pode explicar porque em apenas 22% dos casos em juízo estão garantidas as multas com o depósito judicial:

Gráfico 4: Ações com o depósito do valor da multa



Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”.

Tal situação começa a mudar a partir de 2003, graças ao empenho da Procuradoria em fazer aplicar tal dispositivo, passando para 30% os casos em que há o depósito da multa, e chegando a 34% a partir de 2005.

A mudança é mais significativa quando analisados apenas os atos de concentração com multa por intempestividade. Nesses casos, conseguiu-se o depósito do valor da multa da metade dos casos em juízo a partir de 2003, passando à maioria dos casos se analisados a partir de 2005.

O depósito integral do valor da multa, nos termos dos arts. 65 e 66 da Lei 8.884/94, é condição para que se possa discutir judicialmente a legalidade das decisões do CADE. O crescente rigorismo com que o Judiciário vem aplicando tal dispositivo garante, em certa medida, uma maior atuação da atividade de repressão às infrações à ordem econômica; no entanto, ainda há muito a ser feito.

Consegue-se, atualmente, fazer que grande parte das multas seja depositada judicialmente; no entanto, os valores recolhidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos permanecem bastante irrisórios em face do volume de condenações. A tabela que se segue, como uma amostra do período 2002/2004, demonstra tal deficiência:

Tabela 1: Multas impostas e recolhidas por infração contra a ordem econômica

Ano	Avaliadas (R\$)	Recolhidas (R\$)	Percentual Recolhimento (%)
2002	2,8 milhões	12.770,00	0,45
2003	8,3 milhões	620.000,00	7,46
2004	5,6 milhões	0,00	0
Total (02/04)	16,7 milhões	632.770,00	3,78

Fonte: Competition Law and Policy in Brazil – A Peer Review, OCDE, 2005 *apud* Relatório de Gestão da Procuradoria do CADE (2006)

O recolhimento dessas condenações, usado como medida para se aferir, quantitativamente, a eficácia das ações civis públicas, revela a inefetividade da tutela dos direitos difusos e coletivos no Brasil.¹²

¹² Relatório de gestão da Procuradoria do CADE (2006).

3.1.3 Decisões do CADE (1994/2007) em juízo – primeira instância

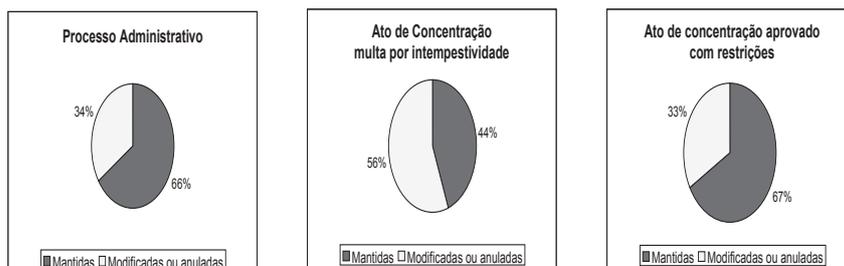
A demora do Judiciário na análise das decisões do CADE, que resultou até hoje, em doze anos de existência do Conselho, em pouquíssimas decisões com sentença que tenham transitado em julgado, já é refletida em primeira instância. Somente a metade dos casos possui decisão em primeiro grau, sendo que, dessas decisões, em apenas pouco mais da metade (57%) dos casos foi confirmada a decisão do CADE.

Nos casos de processo administrativo há um aumento do número das ações julgadas em primeira instância, e dentro dessas, com sentença, um aumento do número das decisões do CADE mantidas pelo Judiciário, representando dois terços das ações julgadas.

Diferença significativa se observa nos casos de atos de concentração com multa por intempestividade. Há um aumento do número de casos julgados pelo Judiciário, mas, em contrapartida, aumenta-se também o número de decisões reformadas pelo Judiciário (56% dos casos), ultrapassando aquelas que foram mantidas, correspondentes a 44% dos casos.

Já os gráficos dos atos de concentração aprovados com restrições guardam quase as mesmas proporções dos processos administrativos. A maioria dos casos (62%) ainda encontra-se sem sentença, mas dos 38% dos casos julgados, dois terços obtiveram decisão favorável ao CADE.

Gráfico 5: Decisões do CADE (1994/2007) modificadas ou anuladas por sentença judicial em primeira instância



Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”

Se tomarmos os dados a partir de 2003, verifica-se que há uma tendência crescente de que as decisões tomadas pelo CADE sejam confirmadas pelo Judiciário em primeira instância. Nos processos administrativos, a partir de 2003, 91% dos casos obtiveram sentença do Judiciário mantendo a decisão do CADE. Nos atos de concentração, 60% dos casos com multa por intempestividade e 67% dos casos de aprovação com restrições obtiveram confirmação pelo Judiciário a partir de 2003.

Gráfico 6: Decisões do CADE (1994/2007) modificadas ou anuladas por sentença judicial em primeira instância a partir de 2003



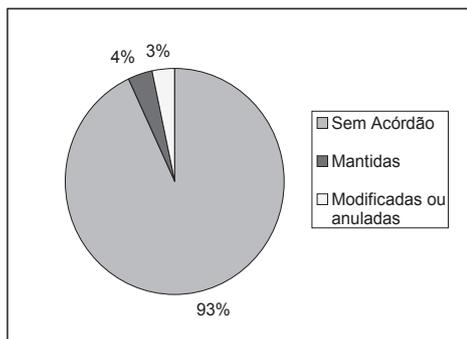
Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”.

3.1.4 Decisões do CADE (1994/2007) em juízo – segunda instância

Tomando os dados em segunda instância, observa-se que, no período de 1994/2007, o número de casos julgados diminuiu consideravelmente, representando apenas 7% dos casos. Tal percentual é ainda menor nos casos de processos administrativos, em que apenas 4% dos casos obtiveram decisão em segunda instância:

Nos casos de atos de concentração, no entanto, tal percentual aumenta para 11% nos casos de multa por intempestividade, e chega a 25% nos casos aprovados com restrições. Dos casos com Acórdão, observa-se que a diferença percentual é sutil em relação aos casos mantidos pelo TRF e aqueles modificados ou anulados. Tem-se, pois, o seguinte gráfico em relação às decisões do CADE em juízo que se encontram em segunda instância:

Gráfico 7: Decisões do CADE (1994/2007) em juízo – segunda instância



Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”.

Relativamente aos processos administrativos, todas as decisões do CADE obtiveram confirmação em segunda instância. Tendência inversa se observa quanto aos atos de concentração com multa por intempetividade, em que em 86% dos casos que são julgados pelo Judiciário a decisão do CADE é modificada ou anulada.

Em relação aos atos de concentração aprovados com restrições, impossível supor qual será o posicionamento do TRF, uma vez que na metade dos casos mantém-se a decisão do CADE e na outra metade se modifica ou anula.

Gráfico 8: Decisões do CADE (1994/2007) no Judiciário – segunda instância



Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”.

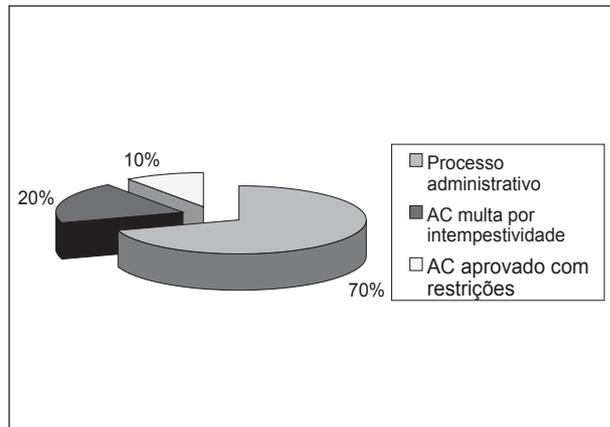
3.1.5 Decisões do CADE (1994/2007) em juízo – STJ

Dos casos decididos pelo CADE no período de 1994/2007, dez foram submetidos à apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). São eles: Xerox do Brasil Ltda., Unimed de Blumenau Cooperativa de Trabalho Médico, Unimed de João Pessoa Cooperativa de Trabalho Médico, Gerdau S/A, Associação Médica de Brasília – AMBR, General Eletric Company – GE, Unimed de Campinas Cooperativa de Trabalho Médico, Snap on Incorporated, Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa, Análises Clínicas de Brasília e Companhia Vale do Rio Doce – CVRD.

O STJ já decidiu 60% dos casos, confirmando as decisões do CADE em dois terços deles, ou seja, quatro decisões favoráveis contra duas desfavoráveis. Observa-se, ainda, que as duas decisões desfavoráveis são anteriores a 2005. A partir de 2005, todos os casos submetidos à apreciação pelo STJ foram decididos favoravelmente ao CADE.

Dentre os dez casos submetidos à apreciação pelo STJ, sete são processos administrativos, dois são atos de concentração com multa por intempestividade e apenas um ato de concentração aprovado com restrições.

Gráfico 9: Natureza das decisões do CADE em juízo – STJ



Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”.

Relativamente aos processos administrativos, 57% dos casos foram decididos pelo STJ, favorável ou desfavoravelmente, na mesma proporção. Já nos atos de concentração com multa por intempestividade, 50% dos casos já foram decididos, obtendo confirmação pelo STJ. Nos atos de concentração aprovados com restrições, apenas um foi submetido à apreciação do STJ, que já o julgou, mantendo a decisão do CADE. Trata-se do recente julgado da Companhia Vale do Rio Doce – CVRD.

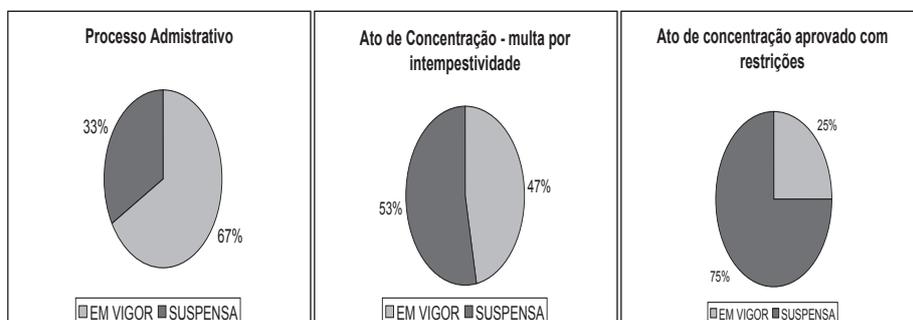
3.1.6 Eficácia das decisões do CADE

Como resultado da análise das decisões que se encontram suspensas por liminar, daquelas que ainda não tiveram o juízo garantido com o depósito da multa referente ao art. 65 da Lei 8.884/94, bem como das decisões modificadas ou anuladas pelo Judiciário, pode-se chegar a um resultado que verifique aquelas decisões do CADE (1994/2007) que se encontram em vigor e aquelas que foram suspensas, por força de liminar, ou em razão de reforma pelo Judiciário.

Relativamente aos processos administrativos, verifica-se que dois terços das decisões do CADE encontram-se em vigor. Já em relação aos atos

de concentração com multa por intempestividade, as decisões do CADE que foram suspensas alcançam 53% dos casos. A situação fica mais crítica em relação aos atos de concentração aprovados com restrições, em que apenas um quarto das decisões do CADE estão em vigor.

Gráfico 10: Eficácia das decisões do CADE (1994/2007) em juízo



Fonte: Relatório da pesquisa “Análise quantitativa das decisões do CADE em juízo”.

De forma geral, contudo, quase 60% das decisões do CADE do período 1994/2007 estão em vigor. A maioria das decisões do Conselho que são submetidas ao controle do Poder Judiciário, portanto, vem sendo mantida, refletindo sua consistência e fundamentação jurídica, nos termos da Lei 8.884/94.

3.2 Análise qualitativa das decisões do CADE em juízo

Cabe analisar também, brevemente, *como* as decisões do CADE vêm sendo reformuladas para que se possam questionar os limites do controle judicial. Como não se pretende fazer uma análise aprofundada desse aspecto, iremos destacar alguns casos polêmicos e aqueles que envolveram revisão no mérito das decisões administrativas, de forma meramente exemplificativa.

O primeiro caso de cartel submetido ao CADE, o cartel do aço, que envolveu as empresas Usiminas, Cosipa e CSN, se referia à fixação de preços por essas empresas, que foram condenadas pelo CADE com base em dois fundamentos. O Judiciário, ao revisar a decisão, decidiu subtrair-lhe um fundamento, mantendo, contudo, a decisão pelo segundo fundamento. Discutia-se até que ponto a prática das empresas configuraria divisão de mercado, questão atinente ao mérito e, portanto, de competência do CADE.

Já no caso do cartel dos postos do Distrito Federal, foram aceitos os motivos deduzidos na fundamentação da decisão pelo CADE; no entanto, negou-se a conseqüência, aduzindo-se que esta não decorreria dos fatos, não podendo haver relação causal entre os fatos e a aplicação da multa, anulando-a, por fim.

No caso da Petrobrás e da White Martins, em que se exigiu que as empresas dessem publicidade aos preços praticados no consórcio (Gemini) entre elas, o magistrado suspendeu a decisão sob a alegação de não estar claro o poder de monopólio exercido pela estatal sobre o gás, ainda que nos autos do processo constassem dados da Agência Nacional do Petróleo (ANP) mostrando que a Petrobrás detinha 95% das importações e 90% da produção do gás natural.

Relativamente ao caso da Dufry e Brasif, o juiz ampliou o prazo de uma cláusula de não-concorrência entre ambas de cinco para dez anos. O CADE tem entendimento consolidado de que a cláusula que permite que empresas não concorram entre si só pode durar por, no máximo, cinco anos. A reformulação da sentença não utilizou qualquer justificativa econômica para dobrar o prazo de tal cláusula.

Há casos ainda em que é modificada a porcentagem da multa aplicada, como em alguns casos da Unimed e o caso dos elevadores. A Lei 8.884/94 permite que as multas referentes à condenação por prática de infração da ordem econômica sejam fixadas num percentual entre 1% e 30% do faturamento bruto da empresa no seu último exercício. O juiz, ao modificar o percentual, estará alterando a decisão nessa margem de manobra cuja sanção a lei outorga ao Conselho decidir.

As reformulações mais sérias são aquelas em que se interfere no próprio mérito da questão, como no caso das tabelas médicas e do Shopping Iguatemi, fazendo que seja reiniciada toda a discussão. Neste o juiz entendeu que o CADE definiu erroneamente o mercado relevante, entrando nos aspectos econômicos da decisão, decidindo que não havia poder de mercado, nem a condenação se justificava:

“... O CADE (...) foi longe demais ao segmentar [o mercado relevante] em mais duas operações, chegando, enfim, a um suposto, subsubmercado (dentro do submercado dos *shopping centers* regionais), identificado como sendo o de *shopping centers* regionais de alto padrão, o que, obviamente, superdimensionou a importância do Shopping A,

fazendo crer que ele efetivamente teria a chamada ‘posição dominante’ no mercado. (...)

No que tange à substituíbilidade ou não dos lojistas (e suas marcas), estabelecidos com exclusividade no Shopping A, com vistas a se verificar se isso limitaria os estabelecimentos concorrentes na formação do seu próprio *tenant mix* (combinação ou mistura de lojas dentro do shopping), *o elemento dúvida foi uma constante confessa do voto-condutor*. Tenho para mim que as marcas associadas exclusivamente ao Shopping A são passíveis, sim, de substituição, seja pelos outros *shoppings*, seja pelos consumidores, por outras marcas similares, o que, em tese, não teria o condão de prejudicar a livre concorrência. Agora, respeitando a dúvida suscitada no âmbito do CADE, o mínimo que se esperaria era que tal questão fosse levada em consideração a favor das autoras, *em razão de seu estado de “representadas” num processo punitivo*, e não o contrário, o que efetivamente aconteceu.

É notável o despreparo quanto à abordagem de certas questões que envolvem conteúdo econômico, razão pela qual deve ser deferida a análise à autoridade administrativa se a questão implicar julgamento de mérito.

Há de se ressaltar, todavia, que inúmeros casos, bem como os fundamentos utilizados nas condenações, vêm sendo confirmados pelo Judiciário, valendo destacar: Cartel das Britas; Cartel de Lages; Cartel de Combustíveis de Pernambuco; o entendimento sobre a contagem de prazo para a apresentação de atos de concentração; o entendimento sobre a ilegalidade da cláusula de unimilitância nos diversos casos da Unimed; entre outros.

A maior consistência e fundamentação jurídica das decisões proferidas pelo CADE nos últimos anos vêm garantindo a crescente tendência de as decisões serem confirmadas pelo Judiciário, evitando, assim, a revisão sob o aspecto de mera repetição do trabalho da autoridade administrativa.

4. Limites do controle judicial

Observa-se, portanto, que a revisão judicial deve ser efetivada mediante o controle de legalidade das decisões administrativas. Assim é que as decisões devem se limitar a verificar a conformidade do processo administrativo aos princípios do contraditório, da ampla defesa e da legalidade. Deve-se verificar a higidez da decisão administrativa no tocante à sua fundamentação interna, mas sempre respeitando a separação entre o mérito do ato adminis-

trativo e a segurança, a correção do procedimento e a legitimação da decisão administrativa.

Sobre a revisão judicial dos atos administrativos a doutrina administrativa tradicional, atentando à necessidade de adequação de sua atividade com os princípios positivados no ordenamento jurídico, assevera que:

“O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade” (DI PIETRO, 2003, p. 616).

Não se pretende aqui analisar se as decisões do CADE são atos administrativos vinculados ou discricionários, vez que se observa atualmente uma insuficiência em tal dicotomia, não existindo atos puramente vinculados nem puramente discricionários. No entanto, há conceitos jurídicos indeterminados que outorgam certa margem de manobra que implicam escolhas, e tais decisões, por tratarem de questões que envolvem conteúdo econômico, devem ser deferidas ao órgão especializado.

Tendo em vista a atuação exclusiva dos órgãos da Administração Pública e a margem de liberdade que lhe é assegurada por lei, o controle judicial deve se dar somente quando se ocasionar lesão às partes.

No relatório da OCDE em avaliação sobre a política e a Lei de Concorrência no Brasil (*Peer Review*) concluiu-se que:

“A posição do CADE na revisão judicial é que o judiciário deve limitar-se a examinar a adequação legal dos procedimentos do órgão e deveria considerar qualquer questão antitruste como um problema restrito à discricionariedade do CADE. Embora alguns juízes e tribunais de segunda instância aceitem esta visão, outras analisaram e mudaram as decisões do CADE. É grande a falta de consenso no judiciário sobre como os casos do CADE devem ser revistos. A lei da concorrência é um assunto relativamente novo para o judiciário brasileiro, e alguns juízes que concluem que a revisão judicial de questões antitruste é possível, mesmo assim, mantêm como foco os pontos relativos a procedimentos, evitando, assim, lidar com tópicos desconhecidos”.¹³

13 *Lei e política da concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares*. Relatório elaborado pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) juntamente ao Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) em 2005.

5. Conclusão

O presente trabalho teve por escopo a apresentação de dados empíricos que possam possibilitar uma análise concreta da atuação do Judiciário na defesa da concorrência, bem como analisar a efetividade das decisões administrativas do CADE, tendo em vista a crescente demanda pela revisão judicial.

Observou-se que há um número excessivo de liminares que vêm sendo concedidas pelo Judiciário, o que demonstra a ausência da acuidade necessária na verificação da verossimilhança das alegações, que se limitam a alegar apenas o risco de dano na implementação da decisão do CADE, que, por lei, tem aplicação imediata.

Muito embora um número razoável de decisões do CADE se encontre em vigor, a demora para tal resultado posterga a efetividade da tutela administrativa dos direitos difusos e coletivos. Em face da dinamicidade da economia, que requer a implementação imediata das decisões, a tutela reparadora dos danos causados aos direitos difusos e coletivos lesados não atingirá, por vezes, seu objetivo reparador de reversão dos benefícios à sociedade.

Nenhuma lesão de direito pode ser subtraída do conhecimento do Judiciário, conforme assegura a Constituição, mas os limites para tal controle estão na legalidade, e na observância dos outros princípios constitucionais, fundamento de validade de todas as normas jurídicas. Dessa forma, o Poder Judiciário pode, nos casos em que haja alguma ilegalidade cujo conteúdo não fora reconhecido pelo CADE, anular as decisões dadas por tal autarquia. Deve, contudo, agir com cautela, analisando a razoabilidade e a proporcionalidade das decisões para não privar a Lei Antitruste de efetividade.

Deve-se, por fim, atentar para os efeitos da progressiva judicialização da política de defesa da concorrência, questionar a eficácia do controle judicial num quadro em que a maioria das decisões administrativas é confirmada, os prejuízos causados pela demora da efetivação das decisões, bem como até que ponto se pode dar tal interferência, de forma que não haja inversão dos papéis na política de defesa da concorrência, com conseqüente esvaziamento de competência do órgão especializado, competência essa constitucionalmente garantida.

Bibliografia

BADIN, Arthur. A revisão judicial das decisões do CADE. *Valor Econômico*, 27 out. 2006.

- BRUNA, Sérgio Varella. *Anais do seminário: O Judiciário na defesa da concorrência*, Brasília 31 de maio, 1.º e 2 jun. 2006.
- CADE. *Relatório de Gestão da Procuradoria de 2006*.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. *Lei de proteção da concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.
- INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Report on Competition and the Judiciary*. 2006 Competition Policy Implementation Workgroup report – Subgroup 3. Presented at the Sixth Annual ICN Conference, Moscow, May 30-June 1, 2007.
- OCDE. *Lei e política da concorrência no Brasil – uma revisão pelos pares (Peer Review)*. Relatório elaborado pela OCDE e BID em 2005.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. Boston: Little, Brown and Company, 2002.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.



SHAM LITIGATION – UMA EXCEÇÃO À DOCTRINA NOERR-PENNINGTON E A EXPERIÊNCIA RECENTE VIVIDA PELO CADE

Sandra Terepins

Introdução

Este estudo se propõe a traçar o histórico da *sham litigation*,¹ uma das exceções à aplicação da doutrina norte-americana conhecida como Noerr-Pennington, a partir da apresentação de julgados que, a nosso ver, foram fundamentais para sua construção e evolução. Em seguida, serão abordados os poucos casos vividos recentemente pela jurisprudência brasileira à luz de seu entendimento. Ainda que em sua maioria não façam menção expressa a essa doutrina, trazem em sua análise características similares e passíveis de reflexão a partir de seu estudo. Ao final, serão feitas conclusões em face do desenvolvimento da doutrina e das diretrizes traçadas em ambas as jurisdições.

A doutrina Noerr-Pennington e a sham litigation na jurisprudência norte-americana

A doutrina Noerr-Pennington tem sua origem em dois casos emblemáticos julgados pela Suprema Corte norte-americana: *Eastern Railroad Presidents Conference et al. v. Noerr Motor Freight, Inc.* (“Noerr”),² julgado em 1961, e *United Mine Workers of America v. Pennington et al.* (“Pennington”),³ julgado em 1965.

Fruto da análise desses precedentes, a doutrina trata da proteção ao direito de petição previsto na *First Amendment* da Constituição dos Estados

1 Tradução livre de *sham* conforme o *Black's Law Dictionary*. 8. ed.. Thomson Wes, 2004: “Sham. 1. Aquilo que não é o que parece ser, uma falsidade. 2. Uma pessoa que finge ser algo que não é; um falsário”.

2 365 U.S. 127.

3 381 U.S. 657.

Unidos da América em face da responsabilidade antitruste. O que se pretende é imunizar determinadas formas de movimentar o aparelho estatal, ainda que o propósito daquele que venha a fazê-lo seja prejudicar seu concorrente ou, não sendo este o objetivo, o *agir* do Estado tenha efeitos anticompetitivos.

Como se verá adiante, a partir do estudo dos casos que dão nome à doutrina, assim como daqueles que contribuem de forma significativa para sua evolução, seu escopo é primordialmente: (i) resguardar o direito de petição;⁴ e (ii) proteger o processo de tomada de decisões do governo (*decision-making process*).

De acordo com o entendimento da Suprema Corte norte-americana, deve-se interpretar o Sherman Act tendo como princípio a garantia do *agir* do Estado e do exercício do direito dos cidadãos de requerer uma atitude pró-ativa dele, novamente, ainda que este *agir* limite a competição. Ou seja, parte-se do princípio de que não pode o direito dos cidadãos de buscar a ação do Estado ser indistintamente mitigado em face da preservação do ambiente mais competitivo.

Entretanto, em que pese a doutrina Noerr-Pennington exercer um papel de assegurar importantes interesses aptos a promover um sistema de governo democrático – já que claramente prima pela inclusão do cidadão no processo de tomada de decisões do Estado –, há quem invoque a proteção a esse direito em circunstâncias que impõem custos substanciais aos consumidores e prejuízos à concorrência, naturalmente à revelia dos princípios básicos eleitos pela doutrina.

E, desse modo, apesar de haver uma tendência a privilegiar direitos previstos na *First Amendment vis-à-vis* a manutenção de um ambiente competitivo, o que é perfeitamente compreensível num Estado de Direito, a evolução da doutrina levou as Cortes norte-americanas (assim como estudiosos do Direito) à percepção de que não poderia ser analisada e aplicada de forma absoluta.

Assim como a grande maioria das doutrinas ou teorias, a Noerr-Pennington apresenta exceções. Uma delas – que é a que se propõe estudar neste momento – é amplamente conhecida como *sham exception* ou *sham*

4 Este direito de petição é entendido numa perspectiva ampla, de modo a abranger Legislativo, Executivo e Judiciário.

litigation.⁵ Seu reconhecimento importa um limite ao direito de petição dos cidadãos, sendo por essa razão considerada uma exceção à doutrina.

Em linhas gerais, aquelas ações que, não sendo reais instrumentos de busca de interesses legítimos, tenham comprovadamente o condão de prejudicar um concorrente não serão albergadas pela imunidade antitruste apontada pela doutrina.

A essência da *sham litigation* está baseada na premissa de que uma das formas de manter poder de mercado é por meio do abuso da máquina estatal. Ainda que em alguns casos seja extremamente custoso provocar o Estado (p. ex. por meio do ajuizamento de ações e de seu monitoramento), o prejuízo eventualmente causado ao bem-estar do consumidor pode ser significativamente alto (p. ex. quando são elevadas as barreiras à entrada) e a concorrência ser diminuída ou eliminada.

Em que pese ser plausível tentar definir de forma ampla o que poderia ser reconhecido como *sham*, será visto, a partir do estudo de casos apresentado nos itens abaixo, que sua identificação pelas autoridades não foi e não é tarefa nada trivial.

Feita esta ressalva e introduzida a origem da doutrina Noerr-Pennington, assim como realizada a apresentação da *sham litigation* como exceção a sua adoção pelas Cortes norte-americanas, passar-se-á à análise de casos no intuito de compreender, a partir de dados empíricos, como foi traçada sua evolução, bem como quais parâmetros de análise foram, pouco a pouco, sendo delimitados.

Para tanto, este tópico será dividido em cinco seções: a primeira delas introduz o tema da doutrina a partir da análise dos dois primeiros julgados que lhe deram origem (item 1.1, *infra*); em seguida será abordada aquela decisão da Suprema Corte norte-americana que inaugura o reconhecimento de *sham* (item 1.2, *infra*); feito isso serão apresentados casos que trazem consigo propostas de testes para delimitação da *sham* (item 1.3, *infra*); e então se discorrerá acerca daqueles casos que denotam o que *não* é passível sequer de análise *vis-à-vis* a doutrina Noerr-Pennington (item 1.4, *infra*). Ao final, serão tecidas conclusões parciais a partir do estudo de casos norte-americanos

5 Como a própria expressão *sham exception* sugere, trata-se de uma exceção à doutrina Noerr-Pennington. O termo *sham litigation* é utilizado de forma ampla, não se restringindo ao contencioso judiciário, como veremos adiante; mas sim a todas as formas de provocação perante o Estado.

e buscar-se-á apontar indicadores aptos a balizar a análise brasileira em casos similares (item 1.5, *infra*).

Os casos Noerr e Pennington – a origem da doutrina

Eastearn Railroad Presidents Conference et al. v. Noerr Motor Freight Inc.

Em Noerr, quarenta e uma companhias de caminhões e sua associação de comércio processaram vinte e quatro ferroviárias, uma associação de ferroviários e uma firma de relações públicas com base no § 4 do Clayton Act, sob o argumento de que teriam conspirado, de modo a restringir o comércio e monopolizar o mercado de transporte/fretamento de longa distância, o que violaria os §§ 1 e 2 do Sherman Act.⁶ Alegaram as companhias de caminhões que as ferroviárias teriam se aliado a esta firma de relações públicas para que lançasse uma campanha publicitária cujos objetivos seriam o enrijecimento de leis aplicáveis ao setor; o que, ao final, as eliminaria do mercado.⁷

Em sua resposta, as ferroviárias admitiram ter conduzido a campanha publicitária para influenciar a aprovação de leis estaduais relativas a limite de peso e impostos, especialmente para caminhões de carga pesada; e, ainda, reconheceram ter encorajado a criação de normas mais rígidas que penalizassem caminhões pelo transporte de cargas excessivas e outras infrações relacionadas a isso. Porém, negaram a imputação feita de que sua campanha teria sido especialmente motivada pelo intuito de destruir o negócio das empresas caminhoneiras – na posição de competidores – ou mesmo de interferir nas relações entre elas e seus clientes. Insistiram, ainda, que a campanha teria

6 *In verbis*: “§ 1 Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal...” e “§ 2 Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony...”.

7 Ainda segundo o grupo de caminhoneiros, as empresas ferroviárias teriam utilizado a técnica de envolvimento de um terceiro no caso (*third-party technique*). Isto é, a publicidade veiculada teria sido desenvolvida de modo a simular contribuições espontâneas e independentes de pessoas comuns (civis) como se fossem realmente interessadas no desfêcho do caso, quando, na realidade, a campanha teria sido minuciosamente planejada pela empresa de relações públicas e patrocinada pelas próprias ferroviárias.

sido motivada para informar o público e o Poder Legislativo de diversos estados a respeito do prejuízo que transportadores de carga pesada estariam causando às estradas de forma repetitiva, sem que contribuíssem para sua construção, manutenção e reparação.⁸

Em linhas gerais, a Suprema Corte entendeu que (a) as tentativas de influenciar o enrijecimento de leis não configura uma violação ao Sherman Act; (b) o Sherman Act não proíbe duas ou mais pessoas de se associarem no intuito de persuadir o Legislativo ou o Executivo para que tome medidas que possam resultar em restrição ao comércio ou criação de monopólio; (c) a ação das ferroviárias tinha em vista promover ação governamental (aprovação de leis mais rígidas) e não prejudicar concorrentes; e (d) a campanha incentivada pelas ferroviárias teve como escopo, de fato, prejudicar as empresas caminhoneiras e suas relações com o público e com seus clientes.

Como se vê, ainda que a Suprema Corte tenha reconhecido que possa haver situações nas quais uma campanha publicitária, ostensivamente destinada a influenciar a ação governamental, seja considerada *sham*, cujo objetivo seria encobrir uma tentativa de interferir diretamente nas relações comerciais de um competidor e assim ser possível a aplicação do Sherman Act, isso não se aplicaria ao caso Noerr.⁹ O *Justice Black* – relator do caso em análise – não negou o reconhecimento de que as ferroviárias estariam provocando a máquina estatal de modo a prejudicar as empresas caminhoneiras; porém, principalmente em atenção ao direito de petição previsto na *First Amendment*, rejeitou qualquer entendimento no sentido de restringir o livre acesso dos cidadãos ao Estado.

Esse foi o primeiro caso no qual foi identificada a possibilidade de se causar prejuízo entre competidores por meio do uso da máquina estatal. Em que pese ter a Suprema Corte adotado posição extremamente cautelosa diante

8 Na seqüência, também as ferroviárias entraram com uma reconvenção (*counterclaim*) contra as caminhoneiras, sob a alegação de que elas próprias estariam violando os mesmos dispositivos do Sherman Act no intuito de eliminá-las e monopolizar o mercado. As alegações levantadas foram muito similares àquelas feitas inicialmente pelas caminhoneiras, incluindo campanhas publicitárias maliciosas, entre outras. As caminhoneiras negaram qualquer acusação feita.

9 Do original: “There may be situations in which a publicity campaign, ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor and the application of the Sherman Act would be justified. But this certainly is not the case here”.

de um eventual abuso por parte das empresas ferroviárias, é possível dizer que o caso Noerr sugere, ainda que de forma prematura e tímida, a eventual caracterização da *sham litigation*.

United Mine Workers of America v. Pennington et al.

O segundo caso decisivo para a consagração da doutrina Noerr-Pennington foi julgado pela Suprema Corte quatro anos após o primeiro. Em Pennington, o sindicato de mineiros e diversas mineradoras de carvão de grande porte celebraram um acordo trabalhista supostamente destinado a eliminar pequenos produtores de minério de carvão do mercado. As partes fizeram *lobby* junto à Secretaria do Trabalho para que fosse fixado um salário mínimo em valor superior àqueles mineradores de carvão que estivessem vendendo seu produto à Tennessee Valley Authority. Adicionalmente, recomendaram que adquirisse somente o carvão daqueles que praticassem o salário mínimo posteriormente fixado.

Diante da imposição desse novo patamar, foram artificialmente criadas barreiras à entrada de novos produtores, assim como foi dificultada a permanência de pequenos produtores no mercado diante da impossibilidade de remunerar seus empregados tal qual estabelecido.

Ao final de sua análise, a Suprema Corte concluiu novamente pela imunidade antitruste e pela proteção do direito de petição perante o Estado. Numa primeira etapa, a decisão teve como base a constatação de que um acordo entre sindicato e grandes empresas que se destine a assegurar a existência de parâmetros trabalhistas uniformes não é isento do exame perante a legislação antitruste. A partir disso, concluiu que: (a) um acordo resultante de barganha de empregados e empregadores não está automaticamente isento de responsabilidade perante o Sherman Act pelo simples pretexto de que as negociações tratavam de parâmetros salariais; (b) é natural que um sindicato faça acordos individuais com um sem-número de empregadores e que, ao perseguir seus interesses, tenha algum êxito; porém, quando age no intuito de firmar acordos com um grupo de empregadores de modo a impor altas escalas salariais, certamente a questão será analisada *vis-à-vis* as normas antitruste; (c) na política trabalhista nacional não há nada que indique que sindicatos de empregados e empregadores em um processo de barganha estejam livres para tratar de salários, condições de trabalho ou de firmar esses parâmetros para toda a indústria; tampouco permite que um empregador condicione a assinatura de um acordo à adoção de uma negociação similar com seus competidores; e (d) a política antitruste claramente restringe acordos entre sindicato de empregados e empregadores que extrapolem a barganha indivi-

dual em razão do potencial anticompetitivo e da restrição à liberdade de agir dos sindicatos de empregados.

Da decisão final é possível extrair que, a despeito de ter reconhecido que um acordo entre sindicato de empregados e empregadores não seria imune à legislação antitruste – o que poderia sugerir um tímido avanço na construção da doutrina –, o *Justice White* foi extremamente reticente em sua decisão. Na mesma linha do caso Noerr, concluiu que “esforços conjuntos que se destinem a influenciar funcionários públicos não violam as leis antitruste, ainda que tenham por objetivo eliminar a concorrência”.¹⁰

No entanto, ainda que não seja possível dizer que o julgamento do caso Pennington deu um passo em direção ao reconhecimento da *sham litigation*, ele certamente inovou ao trazer parâmetros mais amplos no que concerne à natureza das ações promovidas pelos particulares. Isso porque, a partir de então, não apenas aquelas condutas direcionadas ao Poder Legislativo seriam eventualmente abarcadas pela doutrina, mas também os requerimentos feitos perante o Poder Executivo passariam a ser analisados à luz do caso Noerr.

O reconhecimento da sham em California Motor Transport Co. et al. v. Trucking Unlimited

No ano de 1972, a Suprema Corte dos EUA deu novos direcionamentos à doutrina ao decidir *California Motor Transport Co. et al. v. Trucking Unlimited* (“California”).¹¹ Nesse caso, foi rejeitada aquela visão absolutista encontrada no caso Noerr de que o direito de petição estaria imune à responsabilidade antitruste.

Naquela oportunidade, foi julgado um caso no qual um grupo de catorze transportadoras intra-estatais processaram um grupo de dezenove transportadoras interestatais por violações a normas antitruste, alegando que estas últimas teriam conspirado para instituir procedimentos estatais e federais “com ou sem causa provável e independentemente do mérito dos casos”,¹²

10 Tradução livre do texto original: “Joint efforts to influence public officials do not violate the antitrust laws even though intended to eliminate competition. Such conduct is not illegal, either standing alone or as part of a broader scheme itself violative of the Sherman Act”.

11 *404 U.S. 508*.

12 Tradução livre do texto original: “with or without probable cause, and regardless of the merits of the cases”.

no intuito de frustrar requerimentos que dessem a empresas de transporte intra-estatais o direito de operar.

Suas ações, consistentes em financiar (por meio de contribuições mensais proporcionais a cada renda anual bruta dos réus), realizar e dar publicidade a um programa robusto, sistemático e ininterrupto para opor – “com ou sem causa provável e independentemente do mérito dos casos” – cada requerimento para obtenção de direitos operacionais adicionais ou para registro ou transferência de direitos operacionais das transportadoras intra-estatais, teriam como propósito eliminar a concorrência.¹³

Pela primeira vez, a Suprema Corte entendeu, ao final, que as condutas verificadas poderiam ser enquadradas na *sham exception*, já que, de fato, impediu-se o acesso das transportadoras intra-estatais às agências e às Cortes.

E, assim, o julgamento do caso California trouxe três grandes contribuições à evolução da doutrina Noerr-Pennington e da *sham litigation*.

A primeira delas, e mais significativa, diz respeito ao fato de ter não apenas reconhecido que o direito de petição não é absoluto (em linha com o caso Pennington), como também ter constatado que as condutas analisadas seriam, em verdade, apontadas como *sham litigation*. Ainda que a Corte não tenha traçado parâmetros claros, foram listados exemplos de atividades que poderiam ser qualificadas como tal (p. ex. falso testemunho, patente obtida por fraude, conspiração com autoridade responsável por licenças para eliminar competidor e propina para compra de agentes).

A segunda contribuição relevante se refere à colocação do *Justice Douglas* de que, a exemplo dos precedentes que deram nome à doutrina, a mesma filosofia poderia ser vista a partir de pleitos feitos perante agências administrativas e ao Poder Judiciário. Sob sua ótica, com a qual se concorda, o direito de petição se estende a todos os entes estatais. Não há dúvidas de que, a partir dessa visão, a doutrina Noerr-Pennington passou a ser vista sob uma perspectiva mais ampla.

Por fim, é possível dizer que o *Justice Douglas* tece em sua decisão importante consideração acerca das condutas objeto de análise antitruste. A seu ver, um único requerimento sem base objetiva que seja feito às agências ou às Cortes pode passar despercebido; porém, uma série deles pode levar à

13 Em sua decisão, o *Justice Douglas* relembra que, na visão da autora, o resultado da ação das rés nesse julgamento seria a diminuição do valor de seu negócio, e o conseqüente aumento de poder de econômico e de monopólio das rés.

conclusão de que o direito ao acesso à máquina estatal sofreu abuso.¹⁴ A partir dessa reflexão, o juiz enuncia o que mais tarde seria decisivo à evolução da doutrina: o papel da *pattern litigation*¹⁵ como indicativo de reconhecimento (ou não) da *sham litigation*.

A proposição de testes: o desafio enfrentado em *Professional Real Estate Investors, Inc. et al., Petitioners v. Columbia Pictures Industries, Inc et al.* e *USS-POSCO Indus. and BE&K v. Contra Costa County Bldg. & Constr. Trades Council*¹⁶

Após o primeiro reconhecimento de *sham* pelas Cortes norte-americanas, o passo seguinte foi tentar delimitar testes que facilitassem a interpretação futura dessa jurisdição. O teste proposto em *Professional Real Estate Investors v. Columbia* inaugurou o movimento a partir de seu *two-part test*; e aquele traçado em *USS-POSCO v. Contra Costa* exerceu um papel complementar, por entender que o primeiro não seria aplicável indistintamente a todos os casos analisados sob o ponto de vista da doutrina Noerr-Pennington.

O PRE test

Em 1993, a Suprema Corte dos EUA julgou o primeiro caso que propôs a aplicação de um teste para busca da definição de *sham*, o qual tratava da alegação por parte da *Columbia Pictures Industries, Inc.* e de mais sete estúdios cinematográficos de que donos de um *resort* (*Professional Real Estate Investors*) teriam infringido seus direitos autorais ao promover o aluguel de vídeos a seus hóspedes para reprodução individual em seus quartos (caso “PRE”).

Os donos do *resort*, por sua vez, apresentaram uma reconvenção (*counterclaim*) acusando os estúdios de violarem o Sherman Act, sob o pre-

14 Do original: “One claim, which a court or agency may think baseless, may go unnoticed; but a pattern of baseless, repetitive claims may emerge which leads the factfinder to conclude that the administrative and judicial processes have been abused”.

15 A *pattern litigation* compreende a existência de litigância repetitiva; p. ex., são ajuizadas diversas ações contra um concorrente ou contra diversos concorrentes, o que pode ser caracterizado como *sham* ou não.

16 508 U.S. 49 e 31 F.3d 800, 810-11 (9th Cir. 1994), respectivamente.

texto de que a ação inicialmente movida por eles para proteção de seus direitos autorais seria simplesmente uma *sham*, o que encobriria atos monopolistas e conspiratórios tendentes a restringir o livre comércio.

Este caso foi significativamente decisivo para o desenvolvimento da doutrina. Isso porque, após a Corte de primeira instância ter concluído que a ação movida pelos estúdios cinematográficos não poderia ser caracterizada como *sham*, já que havia causa provável (*probable cause*) em seu ajuizamento, bem como se esperava um julgamento favorável, o Nono Circuito rejeitou uma aplicação pura da definição de *sham*, e traçou um teste composto de duas etapas (*two-part test*, conhecido por *PRE test*) como possível parâmetro para reconhecimento da exceção à doutrina.

Inicialmente, a ação deveria carecer de base objetiva, de modo que nenhum litigante razoável pudesse, de fato, esperar êxito em suas alegações de mérito; e, apenas se a ação fosse reconhecida como tal, seria analisado se esta ação infundada esconderia uma tentativa de interferir diretamente nas relações comerciais do concorrente por meio do uso do aparato governamental, como uma espécie de arma anticompetitiva.¹⁷ Trata-se de uma sugestão de análise que combina um critério objetivo (*i.e.* primeira etapa do teste) e outro subjetivo (*i.e.* segunda etapa do teste).

Naquela oportunidade, os autores não conseguiram provar que a ação movida pelos estúdios seria objetivamente infundada e por essa razão não havia motivo para analisar as questões de cunho subjetivo propostas pelo teste. Na visão do *Justice* Thomas, não resultaria em qualquer uso antiético ou impróprio do Poder Judiciário a conduta dos estúdios cinematográficos; seria, ao contrário, uma ação legítima. Ainda que um possível êxito – o que não ocorreu no caso – pudesse restringir, em alguma parcela, a concorrência,

17 Transcrição da decisão da Suprema Corte, sob a relatoria do *Justice* Thomas: “First, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under *Noerr*, and an antitrust claim premised on the sham exception must fail. Only if challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant’s subjective motivation. Under this second part of our definition of sham, the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals ‘an attempt to interfere *directly* with the business relationships of a competitor’, *Noerr, supra*, at 144 (emphasis added), through the ‘use [of] the governmental *process* – as opposed to the *outcome* of that process – as an anticompetitive weapon’, *Omni*, 499 U.S. at 380 (emphasis in original)”.

o resultado seria nada mais senão a busca da manutenção de seus direitos através de meios lícitos. E mais, a Corte ressaltou que evidências de que as ações teriam como fim efeitos ou propósitos anticoncorrenciais não seriam suficientes para suprir a análise subjetiva.¹⁸

Pattern Litigation: a importância de USS-POSCO Indus. v. Contra Costa County

Com o passar do tempo, naturalmente, as Cortes norte-americanas se depararam com novos casos que seriam analisados à luz da doutrina e não apenas puderam se utilizar das diretrizes traçadas até então como também encontraram obstáculos para proferir determinadas decisões. Em especial, foram apontados certos empecilhos ao julgar casos nos quais as condutas que seriam possivelmente enquadradas como *sham litigation* não correspondiam a apenas uma única ação, mas sim a uma série de requerimentos repetitivos ao Estado, fossem eles direcionados ao Executivo, ao Legislativo ou ao Judiciário. Esse tipo de conduta é conhecido como *pattern litigation*, ou seja, aquele que move o aparelho estatal o faz de forma uniforme e padronizada.

A dificuldade encontrada era fundada na aplicação do *PRE test* a essa conduta repetitiva. Isso porque se questionavam se, assim como definido na primeira etapa do teste proposto (*i.e.*, análise que consistia em averiguar se a ação carecia de base objetiva de modo que nenhum litigante razoável pudesse, de fato, esperar êxito em suas alegações de mérito), deveriam aplicar o teste de forma individualizada; e fazendo isso poderiam entender pela existência ou não de *sham* somente se cada uma das ações propostas pudesse ser reconhecida com tal.

O primeiro e mais significativo caso que ilustra os impasses vivenciados – *USS-POSCO Indus. v. Contra Costa County Bldg. & Constr. Trades Council* (“USS-POSCO”) – trata de uma *joint venture* (USS-POSCO Industries – “UPI”) formada para modernizar e operar uma estrutura de aço em Pittsburg, Califórnia (“PITCAL”), que, para iniciar sua produção,

18 A respeito da legitimidade da ação proposta, são transcritos trechos do original: “Any reasonable copyright owner in Columbia’s position could have believed that it had some chance of winning an infringement suit against PRE. (...). A court could reasonably conclude that Columbia’s infringement action was an objectively plausible effort to enforce rights. Accordingly, we conclude that PRE failed to establish the objective prong of *Noerr’s sham exception*”.

abriu um procedimento licitatório para contratação de oitocentos operários. Sindicatos interessados no contrato tentaram, a princípio, coagir a UPI a assinar o contrato geral com um empreiteiro associado. Depois da oferta, no entanto, a UPI fechou a negociação no valor de US\$ 350 milhões com a BE&K, uma empreiteira independente.

Em ação ajuizada em face desses sindicatos, a BE&K alegou que estes iniciaram uma campanha para eliminar a construção não associada no norte da Califórnia por meio do exemplo de PITCAL. Ainda que nenhum dos sindicatos tivesse firmado um acordo coletivo com a BE&K, os réus teriam feito protestos automáticos às permissões da autora no intuito de causar atrasos e despesas. E nesse sentido: (i) fizeram *lobby* para que fosse criada uma norma referente ao depósito de lixo tóxico, a partir da qual a BE&K teria de obter novas permissões; (ii) fizeram pressão para que fosse feita uma norma em PITCAL; (iii) encorajaram subempreiteiros da BE&K a protestar acerca de inexistência de condições de segurança; (iv) ajuizaram ação contra a BE&K por violações às normas de meio ambiente; e (v) apresentaram diversas queixas, arbitragens e procedimentos contra um sócio da BE&K (Elchleay Constructors, Inc.).

Segundo a BE&K, a intenção dos sindicatos não era organizar as relações empregatícias da autora, mas sim de causar atrasos e despesas para que, num projeto futuro, os donos quisessem contratar apenas empreiteiras associadas aos sindicatos. Este argumento decorreria da constatação de que os sindicatos teriam feito uma série de requerimentos automáticos aos órgãos do governo, sem qualquer preocupação ou ainda independentemente do desfecho desses processos. Em suas alegações, a BE&K tomou como base o caso California (v. item 1.2, *supra*).

A despeito dos sindicatos terem sustentado que a BE&K deveria provar que cada uma das ações propostas não tinha base objetiva, nos termos do *PRE test*, a Corte de Apelação do Nono Circuito rejeitou esse argumento sob o fundamento de que a análise feita em *PRE* não se sobrepunha àquela feita em California. E foi justamente nesse momento que a Corte entendeu que o primeiro caso se aplicava apenas a condutas nas quais *uma única ação* poderia ser entendida como *sham*, ao passo que o segundo lidava com *uma série* de procedimentos legais envidados para prejudicar a concorrência.

Feita essa diferenciação, podemos afirmar que a Corte julgadora contribuiu de forma relevante à evolução da doutrina Noerr-Pennington, visto que atribuiu ao *PRE test* uma interpretação mais elaborada e propôs ainda uma nova modalidade de teste no intuito de identificar a *sham litigation*.

Em sua visão, o *PRE test* seria essencialmente *retrospectivo*, já que, se ao final do curso da ação fosse obtido êxito em seu mérito, o autor não poderia proceder à análise sob o ponto de vista subjetivo e, dessa forma, seria automaticamente excluída a possibilidade de configuração da *sham*. Já durante a instrução de processos nos quais se versasse a respeito de uma série de ações, o teste seria *prospectivo*. Tomar-se-ia como critério para a apuração da *sham* o fato de que o conjunto de ações propostas foi *iniciado* com o propósito de prejudicar seu concorrente, e não em defesa de interesses legítimos.¹⁹

Ao final, a Corte entendeu que seria suficiente que BE&K provasse suas alegações (em linha com o caso California) para que a defesa dos sindicatos com base na proteção prevista pela doutrina Noerr-Pennington fosse desqualificada. No entanto, em que pese ter reconhecido que o fato de que algumas das ações tenham êxito não necessariamente impossibilita o proferimento de uma decisão em consonância com California, no caso em análise os réus tiveram êxito em quinze das vinte e nove ações ajuizadas e, portanto, não seria possível concluir que estariam litigando independentemente de seu sucesso. Dito isso, concluiu que não foi comprovada a *sham litigation* a partir da conduta dos sindicatos.

De acordo com o relatório elaborado pela Federal Trade Commission – FTC,²⁰ o julgamento dos casos USS-POSCO e *Primetime 24 Joint Venture v.*

19 No que se refere ao *PRE test*: “This inquiry is essentially retrospective: If the suit turns out to have objective merit, the plaintiff can’t proceed to inquire into subjective purposes, and the action is performed not a sham”. Continuando, nas palavras do Justice Kozinski: “Litigation is invariably costly, distracting and time-consuming; having to defend a whole series of such proceedings can inflict a crushing burden on a business. *California Motor Transport* thus recognized that the filing of a whole series of lawsuits and other legal actions without regard to the merits has far more serious implications than filing a single action, and can serve as a very effective restraint on trade. When dealing with a series of lawsuits, the question is not whether any one of them has merit – some may turn out to, just as a matter of chance – but whether they are brought pursuant to a policy of starting legal proceedings without regard to the merits and for the purpose of injuring a market rival. The inquiry in such cases is prospective: Were the legal filings made, not out of a genuine interest in redressing grievances, but as part of a pattern or practice of successive filings undertaken essentially for purposes of harassment?”

20 *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine, an FTC Staff Report 2006*.

Nat'l Broad. Co (“Primetime 24”)²¹ pelas Cortes Federais foi capaz de delinear um teste apto a harmonizar a preocupação em impedir o prosseguimento de ações que pudessem buscar interesses legítimos e ao mesmo tempo preservar os benefícios que o consumidor poderia auferir em decorrência da prevenção de condutas anticompetitivas. Como visto, entende-se que foram capazes de trazer diretrizes mais claras e adequadas para definir a *sham litigation* ao diferenciarem uma única ação de uma série de ações apresentadas ao Estado.²²

Não aplicação da doutrina Noerr-Pennington e da sham litigation

Até este momento, o estudo buscou abordar unicamente aqueles casos capazes de sinalizar uma definição mais acurada de *sham litigation* como exceção à doutrina Noerr-Pennington. Identificam-se, no entanto, outros casos de igual relevância que foram decisivos para a construção da doutrina. Se não pelo fato de que reconheceram ou traçaram testes para a definição de *sham*, foram importantes por identificar o que *não* poderia sequer ser analisado à luz da doutrina.

Nesse sentido, em *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*²³ (“Allied Tube”), a Suprema Corte dos EUA procurou decidir pela aplicação ou não da doutrina a ações do particular destinadas a afetar o estabelecimento

21 Para aprofundamento do tema, ver *Primetime 24 Joint Venture v. Nat'l Broad. Co.*, 219 F.3d 92, 101 (2d Cir. 2000). A nosso ver, esse caso não trouxe inovações para a evolução da definição de *sham litigation*, mas fortaleceu a aplicação do raciocínio proposto em USS-POSCO. Ambas basearam-se no caso California para sustentar que o conjunto de ações repetitivas em processos administrativos ou judiciais propostas sem preocupação com seu êxito individual ou com o intuito de prejudicar seus concorrentes representa um abuso do aparelho estatal que não pode ser imunizado pela doutrina Noerr-Pennington, ainda que algumas dessas ações possam ter base objetiva.

22 Este entendimento não é pacífico. É também possível encontrar na jurisprudência norte-americana julgados questionando a proposta traçada nos casos citados acima ou mesmo no sentido de que o *PRE test* deve ser aplicado individualmente nas ações propostas em face de uma conduta reconhecidamente uniforme e repetitiva. Ver a esse respeito: *Travelers Express Co. v. American Express Integrated Payment Systems, Inc.*, (80 F. Supp. 2d 1033 – D. Minn. 1999); *Glass Equipment Development, Inc. v. Besten* (174 F.3d 1337 – Fed. Cir. 1999); e *In re Terazosin Hydrochloride Antitrust Litigation* (335 F. Supp. 2d 1336, 1367 n.29 – S.D. Fla. 2004).

23 486 U.S. 492 (1988). No mesmo sentido decidiu a Suprema Corte em *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n* (35 493 U.S. 411 – 1990), a

de padrões de uma associação privada. Os réus em questão teriam promovido uma ação concertada para excluir o produto de um competidor desse padrão adotado pela lei.

A Suprema Corte rejeitou a adoção da doutrina a pretexto de que a fonte de restrição (*i.e.*, a definição de padrões pela associação) não decorria de ação governamental. Concluiu que não se tratava de um órgão “quase-legislativo”, já que este não tinha autoridade oficial e as pessoas responsáveis pela tomada de decisões tinham interesses diretos na restrição. E foi por meio da análise desse caso que a prática de *lobby* perante associações privadas foi excluída de eventual proteção pela doutrina Noerr-Pennington.²⁴

Mais tarde, em *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.*²⁵ (“Omni”), a Suprema Corte reafirmou que a *sham exception* não se aplicaria ao *lobby* “impróprio ou ainda ilícito” feito no intuito de promover restrições de zoneamento para instalação de *outdoors* em Colúmbia, Carolina do Sul, já que, naquele caso, o processo teria sido invocado de forma genuína. Não apenas isso, a Corte foi extremamente clara ao decidir que o *lobby* que tivesse como propósito atrasar a entrada do competidor no mercado não faria dele uma *sham*, a menos que esta demora fosse atingida somente por meio dessas condutas, e não por meio da ação governamental que o *lobby* busca.

A julgar pelas colaborações apontadas pelas decisões da Suprema Corte norte-americana, a doutrina Noerr-Pennington *não* pode ser aplicada em casos (i) cuja contrapartida das ações envidadas (*i.e.*, a tomada de decisões) seja atribuída a entes privados (ou não-governamentais); e (ii) cujos objetivos, ainda que legítimos, sejam atingidos por meios impróprios.

Assim é que se visualiza uma nítida diferença entre os casos albergados pela doutrina e aqueles excluídos de sua aplicação. Enquanto os primeiros são analisados a partir da conduta *lícita* dos agentes em buscar a consagração de seus interesses via movimentação do aparelho estatal (o que, como vimos, pode ser enquadrado como *sham litigation* e então não gozar da imunidade antitruste prevista pela doutrina), os últimos versam a respeito da utilização de *meios impróprios*, ainda que para a busca de interesses legítimos.

partir da realização de boicotes por advogados dativos que se recusavam a defender pessoas indigentes em Washington, DC, a honorários supostamente baixos.

24 Complementarmente, afastou-se uma definição de *sham* na qual fosse buscada perante o Estado a guarida de interesses legítimos por meio de meios impróprios.

25 499 U.S. 365 (1991).

Dessa forma, é perfeitamente compreensível que o uso de meios impróprios não seja protegido por uma doutrina cujo escopo é justamente resguardar o direito de petição e a tomada de decisões do Estado. Não há dúvidas de que o amparo ao uso de instrumentos ilegítimos para alcançar a máquina estatal não está compreendido no direito de petição resguardado pela *First Amendment*; assim como é certo que não influirá de maneira positiva e legítima no processo de tomada de decisões pelo Estado.

Reconhecimento de diretrizes e parâmetros para aplicação da doutrina

Concluída a análise de uma amostra de casos os quais julgamos fundamentais para apresentar, ainda que de forma concisa, o desenvolvimento da doutrina Noerr-Pennington, é possível identificar quatro parâmetros aptos a reconhecer e (tentar) definir a *sham litigation*.

Primeiramente, arrisca-se afirmar que, não por seus respectivos objetos, mas sim por seu pioneirismo, os casos Noerr e Pennington revelam em suas decisões a adoção de postura primordialmente conservadora pela Suprema Corte norte-americana. A acepção de que o direito de petição – e acima de tudo, qualquer ameaça a garantias fundamentais – não poderia ser suavizado *vis-à-vis* o estrito cumprimento de normas antitruste imperou em seu raciocínio de forma absoluta.

A partir disso, não apenas vê-se que as decisões foram tomadas com bastante cautela, como também se entende que o direito de petição pode, de fato, se sobrepor a eventuais prejuízos de natureza antitruste, resultado da conduta sujeita à análise. É exatamente a partir dessa ótica que se chega ao primeiro parâmetro: a possibilidade de ponderar valores relacionados à inclusão do particular no processo de tomada de decisões do Estado em face da defesa de um ambiente saudável sob o ponto de vista concorrencial e optar, ao final, pelo privilégio dos primeiros.

O segundo parâmetro que se acredita decorrer da análise feita advém do caso California. Isso porque, a partir da instituição de procedimentos “com ou sem causa provável e independentemente do mérito dos casos”, com intuito de prejudicar um concorrente direto, pela primeira vez a Suprema Corte norte-americana (e antes também do que qualquer Corte em instância inferior) entendeu que as condutas articuladas seriam passíveis de enquadramento na *sham exception*. Nesse momento, portanto, tendo comprovado que

foi impedido o acesso de rivais às agências administrativas e à própria Corte, os valores protegidos pelas normas antitruste prevaleceram.

Como se vê, esses dois primeiros parâmetros são ambos parte de um verdadeiro processo de *reconhecimento* do que pode ou não ser compreendido pela proteção conferida nos casos Noerr e Pennington e daquilo que configura exceção a eles. Em seguida, entretanto, os passos dados pelas Cortes norte-americanas denotam que se caminhava não mais em direção ao *reconhecimento* da *sham exception*, mas sim em direção à *definição* de um conceito de *sham*.

Ao proporem testes, os casos PRE e USS-POSCO buscaram traçar parâmetros mais claros e precisos para a definição de *sham*. Ainda que não tenham sido contundentes a ponto de exaurir a questão discutida (o que sequer seria possível), ampliaram qualitativamente a capacidade de refletir acerca de casos subseqüentes envolvidos pela doutrina *Noerr-Pennington*. E assim, mesmo que durante a leitura desses casos as Cortes não tenham aplicado os testes propostos em PRE e USS-POSCO como determinantes em suas decisões finais, os indicadores propostos por eles foram, no mínimo, levados em consideração.

A rigor, apesar de os testes delineados terem avançado no sentido de *definir* o que poderia ser a *sham litigation*, não há dúvidas de que deixam amplas margens à livre apreciação daquele que realiza o julgamento da conduta objeto de questionamento; e, desse modo, longe de delimitar um conceito, apenas sugere a realização de um procedimento analítico mais concreto.

Um último parâmetro que pode ser resgatado diante da análise de jurisprudência apresentada acima é dado, de certa maneira, por seu caráter *negativo*. Em outras palavras, como visto, o aspecto que interessa nos casos Allied Tube e Omni não diz respeito à busca do que pode ser definido como *sham*, mas sim do que não pode ser visto em face dos questionamentos apresentados pela doutrina.

O julgamento desses casos (e de tantos outros) foi e é fundamental ao estreitar os lindes de aplicação da doutrina e de sua exceção. A partir deles, passar-se-á ao estudo da experiência brasileira, tentando identificar em que medida se assemelham os entendimentos.

A experiência recente vivida pelo CADE

Neste tópico nos dispomos a abordar quatro casos julgados recentemente pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) que

entendemos serem, ao menos em alguma parcela, analisados em virtude das questões levantadas acima.

Assim como feito anteriormente, elegeu-se uma classificação para os julgados, de modo a facilitar o entendimento pelo leitor, para o que serão divididos da seguinte forma: (i) Uso do aparelho estatal para prejudicar a concorrência (item 2.1, *infra*); (ii) Não configuração de ilícito antitruste (item 2.2., *infra*); e (iii) Sinalizações à análise futura do CADE (item 2.3, *infra*).

Uso do aparelho estatal para prejudicar a concorrência

O primeiro caso brasileiro que pode ser examinado à luz da doutrina Noerr-Pennington trata de processo administrativo instaurado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça a partir de denúncia formulada pelo então Presidente do CADE em razão de reportagens veiculadas pela mídia.²⁶ Haveria indícios de que o Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal (SINPETRO), Rede Gasol e Grupo Igrejinha (em conjunto referidas neste item como “Representadas”) estariam praticando duas condutas anticoncorrenciais, entre elas a limitação de acesso pelo Grupo Carrefour ao mercado de revenda de combustíveis. A imputação seria consubstanciada na movimentação dos Poderes Executivo e Legislativo para impedir a entrada da rede de supermercados ao mercado relevante.²⁷

Da análise das provas juntadas aos autos, as autoridades puderam extrair diversas passagens registradas em atas de reuniões da diretoria ou de assembléias gerais que comprovaram que as partes pretendiam “continuar trabalhando para impedir o deferimento do pedido do Carrefour”.²⁸ Diante

26 Ver Processo Administrativo 08000.024581/1994-77.

27 Nesse caso, é importante consignar desde o início que, ao contrário dos casos norte-americanos trazidos acima (bem como daqueles que serão abordados nos itens seguintes), não foi propriamente o Grupo Carrefour que, sentindo-se lesado, procurou o SBDC para promover um ambiente mais competitivo no mercado no qual almejava entrar. Ainda que assim fosse, ao recorrer ao texto da Lei 8.884/94, encontra-se em seu art. 1.º, parágrafo único, que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”. Ou seja, tomando por base que aquele que busca guarida de seus interesses individuais na Lei Antitruste o faz a partir de uma interpretação equivocada, o fato de ter sido o processo administrativo instaurado *ex officio* é irrelevante para os fins deste estudo.

28 Conforme consta à fls. 11 do voto proferido pelo Conselheiro Relator Roberto Pfeiffer, na Ata da Assembléia Geral Extraordinária do Sinpetro/DF consta o seguinte re-

dessa assertiva, passaram-se a analisar as ações perante os Poderes Executivo e Legislativo do Distrito Federal realizadas pelo SINPETRO tidas como eventuais instrumentos anticompetitivos.

Nesse sentido, o sindicato enviou ofício ao Secretário de Viação e Obras (i) alegando que nas áreas nas quais o Carrefour pretendia se instalar haveria estrutura para suprir a integralidade da demanda dos consumidores; e (ii) pedindo que fossem tomadas “as adequadas e prontas providências para barrar a descabida e ilegítima pretensão do CARREFOUR”. Não bastasse, procurou agendar audiências com os funcionários da Secretaria de Viação e Obras nas quais “ser[ia] enfocada a pretensão da Rede de Supermercados Carrefour, no sentido de obter a transformação do uso de parte de seus pátios de estacionamento para construção de Postos de Gasolina”.

Adicionalmente, membros do SINPETRO expediram ofícios ao Governador do Distrito Federal solicitando providências no sentido de indeferir o pedido “daquela Rede de Supermercados”, ao que este teria esclarecido que não seria necessário e que ele próprio tomaria as providências “contra a pretensão daquela Rede de Supermercados”. E mais, as atas de reunião demonstraram que não apenas o sindicato reunia-se usualmente para tratar da entrada do Carrefour, como também essas reuniões contaram com a presença de Deputados.

Todas as evidências trazidas acima serviram como base para conclusão do Conselheiro Relator Roberto Pfeiffer de que as Representadas usaram de todos os artifícios imaginados para conter a entrada do Carrefour no mercado.

Dentre os argumentos levantados pelas Representadas em sua defesa,²⁹ alguns se revelaram inverídicos. E mesmo sabendo não haver limitação legal

gistro: “O Senhor Carlos [presidente do SINPETRO] disse que temos de continuar trabalhando para impedir o deferimento do pedido do Carrefour”.

- 29 O sindicato negou a prática que lhe foi imputada e, adicionalmente, sugeriu que a entrada do Grupo Carrefour na atividade teria objetivo de impor concorrência predatória, o que traria vantagens diferenciadas ao grupo. O sindicato não negou os fatos, mas aduziu que o Carrefour estaria (i) pretendendo instalar postos de combustíveis em terrenos não apropriados para tal atividade, o que iria contra as disposições do Plano Diretor de Ordenamento Territorial do Distrito Federal; e (ii) pretendendo escusar-se de participar de licitação pública para aquisição de terreno com destinação específica. Sustenta que a rede de supermercados o faria com o intuito de obter vantagem ilícita e estabelecer concorrência desleal e predatória, em detrimento da comunidade e do interesse público.

ou regulamentar para o Carrefour adaptar suas plantas, trataram de movimentar o Legislativo para que criasse a restrição desejada.³⁰ Uma minuta de Projeto de Lei que proibisse a construção de postos de gasolina em pátio de hipermercados chegou a ser elaborada pelas Representadas e ao final aprovada.³¹ Novamente, a conclusão do Conselheiro Relator foi a de que não havia por sua parte preocupação com a higidez do ordenamento jurídico distrital, mas tão-somente com a “ameaça” diante da potencial entrada de um novo concorrente. E, nessa linha, repudiou a atitude tomada pelas representadas.

Com base em todas as provas coletadas durante a instrução do processo as representadas foram condenadas com base nos art. 20, incisos I e II, combinado com o art. 21, II, IV e V, da Lei 8.884/94.³²

30 Conforme apurado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, não haveria ilegalidade no pedido do Carrefour de adaptar sua planta de modo a oferecer o serviço de revenda de combustíveis. Isso porque, segundo as disposições contidas no Plano Diretor do Ordenamento Territorial do Distrito Federal (Lei Complementar 17, de 28.01.1997), pretende-se garantir maior flexibilidade na definição de uso do solo. Não apenas o Plano Diretor não é rígido, assim como alegado pelas representadas, como também a permissão de instalação de postos de combustíveis não é dada somente via realização de licitação pública. Nos termos do parecer elaborado pela SEAE: “Conforme declarado pela Subsecretaria de Urbanismo e Preservação da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano e Habitação do Governo do Distrito Federal, a forma de aquisição dos terrenos a postos revendedores de combustível pode ocorrer de duas formas: caso os terrenos forem (sic) patrimônio do Governo do Distrito Federal serão adquiridos mediante licitação pública; caso pertençam ao proprietário ou a terceiro, que seja destinado para outro fim, poderá ser alterada a finalidade do uso do solo mediante a aplicação do Instrumento de Outorga Onerosa da Alteração de Uso por meio de atos do poder legislativo (Projetos de Lei Complementar)”. E foi justamente com base nessa segunda opção que o Carrefour pleiteou a autorização para instalar os postos.

31 Tendo sido editada a Lei Complementar do Distrito Federal 294/2000, a qual determinava em seu art. 2.º, § 3.º, que ficaria “expressamente vedada a edificação de postos de abastecimento, lavagem e lubrificação nos estacionamentos de supermercados, hipermercados e similares, bem como de teatros, cinemas, *shopping centers*, escolas e hospitais públicos”, utilizando-se de sua competência prevista no art. 7.º, X, da Lei 8.884/94, o Conselheiro Relator sugeriu ao Plenário fossem encaminhadas cópias do voto ao Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e ao Procurador-Geral da República.

32 *In verbis*: “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

É possível concluir que o CADE condenou as Representadas com base na *intenção* de limitar o acesso do Carrefour, já que, além de terem expressamente declarado essa vontade, aos olhos do Conselho, a movimentação do aparelho estatal demonstrou o que verdadeiramente pretendiam. Nesse caso, as condutas não apenas *tinham por objeto* a limitação da concorrência como também *poderiam* produzir os efeitos previstos no art. 20 da Lei 8.884/94.³³ E aqui, ainda que as partes se preocupassem com o êxito de suas diversas tentativas de movimentação da máquina estatal (ao revés de outros casos nos quais foi configurada a *sham exception*), a punição teve como base a intenção de obstruir o procedimento regular perseguido pelo Carrefour para obter autorização para adaptar suas plantas.

Deve-se ter em vista que, mesmo que as partes buscassem um resultado final, este processo pode ser analisado a partir dos parâmetros traçados pela doutrina *Noerr-Pennington* por ter sua condenação se embasado na intenção de eliminar a possibilidade de entrada de novo concorrente.

Se, a exemplo do julgamento dos casos USS-POSCO e Primetime 24 (v. item I.5, *supra*), nos quais se reconheceu que não se tratava apenas de uma ação direcionada ao Estado, mas sim de uma série delas, se tentasse aplicar o teste *prospectivo* proposto, ter-se-ia que sua aplicação seria, de fato, pertinente. Isso porque o *PRE test* consiste em analisar se o conjunto de ações (nesse caso, independentemente de serem uniformes) foi *iniciado* com o propósito de prejudicar seu concorrente, e não em defesa de interesses legítimos. O primeiro critério ficou plenamente comprovado, conforme visto acima. Também o segundo pode ser igualmente verificado a partir das falsas alegações apresentadas, tenham sido elas no sentido de “inventar” a existência de restrições legais ou regulamentares, ou mesmo por afirmarem que o mercado estava “bem servido” e que o Carrefour adotaria uma concorrência desleal e predatória. Ou seja, não há como sustentar que seriam interesses

mercado relevante de bens ou serviços;” e “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; II – obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; IV – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; V – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”.

33 Aqui adotamos a vertente de que, a partir da dicção do art. 20 da Lei 8.884/94, o ilícito antitruste pode ser configurado tanto pelas condutas que *tenham por objeto* produzir efeitos anticoncorrenciais como também por aquelas que *possam* produzi-los.

legítimos aqueles estritamente direcionados ao impedimento de entrada de novo *player* ao mercado.

Outra consideração feita pelo Conselheiro Relator encontra-se em perfeita consonância com a doutrina aqui apresentada. Este andou bem ao distinguir aquilo que pode ser analisado *vis-à-vis* a Lei Antitruste do que está excluído do âmbito de sua aplicação; e que não é, tampouco, substancial para a caracterização da *sham litigation*.

Nesse sentido, ressalta que “não se pretende aqui punir a atividade legislativa, já que (...) a liberdade de legislar é prerrogativa do Poder Legislativo, que não lhe pode ser retirada. Também não se trata de averiguar a conduta de nenhum membro do Poder Legislativo ou do Poder Executivo do Distrito Federal, dado que se está avaliando apenas a conduta de agentes econômicos privados. (...) não se está em nenhum momento avaliando qualquer envolvimento dessas autoridades na conduta em questão, pois elas não constam entre as representadas. O que se pune aqui é a ação concertada dos representados no sentido de impedir a entrada de novo concorrente, agindo de forma concertada e exercendo grande e contínua pressão para que não fosse autorizada a entrada do concorrente do ramo do setor supermercadista”.

Como se vê, o Conselheiro Pfeiffer pretendeu deixar claro que o que se condena em face da *sham litigation* (sem que dessa maneira tenha nomeado a conduta) é o propósito daquele que provoca o Estado, e não as atitudes que este tomou em virtude dos requerimentos feitos.

Este primeiro caso brasileiro trazido a estudo não faz menção expressa à doutrina Noerr-Pennington e tampouco é enfrentada em sua análise a problemática em torno da proteção ao direito de petição, muito provavelmente (e aí é tecida apenas uma suposição) pelo fato de que as intenções dos agentes eram claramente ilegítimas e condenáveis, ultrapassando assim a necessidade de ser balizada a mitigação ao direito de petição. Ainda assim, acredita-se que ele inaugura na jurisprudência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) pós-Lei 8.884/94 a punição à *sham litigation*.

Não configuração de ilícito antitruste

Em setembro de 2007, foi julgado pelo CADE recurso de ofício³⁴ da SDE em averiguação preliminar a partir do qual se recomendava o arqui-

34 Conforme previsão do art. 31 da Lei 8.884/94.

vamento de denúncia apresentada por Acumuladores Moura S/A (Grupo Moura) em face de Enersystem do Brasil Ltda., Opus Indústria e Comércio Ltda., Newpower Sistemas de Energia Ltda., Nife Baterias Industriais Ltda. e Eaton Power Quality Indústria Ltda. (em conjunto neste item referidas como “Representadas”).³⁵

A averiguação preliminar foi instaurada pela SDE a partir de provocação do Grupo Moura. Com base em petição dirigida à Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), por meio da qual se solicitavam esclarecimentos a respeito de certificação de baterias estacionárias ventiladas do Grupo Moura, as Representadas estariam atuando de forma concertada e abusando de sua posição dominante para eliminá-la do mercado.³⁶

Na realidade, a indagação das Representantes à Anatel lastreava-se no fato de que o Grupo Moura estaria vendendo baterias estacionárias para uso em telecomunicações a R\$ 50,00 (cinquenta reais) enquanto os demais participantes a venderiam a R\$ 200,00 (duzentos reais) a unidade. Desse modo, não entendendo ser possível que produtos supostamente homogêneos fossem comercializados por preços significativamente diversos, as Representadas julgaram adequado provocar o órgão responsável pela regulamentação dos padrões do produto para averiguar se haveria alguma irregularidade.³⁷

Foi, portanto, em decorrência desse pedido de esclarecimentos ao órgão regulador que o Grupo Moura provocou as autoridades antitruste entendendo haver possibilidade de configuração de infração à ordem econômica.

Nesse caso, as autoridades do SBDC não precisaram se estender em sua instrução. Entre os documentos disponibilizados, foi juntado como

35 Ver Averiguação Preliminar 08012.006076/2003-72.

36 O fato de a petição endereçada à Anatel ser assinada pela Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica – ABINEE fez que o Grupo Moura questionasse a infração à ordem econômica via ação concertada. Sustentou, inclusive, que juntas as Representadas deteriam 90% de *market share* no mercado analisado. Esta informação, no entanto, não foi confirmada posteriormente. A partir disso, em seus votos, os Conselheiros Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado e Ricardo Villas Bôas Cueva se ativeram a questões como o direito de associação/reunião e seu abuso (entre outros) que não importam para a presente análise, motivo pelo qual não serão aqui discutidas em detalhes.

37 As Representadas levaram em consideração a expressiva participação do Grupo Moura no mercado (que, segundo sua estimativa, estaria entre 15 e 20%) e a manutenção de uma carteira de clientes de grande porte.

prova emprestada ofício da Anatel por meio do qual se declarou ter havido, na realidade, irregularidades na certificação de produtos pelo Organismo Certificador Designado, o Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento e Educação – IPDE (responsável pela avaliação). Porém, independentemente disso, a Anatel confessou não haver regulamentos por ela expedidos aptos a incorporar parâmetros técnicos atualizados e que fossem aplicados à matéria em questionamento, atribuindo essa lacuna ao “rápido avanço tecnológico observado”. Com base nisso, entendeu que não poderia suspender ou cancelar o certificado de homologação do Grupo Moura.

Independentemente disso, em razão da declaração do órgão técnico de que as baterias utilizadas pelo Grupo Moura não eram em verdade adequadas e, conseqüentemente, da conclusão de que a preocupação das Representadas era nitidamente procedente, foi descartada pelas autoridades antitruste a possibilidade de infração à ordem econômica nos termos da representação feita pela parte contrária.³⁸

É verdade que nesse caso não houve grande dificuldade em desqualificar o ilícito sugerido, mas, ainda assim, o Conselheiro Relator Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado e o Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, em seu voto-vista, julgaram por bem tecer certas reflexões acerca do direito de petição, da doutrina Noerr-Pennington e da *sham exception*.

No que se refere ao direito de petição, o Conselheiro Prado entendeu que a preocupação das Representadas era “legítima e devidamente amparada” pelo direito previsto no art. 5.º, XXXIV, *a*, da Constituição Federal³⁹ e assim não havia qualquer incongruência na medida tomada pela Representadas.

38 Nas palavras do Conselheiro Prado: “as evidências aos autos tornam plausíveis (sic) a argumentação sustentada pelas representadas, segundo as quais a denúncia apresentada à ANATEL tinha por arrazoado escopo sugerir àquela que investigasse se os preços mais baixos praticados pela Moura eventualmente decorreriam de infração às normas técnicas impostas pelo órgão regulador”. A SDE, a ProCADE e o MPF ponderaram o direito de petição das Representadas e entenderam, também, que o ofício da Anatel denotou que sua inquietação era plausível, motivo pelo qual esta conduta não poderia ser isoladamente caracterizada como tentativa de eliminar o Grupo Moura do mercado. Os pareceres foram uníssonos ao opinar pelo arquivamento da averiguação preliminar.

39 *In verbis*: “Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIV – são a todos assegurados, independentemente do pagamento de

Já o Conselheiro Cueva pediu vista para analisar duas questões em maior detalhe, entre elas o “direito de petição e suas implicações para a configuração de certas infrações à ordem econômica (...) à luz da doutrina Noerr-Pennington”.⁴⁰ A partir disso, trouxe em seu voto breve descrição referente à evolução da jurisprudência norte-americana. Em sua visão, mais importante do que traçar claros parâmetros, seria levantar as perguntas decorrentes da análise de casos à luz da doutrina: “Há limites para o direito de petição? Em que circunstâncias pode a atividade de peticionar aos diferentes entes do Estado constituir infração à ordem econômica?”

Partindo das questões acima, o Conselheiro se propôs a extrair da experiência estrangeira alguns parâmetros para o julgamento de casos pelo SBDC. De início, foi enfatizada a premissa de que o direito de petição goza de ampla proteção quando exercido na arena política; isso porque presente em uma democracia representativa na qual a comunicação entre ente legislativo e particular seria essencial para a formação de uma vontade política. Por esse motivo, acredita que “o conteúdo do que os representados [particulares] informam aos representantes [Estado] não é passível de controle quanto a possíveis efeitos anticompetitivos”.

Em seguida, o Conselheiro Cueva apontou a existência de lindes estreitos para a atuação das autoridades antitruste no processo de tomada de decisão pelo Estado e no reconhecimento de um eventual abuso de direito de petição. De um lado, acredita que “não cabe à autoridade antitruste verificar se tal ou qual decisão do Executivo ou se tal ou qual lei editada pelo Legislativo são viciadas”; e de outro que a “capacidade de a autoridade constatar abuso de direito de petição é bastante limitada”.

A esse respeito concorda-se com o Conselheiro, visto que às autoridades de defesa da concorrência é defeso interferir num espaço de discricionariedade pertencente ao Executivo ou ao Legislativo; e que, ainda que não possam se eximir de apreciar se houve abuso de direito de petição, já que tal avaliação poderá ser a própria motivação de sua decisão, o sistema da concorrência deve ter grande cautela ao fazer essa opção.

taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...).”

40 É importante deixar claro que o Conselheiro Cueva o fez apesar de ter expressamente consignado, antes de aprofundar sua análise, que “não houve abuso de direito de petição, já que a Anatel (...) reconheceu que o procedimento de certificação técnica da bateria produzida pela representante padecia de vícios”.

A rigor, as reflexões feitas pelo Conselheiro em seu voto-vista denotam mais uma vez a dificuldade em definir aquela conduta que pode ou poderá ser tida como *sham litigation*. E, por fim, aponta que assim “como nos exemplos da jurisprudência norte-americana, alguns dos critérios a serem levados em conta são a plausibilidade do direito invocado, a verdade das informações, a adequação e a razoabilidade dos meios utilizados e a probabilidade de sucesso da postulação”.

Em que pese ter-se disposto a aprofundar a discussão em torno da garantia constitucional ao direito de petição em face da proteção à concorrência, e ter sido pioneiro ao trazer a doutrina Noerr-Pennington ao SBDC, o que é certamente positivo, o Conselheiro Cueva não inovou em nenhum ponto nas diretrizes traçadas pela doutrina e jurisprudência norte-americanas.

Sinalizações à análise futura do CADE

Neste tópico discorrer-se-á a respeito de dois casos ainda não decididos em definitivo pelo SBDC. Trata-se de duas averiguações preliminares cujos recursos de ofício ao CADE, em razão da recomendação de arquivamento pela SDE, foram rejeitados. Por esse motivo, dado que em sede de averiguação preliminar são apenas identificados *indícios* de infração à ordem econômica, e não a configuração de um ilícito, as conclusões acerca de sua interpretação são limitadas.

Viação Oliveira Torres e Valadarense

O objeto desse primeiro caso, julgado em meados de 2006, diz respeito à representação feita pela Viação Oliveira Torres (Oliveira Torres) de que a Empresa Valadarense de Transporte Coletivo (Valadarense) estaria se utilizando de requerimentos apresentados aos Poderes Executivo e Judiciário com o propósito de obstruir e/ou reduzir a concorrência.⁴¹ Segundo a representante, a Valadarense estaria dificultando o seu funcionamento ou desenvolvimento na prestação do serviço de transporte coletivo de ônibus entre as cidades de Governador Valadares e Alpercata, impossibilitando-a de atuar em um determinado trecho no Município de Alpercata, onde haveria superposição de linhas, além de impedi-la de inserir um ponto de parada de ônibus do lado

41 Ver Averiguação Preliminar 08012.005610/2000-8.

externo da rodoviária de Governador Valadares. A conduta seria enquadrada nos arts. 20, I, e 21, IV e V, da Lei 8.884/94.

As condutas objeto de análise foram iniciadas após a Oliveira Torres ter solicitado ao Departamento de Rodagem de Minas Gerais (DER/MG),⁴² dentro de suas possibilidades na posição de concessionária, a alteração da característica de serviço de linha (Governador Valadares–Alpercata) de ônibus *semi-urbano*, para ônibus *urbano*; o que resultaria na redução de tarifas e invariavelmente na aproximação da natureza dos serviços por ela prestados e por aquele atribuído à Valadarense.

Assim, diante da potencial entrada de uma concorrente no mercado, a Oliveira Torres enumerou diversas ações incorridas pela Valadarense que, em sua visão, teriam o condão de dificultar sua permanência no mercado, passíveis, portanto, de responsabilidade antitruste. Seriam elas: (i) a impugnação ao requerimento da Oliveira Torres citado acima; (ii) o requerimento (pela Valadarense) de reconsideração da decisão após o deferimento da alteração pelo DER/MG, (iii) a impugnação pela Valadarense em face da solicitação da Oliveira Torres ao DER/MG de atendimento parcial ao bairro Nova Era–Alpercata; e (iv) a impetração de Mandado de Segurança contra a decisão do DER/MG referente ao deferimento de atendimento parcial à Nova Era; tendo mais tarde desistido de seu ajuizamento e ao mesmo tempo recorrido da decisão pela via administrativa, que acabou por reconsiderar a decisão e cancelar o atendimento parcial.

Além disso, a Oliveira Torres solicitou à Prefeitura de Governador Valadares autorização para instalação de um ponto de parada na área externa da estação rodoviária e teve seu pedido indeferido.⁴³ Na visão do Conselheiro Paulo Furquim, apesar de não constar nenhuma impugnação formal da Valadarense a esse pedido, a Oliveira Torres alega que tal empresa teria usado sua influência política e econômica perante a Prefeitura. Nesse sentido, consigna que, a partir da análise dos autos, haveria “fortes indícios de que esse ente [Prefeitura de Governador Valadares] agia de acordo com os interesses da Valadarense, por vezes frontalmente contrários ao interesse público”. Reforça o argumento citando o fato de que a negativa de instala-

42 O DER/MG é o órgão regulador de transporte intermunicipal, responsável pelos contratos de concessão assinados com as partes envolvidas nesse caso.

43 Novamente, esse pedido teria sido feito com base no Regulamento de Serviço de Transporte Coletivo Intermunicipal do Estado de Minas Gerais e foi indeferido pela Secretaria Municipal de Planejamento e Coordenação de Governador Valadares.

ção do ponto de parada na área externa à rodoviária teria sido proferida a despeito da realização de estudo técnico da própria Prefeitura opinando em sentido positivo.

Ainda que a análise nesse momento seja tecida em sede de averiguação preliminar, tanto o Conselheiro Relator do caso Luis Fernando Schuartz quanto o Conselheiro Paulo Furquim, em seu voto-vista, fizeram considerações capazes de introduzir nesse estudo importantes discussões.

Inicialmente, o Conselheiro Schuartz ressaltou que, em suas várias impugnações, a Valadarense trouxe à tona argumentos relacionados ao prejuízo que a própria teria em decorrência da operação do trecho em discussão pela Oliveira Torres. A seu ver, essas alegações, aliadas à posição monopolística de que goza a Valadarense em seu mercado de atuação, seriam indícios suficientes de que as condutas teriam caráter potencialmente anticompetitivo. E mais, concluiu que existiam, de fato, indícios de que a Valadarense teria provocado os órgãos públicos e exercido sua influência ao menos junto ao DER/MG e à Prefeitura visando a restrição à concorrência. Isso tudo justificaria, assim, o aprofundamento da instrução pela SDE.⁴⁴

Sob pretexto de ponderar outras questões não abordadas anteriormente sem, no entanto, discordar da decisão proferida pelo Relator, o Conselheiro Paulo Furquim proferiu seu voto para ponderar, em especial, a necessidade de resguardar um direito de petição legítimo em face de eventual prejuízo à concorrência.

De um lado, o Conselheiro frisou que esse direito trata de uma prerrogativa democrática, informal e indiscutível, mas que “seu uso indiscriminado e com fundamentos inconsistentes, como transparece em algumas passagens dos autos, pode configurar abuso de direito e infração à ordem econômica, se restar configurado ser seu propósito primeiro obstruir a concorrência”.

A partir da eventual comprovação de um abuso do direito de petição e, nesse mesmo sentido, da possível ingerência indevida junto ao poder público tendo como fim maior prejudicar a concorrência, o Conselheiro concluiu que

44 Em sua Nota Técnica, datada de 26.07.2005, a SDE entendeu ser incompetente para investigar a conduta apontada nos autos (tomando como base o desfecho dado ao Processo Administrativo 08000.021660/96-05), visto que não se enquadraria no âmbito de aplicação da Lei 8.884/94 e, ainda que o fosse, inexisteriam indícios de abuso de poder econômico, razão pela qual sugeriu o arquivamento da Averiguação Preliminar.

havia indícios suficientes de infração à ordem econômica e acompanhou o relator do caso ao dar provimento ao recurso de ofício da SDE.

Novamente, por terem sido as considerações expostas acima proferidas em fase meramente preliminar, a análise do caso resta prejudicada. Porém, ainda assim, a partir delas é possível (i) discordar de determinado argumento utilizado pelo Conselheiro Paulo Furquim para sugerir a existência de indícios de violação antitruste via provocação do Poder Público; e (ii) reconhecer os sinais dados por eles do que mais tarde poderá ser analisado em consonância com a doutrina Noerr-Pennington.

O ponto que se julga inaplicável à apuração de eventual ilícito antitruste como resultado da movimentação do aparelho estatal se refere à consideração feita pelo Conselheiro Furquim a respeito do fato de a Prefeitura ter negado a licença ao ponto de parada externo à rodoviária. Conforme apontado acima, sob a ótica do Conselheiro, a Valadarense teria forte influência política e econômica junto a esse ente, o que seria comprovado (entre outros fatores) pela tomada de decisões contrárias ao interesse público.

Diante das informações disponíveis, no entanto, pode-se dizer que essa consideração escapa aos parâmetros traçados pela evolução da doutrina norte-americana. Isso porque, ainda que a Valadarense possa ter usado de suas influências para direcionar o processo de tomada de decisões, o Conselheiro Furquim se pauta em convicções de que a Prefeitura teria adotado políticas contrárias ao interesse público para reforçar a violação antitruste atribuída à Valadarense.

Em outras palavras, apesar de essa suposição (*i.e.*, de que a Prefeitura pode ter tomado decisões que privilegiaram a Valadarense) ser apenas mais uma, entre outras, que motivaram a decisão do Conselheiro, ela é irrelevante do ponto de vista de uma eventual configuração de *sham litigation*. Em vez de se ater, nesse caso em particular, na conduta da representada, a partir da qual poderia ser reconhecida a exceção à doutrina, o Conselheiro levou em conta o *agir* do Estado em si, argumento que não se coaduna com as diretrizes traçadas pelas Cortes norte-americanas.⁴⁵

45 Não sendo esta questão abarcada pela Lei 8.884/94, esses atos poderiam ser analisados *vis-à-vis* o art. 2.º da Lei 4.717/65, que trata da nulidade de atos lesivos ao patrimônio nos casos de inexistência de motivos e/ou desvio de finalidade (alíneas *d* e *e*).

Se de um lado julgamos dever ser rejeitado esse ponto levantado pelo Conselheiro Furquim, por outro acreditamos terem ambos os Conselheiros avançado no sentido de diferenciar o que pode ser levado em consideração numa análise antitruste para configuração de *sham* e o que permanece intocável sob esse aspecto.

Nesse contexto, a despeito de não ter aprofundado as reflexões acerca dos motivos pelos quais reconheceu a existência de indícios anticoncorrenciais, o Conselheiro Schuartz fez uma importante ressalva para aperfeiçoamento da doutrina aqui estudada. Finalizou seu voto deixando registrado que “independentemente das razões que possam ter motivado os órgãos estaduais e municipais envolvidos para o cancelamento das autorizações concedidas à representante [Oliveira Torres] no que diz respeito à realização das atividades por ela pretendidas, não pode o SBDC deixar de analisar, ante os indícios trazidos aos autos, condutas em princípio contrárias à lei de defesa da concorrência”.

Ou seja, em direção oposta – e acertada – àquela adotada pelo Conselheiro Furquim, o Conselheiro Schuartz consigna que há um campo excluído de apreciação pelo SBDC. Não questiona, nesse sentido, “as razões que possam ter motivado” as decisões proferidas pelo ente estatal, mas sim os efeitos deletérios à concorrência decorrentes das ações do particular.

Por último, se crê que também o Conselheiro Furquim teria adequadamente apontado um dado que diferencia aquelas ações que são aparentemente legítimas em face do Poder Público e aquelas cujo objetivo pode ser o mero prejuízo à concorrência; e assim teria limitado o enquadramento de determinadas condutas em eventual *sham litigation*. Para ilustrar essa distinção, destacou que as condutas envidadas pela Valadarense “difere[m] substancialmente do caso de um detentor de patente, que pode utilizar os recursos disponíveis para proteger o direito atribuído por essa patente – que, não raro, confere poder de monopólio – contra cópias produzidas por concorrentes”.

E dito isso concluiu que “nesse caso [das patentes], atos diversos junto ao poder público são mecanismos legítimos de proteção desse direito e não poderia, no meu entender, caracterizar infração à ordem econômica”.

Nova Atenas/Ponto da Arte e Ediouro

No mês de abril de 2007 foi julgado pelo Plenário do CADE recurso de ofício nos autos de averiguação preliminar em que figurava como represen-

tada a Ediouro Publicações S/A (Ediouro).⁴⁶ Sustentaram as representantes Editora Nova Atenas Ltda. e Ponto da Arte Editora Ltda. (Representantes) que a primeira estaria dificultando a constituição, o funcionamento ou o desenvolvimento das representantes na produção e comercialização de publicações do gênero passatempo.

Em sua visão, a Ediouro teria enviado notificações e usado medidas judiciais para bloquear a entrada ou dificultar o desenvolvimento de empresas que viessem a ofertar produtos semelhantes aos seus. Foram juntadas cópias de peças processuais e acordos homologados em juízo, por meio das quais a Ediouro teria se comprometido a realizar pagamentos periódicos aos seus concorrentes aparentemente em troca de sua decisão de sair do mercado.⁴⁷

Nesse primeiro momento, o Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz entendeu que seria necessário ter acesso a mais informações e esclarecimentos acerca “da natureza e do significado das ações judiciais e dos acordos firmados em juízo pela Ediouro e suas concorrentes”. E por essa e outras razões foi rejeitada a decisão de arquivamento proposta pela SDE.

Ainda assim, o Relator adianta o que em breve será analisado em processo administrativo, este destinado a apurar a configuração ou não de infração à Lei 8.884/94, ao colocar que “não pode [...] o CADE, no seu papel de órgão judicante, furtar-se à tarefa de determinar se uma conduta ou seqüência de condutas que se apresenta como exercício legítimo de um direito é ou não abusiva no sentido específico de ter por *propósito* a obtenção de um dos estados de coisas referidos nos incisos do art. 20 da Lei 8.884/94”. E complementa: “em particular, cabe ao CADE dizer quando o exercício do direito de ação é apenas um *meio* para a realização do propósito da exclusão de rivais, ou se tal exclusão é apenas consequência do exercício do direito de ação por alguém cujo propósito é proteger algum outro direito de que se perceba titular”.

Mesmo utilizando outras palavras, vê-se que o Conselheiro tem plena consciência de que, num futuro próximo, deverá ser feita uma distinção entre aquelas condutas que são mero instrumento para prejudicar a concorrência,

46 Ver Averiguação Preliminar 08012.005335/2002-67.

47 Nesta oportunidade é fundamental deixar claro que a caracterização da *sham litigation* não pode ser embasada nas decisões do Poder Judiciário ou de qualquer outro Poder, mas tão-somente na apreciação das condutas da representada, eventualmente utilizadas como meio de mitigação da concorrência.

e assim podem ser tidas como *sham*, e aquelas cujo propósito é legítimo, as quais serão protegidas pelo mencionado direito de ação.

Conclusão

Diante dos direitos que a doutrina *Noerr-Pennington* pretende resguardar, foi possível concluir que o direito de petição resguardado pelos ordenamentos jurídicos norte-americano e brasileiro é questão constitucional delicada, devendo ser a eventual limitação de sua aplicação em face das normas antitruste extremamente cautelosa, não apenas em razão da hierarquia de normas, mas igualmente pela importância em garantir o acesso dos cidadãos ao Estado e pela possibilidade deste de tomar decisões a partir das contribuições feitas pelo particular.

No entanto, há que se ter em mente que a mitigação de normas antitruste pode pressupor custos substanciais aos consumidores e por isso deve-se ter o cuidado de não ampliar de forma indiscriminada o escopo da doutrina. O grande desafio está, portanto, em identificar aquelas ações movidas por interesses ilegítimos (e que por isso devem ser passíveis de responsabilidade antitruste) e aquelas que, ainda que resultem em poder de mercado ou prejuízos à concorrência, tenham objetivos genuínos.

É justamente nesse sentido que o reconhecimento da *sham exception* representa um importante instrumento de reflexão para as autoridades antitruste. Isso porque, como visto, a *sham* é caracterizada por aquelas condutas envidadas perante o Estado usadas como verdadeiras armas para eliminação da concorrência, independentemente de seu êxito.

Na maioria das vezes, sua configuração ou descaracterização não é tarefa trivial. Ao contrário do que se viu no caso descrito no item 2.2, *supra* (ref. às baterias estacionárias), em que um órgão competente para analisar a questão de forma vinculada pôde afastar a *sham* ao comprovar que o pleito a ele endereçado tinha procedência, as autoridades responsáveis por determinar se uma conduta é anticompetitiva ou não devem analisar caso a caso as evidências e ponderá-las ao proferirem suas decisões finais.

Como se vê, a análise de casos trazida não foi capaz de exaurir as questões suscitadas pela doutrina, mas buscou trazer parâmetros mais claros para sua aplicação. Desse modo, puderam (i) sugerir algumas condutas que dariam indícios de que haveria *sham* (p. ex. falso testemunho, patente obtida por fraude, conspiração com autoridade responsável por licenças para eliminar

competidor, propina para compra de agentes; bem como em ações repetitivas sem base objetiva); (ii) propor testes capazes de balizar a análise das autoridades (em PRE e USS-POSCO); e (iii) afastar a aplicação da doutrina e conseqüentemente a análise antitruste em determinados casos (p. ex. quando uma associação privada é provocada, e não um órgão do Estado; quando são utilizados meios impróprios para atingir interesses legítimos; assim como quando o Estado adota uma medida contrária ao interesse público).

Conclui-se que não apenas os casos julgados pelas Cortes norte-americanas trouxeram diretrizes para a atuação do CADE, como este também tem dado sinais de estar apto a diferenciar os conceitos apresentados pela doutrina. A despeito da experiência do CADE ser verdadeiramente incipiente, recentíssima e atual, o Plenário parece estar atento a esse tipo de conduta tendente a prejudicar a concorrência. Após julgadas os processos administrativos que serão instaurados a partir dos casos descritos no item 2.3, *infra*, certamente será mais simples realizar uma análise mais precisa e contundente do entendimento do CADE.

Por fim, diante de todo o estudo feito, é possível também traçar algumas proposições destinadas à análise futura pelo CADE. E, desse modo, se é certo que o reconhecimento da *sham* não interfere nas decisões propriamente ditas tomadas pelo Estado, é possível sugerir que o procedimento que as precede seja analisado a partir dos conceitos abordados nesse texto.

Um exemplo seria a iniciativa do CADE, de qualquer outro órgão do SBDC ou do particular de refletir acerca da elaboração de editais de licitação e da escolha de políticas públicas. Será que se o SBDC, se atentar ao *lobby* feito pela iniciativa privada aos órgãos estatais e analisá-lo *vis-à-vis* os parâmetros e indicativos trazidos pela doutrina Noerr-Pennington e pela *sham exception*, não será capaz de coibir, *a priori*, certas medidas contrárias ao ambiente competitivo?⁴⁸

Se o SBDC for capaz de enxergar algumas condutas que tragam consigo elementos nessa linha, certamente sua atuação será mais eficiente. E, então, quem sabe não se declarará incompetente ou adotará tanta cautela ao

48 Em linha com essa sugestão, em estudo publicado, os economistas Possas, Fagundes e Pondé citam expressamente a possibilidade de empresas dominantes dificultarem o processo licitatório a partir do abuso de recursos destinados ao Estado. Ver Possas, M., Fagundes, J. e Pondé, J. *Defesa da concorrência e regulação de setores de infra-estrutura em transição*. Artigo aprovado para a ANPEC, dez. 1998. Disponível em: <<http://www.ie.ufjf.br/grc/publicacoes.php>>. Acesso em: 30 out. 2007.

se deparar com possíveis incongruências identificadas nas políticas públicas adotadas.

Bibliografia

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Averiguação Preliminar n. 08012.005610/2000-81. Conselheiro Relator: Luis Fernando Schuartz. *DOU* 18.09.2006.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Processo Administrativo n. 08000.024581/1994-77. Conselheiro Relator: Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. *DOU* 16.04.2007.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Averiguação Preliminar n. 08012.005335/2002-67. Conselheiro Relator: Luis Fernando Schuartz. *DOU* 02.05.2007.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Averiguação Preliminar n. 08012.006076/2003-72. Conselheiro Relator: Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado. *DOU* 17.09.2007.

COHEN, Joel M.; SHETH, Manisha M. *Recent developments in the application of the Noerr Doctrine*. ABA Spring Meeting Program. Section of Antitrust Law, April 2, 2003.

DAVIS, Daniel J. The **fraud** exception to the Noerr-Pennington Doctrine in judicial and administrative proceedings. *9 University of Chicago Law Review* 325, Winter, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Glass Equipment Development, Inc. v. Besten*, (174 F.3d 1337 – Fed. Cir.), 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *In re Terazosin Hydrochloride Antitrust Litigation* (335 F. Supp. 2d 1336, 1367 n. 29 – S.D. Fla.), 2004.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Nono Circuito. *USS-POSCO Indus. v. Contra Costa County Bldg. & Constr. Trades Council*. (31 F.3d 800, 810-11), 1994.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Segundo Circuito. *Primetime 24 Joint Venture v. Nat'l Broad. Co.*, (219 F.3d 92, 101), 2000.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.* (486 U.S. 492), 1988.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *California Motor Transport v. Trucking Unlimited* (404 U.S. 508), 1972.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *City of Columbia v. Omni Outdoor Advertising, Inc.* (499 U.S. 365), 1991.

- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight, Inc* (365 U.S. 127), 1961.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n.* (35 493 U.S. 411), 1990.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Professional Real Estate Investors, Inc. v. Columbia Pictures Industries, Inc.* (508 U.S. 49), 1993.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *United Mine Workers v. Pennington* (381 U.S. 657), 1965.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Travelers Express Co. v. American Express Integrated Payment Systems, Inc.* (80 F. Supp. 2d 1033 – D. Minn), 1999.
- FEDERAL TRADE COMMISSION. *Enforcement perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine. An FTC Staff Report.* 2006.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice.* 3. ed. Hornbook Series: Thomson West, 2005.
- KLEIN, Christopher C. *The shifting appeal of sham litigation: evidence from appellate decisions 1971-2006.* Middle Tennessee State University.
- KOLLN, Thies. Rule 11 and the **policing** of access to the Courts after *Professional Real Estate Investors.* 61 *University of Chicago Law Review*, 1037. Summer, 1994.
- PERRINE, James B. Defining the “sham litigation” exception to the Noerr-Pennington antitrust immunity doctrine: an analysis of the *Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries Decision.* 46 *Alabama Law Review*, 815. Spring, 1995.
- POSSAS, M.; FAGUNDES, J.; PONDÉ, J. *Defesa da concorrência e regulação de setores de infraestrutura em transição.* Artigo aprovado para a ANPEC, dez. 1998. Disponível em: <<http://www.ie.ufrj.br/grc/publicacoes.php>>. Acesso em: 30 out. 2007.
- WOFFORD, Russell. Considering the “pattern litigation” exception to the **Noerr-Pennington** antitrust defense. 49, *The Wayne Law Review*, 95. Spring, 2003.



A PROTEÇÃO DA CONCORRÊNCIA NOS CONTRATOS MERCANTIS

Luis Felipe Vidal Arellano

1. Introdução

Os acordos, de maneira geral, não apresentam seus efeitos unicamente sobre as partes. Pelo contrário, os acordos, entre os quais os contratos, podem manifestar efeitos sobre terceiros não interessados diretamente na relação jurídica contratual, como podem ter efeito, até mesmo, sobre toda a sociedade.

No caso dos contratos mercantis, é evidente essa realidade, considerando especialmente as conseqüências que a contratação pode ter sobre a sociedade no que se refere aos impactos sobre a concorrência. Nesse contexto, um simples acordo entre empresários pode resultar em graves implicações, extrapolando o efeito entre as partes que o contrato visaria normalmente a produzir.

Desse modo, a proteção da concorrência deve necessariamente passar pela análise dos tipos contratuais envolvidos nos negócios dentro uma economia de mercado. Isto porque o estudo dos efeitos dos contratos sobre a concorrência pode resultar numa maior eficiência desses mesmos contratos, evitando seus efeitos negativos sobre a sociedade.

É com esse objetivo que se apresenta o seguinte trabalho. De conseguinte, pretende-se primeiramente demonstrar como os acordos podem gerar efeitos sobre terceiros, para em seguida analisar como essa influência pode ser percebida sobre a concorrência. Dessa forma, espera-se poder contribuir para o pensamento acerca da proteção da concorrência no País.

2. Efeitos dos acordos privados sobre terceiros não interessados

Os acordos privados⁴⁹ têm por objetivo a limitação da liberdade individual em face da outra parte, com a obrigação de observância de um comportamento determinado.

49 Neste momento, utilizamos propositadamente a expressão “acordos privados”, fugindo da expressão “contratos”, de forma a evitar a concepção jurídica dos contratos

Contudo, como já afirmava Chiovenda,⁵⁰ as partes não se obrigam pelo único objetivo de trocarem declarações de vontade. Assim é que, no campo dos acordos entre empresários, sempre haverá uma função econômica a ser preenchida pela limitação voluntária da liberdade individual em face de outra pessoa. Em outras palavras, o empresário não acordará uma determinada obrigação a menos que pense que sua situação será melhor que a anterior ao acordo.

Pode-se demonstrar como os acordos desempenham esse papel de ganho de eficiência,⁵¹ para o indivíduo que interage com os demais na sociedade, com o mais emblemático caso de violação da concorrência, qual seja a negociação de um cartel. Para tanto utilizaremos do instrumental elaborado pela parte da teoria econômica que ficou conhecida como “Teoria dos Jogos”.

Imagine-se que o empresário Caio Esperto da Silva seja distribuidor de combustíveis na pequena cidade de Pataguna da Serra. Esperto da Silva tem como seu único concorrente na cidade o distribuidor de combustíveis Tício Oportunista Machado. A interação entre os concorrentes obedecerá, nesse caso, à seguinte matriz, na qual se evidencia a utilidade para cada empresário de cada conduta, em face da conduta do concorrente:

Esperto da Silva Oportunista Machado	Fixar Preço	Reduzir Preço
Fixar Preço	(10,10)	(0,20)
Reduzir Preço	(20,0)	(5,5)

Na tabela, apresentam-se os resultados obtidos por cada um dos empresários, em termos de utilidade, para cada estratégia adotada diante da conduta observada pelo concorrente. Assim, o primeiro valor representa a utilidade para Oportunista Machado, ao passo que o segundo valor representa a utilidade da estratégia para Esperto da Silva.

como negócios jurídicos lícitos. Trabalhamos, inversamente, com a possibilidade de existência de acordos privados ilícitos entre empresários, tais como cartéis.

50 Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, Trad. Paolo Capitanio, São Paulo, Bookseller, 2000.

51 Utilizamos aqui o termo “eficiência” em sua acepção pragmática, significando aumento de utilidade da conduta tendo em vista os fins almejados pelo agente.

Chama-se de “estratégia dominante” àquele conjunto de estratégias que resulta em equilíbrio para a interação entre os agentes, isto é, àquela conduta que deverá ser adotada pelos agentes se atuarem de maneira racional e conhecerem o valor das respectivas utilidades para cada estratégia.⁵² No caso em questão, a estratégia dominante deverá ser a concorrência entre os empresários, resultando em benefícios à sociedade com a redução dos preços, conforme se percebe abaixo:

Esperto da Silva Oportunista Machado	Fixar Preço	Reduzir Preço
Fixar Preço	(10,10)	(0,20)
Reduzir Preço	(20,0)	(5,5)

Vê-se que, em qualquer hipótese, será mais vantajoso ao empresário a redução do preço cobrado pelo combustível. Isso porque é preferível a Oportunista Machado ganhar 20 em lugar de 10, quando Esperto da Silva fixa o preço, assim como é melhor para ele ganhar 5 em vez de 0, quanto Esperto reduz o preço do próprio combustível. O mesmo raciocínio vale para o outro empresário, o que resultará na estratégia dominante em que ambos os empresários ganham 5. Esta será a configuração quando um acordo entre os empresários não for possível por qualquer razão.⁵³

Doutro modo, pode-se perceber o fato de que a estratégia dominante para o cenário não é a mais vantajosa, visto que a fixação do preço por ambos resultaria para os dois agentes em uma utilidade de 10. Assim sendo, os empresários poderiam sentir-se tentados a acordar a fixação do preço, limitando a conduta oportunista da outra parte. Nessa nova configuração, os empresários limitariam os efeitos da concorrência, contribuindo, porém, para o efeito negativo do aumento dos preços para a sociedade.

52 Há algumas espécies de interação que não apresentam estratégia dominante. Nessas situações, não há apenas um conjunto de estratégias que se impõe como mais vantajoso, mas apresentam-se várias alternativas com igual probabilidade de serem adotadas pelos “jogadores”.

53 Em um mercado real, diferentemente do exemplo dado, o acordo entre os empresários poderia ser impossibilitado pela diversidade de agentes em situação de concorrência.

Fica demonstrado, portanto, pelo mesmo exemplo, como os contratos desempenham papel central para o ganho de eficiência na interação entre indivíduos,⁵⁴ ao mesmo tempo em que pode apresentar efeitos sobre terceiros, efeitos estes que podem ser positivos ou negativos, como no caso dos cartéis.

3. Impactos concorrenciais dos contratos mercantis

Conforme demonstrado, os contratos não têm influência apenas sobre as partes. Pelo contrário, o mercado como um todo também é afetado pela contratação particular. Com relação à concorrência, podemos falar da existência de setores em que impera a liberdade contratual econômica e de setores regulados.

Nos setores livres da economia, a contratação entre particulares exerce influências sobre a concorrência desses mercados tanto quanto nos setores regulados. Exemplo dos impactos concorrenciais de cláusulas contratuais específicas pode ser encontrado no recente caso do contrato de fornecimento de peças para a construção das hidrelétricas de Santo Antônio e Jirau, em Rondônia, firmado pelo consórcio Odebrecht-Furnas com fabricantes de turbinas.⁵⁵ Nesse caso, houve a negociação de uma cláusula de exclusividade de fornecimento, o que impede que outros consórcios planejem a participação na licitação para a construção das usinas.

Nos setores regulados por lei, mais especificamente, porém, tem-se a idéia de que, em razão das características específicas de um determinado mercado, o Estado interfere na livre concorrência, restringindo-a de modo a assegurar o interesse da coletividade.

Nesse diapasão, o marco legal para regramento geral da concorrência no Brasil, fundamentado nos arts. 170 e 174, § 3.º, da CF/88 é a Lei 8.884/94, chamada de Lei Antitruste.

Apesar de ser da natureza dos contratos em geral o seu potencial para operar efeitos sobre terceiros, os contratos mercantis podem ter impactos

54 Para o conceito econômico de eficiência nas trocas, ou eficiência distributiva, ver Jorge Fagundes, *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência – eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*, São Paulo, Singular, 2003, p. 34.

55 Esses contratos são objeto de análise do CADE no momento presente, podendo ao final do processo de análise ser entendidos como prejudiciais à concorrência.

graves sobre a concorrência. Como exemplos, temos casos de fornecimento exclusivo ou de prestação exclusiva de produtos procurados por diversos agentes. Nesse caso, o contrato influencia a concorrência entre os agentes que gostariam de distribuir os referidos produtos ou que dependam da prestação do referido serviço a ponto de poder inviabilizar a atividade econômica dos agentes que se mantêm fora do contrato.

Nessa ordem de considerações, convém distinguir os acordos horizontais dos acordos verticais.⁵⁶ Os primeiros são os acordos celebrados entre concorrentes, de acordo com a terminologia do direito concorrencial. Por outro lado, os acordos verticais são aqueles realizados entre os agentes de fases distintas do mesmo processo produtivo. Um exemplo simples de acordo vertical seria aquele entre industrial e comerciante para a distribuição de um determinado produto.

Essa classificação é extremamente relevante para o direito antitruste. Isso porque, para fins de proteção da concorrência, têm pouca utilidade os tipos contratuais do direito civil e comercial, daí a necessidade de classificação própria.

Há diversos casos em que os contratos mercantis podem trazer problemas à concorrência. Um desses casos que convém tratar é o da existência de cláusulas de restrição. Esta é a nomenclatura do direito concorrencial, sendo que as principais cláusulas de restrições são: (i) de exclusividade por produto; (ii) de exclusividade territorial; e (iii) RPM – *resale price measure*.

Pela cláusula de exclusividade, o fabricante omite-se de nomear qualquer outro representante para a distribuição de seus produtos ou de seus serviços. Essa exclusividade pode ter bases territoriais, donde se falará em exclusividade territorial.⁵⁷ O problema maior que podem causar tais cláusulas consiste na hipótese de impedir a atuação no mercado de um outro agente interessado no produto.⁵⁸

Nesse sentido, imagine-se, por hipótese, que um determinado agente distribuidor esteja interessado em comercializar artigos esportivos e, para tanto, constitua uma rede de lojas especializadas. Nesse caso, o agente terá

56 Werter Faria, *Direito da concorrência e contrato de distribuição*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 17.

57 Werter Faria, ob. cit., p. 64.

58 Fabio Bortolotti e Albert Previsani, *Guide pour la conclusion de contrats d'agence et de concession a l'étranger*, Paris, Moniteur, 1981, p. 100.

a sua entrada impedida no mercado caso as mais famosas marcas, tais como Nike ou Adidas, recusem-se a vender o produto a ele, em virtude de cláusula de exclusividade previamente assinada com outro distribuidor. Vê-se claramente, portanto, o efeito negativo sobre a concorrência.

A cláusula RPM, por sua vez, impacta a concorrência na medida em que limita o poder do distribuidor de alterar a variável preço na determinação dos níveis da quantidade de demanda. Assim, a cláusula de restrição nos acordos verticais impede a concorrência intramarca. Por esse motivo, desde a década de 1950 esse tipo de acordo vinha sendo visto de forma restritiva pela jurisprudência norte-americana.

Essa concepção, entretanto, foi drasticamente alterada a partir de 1978, com a publicação do livro *The antitrust paradox*, de Robert Bork.⁵⁹ Por conseguinte, passou-se a perceber que a concorrência relevante para o desenvolvimento do mercado não é a concorrência intramarca, mas principalmente a concorrência entre marcas.⁶⁰ Assim, passou-se a entender que os acordos verticais podem ser irrelevantes quanto aos impactos à concorrência ou gravemente prejudiciais, a depender do número de fornecedores e da concorrência entre eles.

Outra forma pela qual os contratos mercantis podem influenciar a concorrência se dá nos casos de concentração de mercado.⁶¹ A concentração de mercado pode ocorrer por diversos motivos, desde a aquisição de empresas, até mesmo em razão de titularidade de tecnologia de maneira exclusiva. Esse fenômeno é uma tendência dos mercados modernos, podendo ser benéfica em diversos casos, uma vez que pode aumentar a eficiência desses mesmos mercados.⁶²

59 Robert Bork, *The antitrust paradox*, New York, The Free Press, 1993.

60 Nas palavras de Bork (ob. cit., p. 273): “Foreclosure theory is like a conjuring trick: it causes you to look at the wrong level of the industry, in the case the refining level. The problem just stated is not vertical but horizontal, the evil is not the foreclosure of rival refiners but the establishment of retail monopoly”.

61 Werter Faria, ob. cit., p. 17.

62 Nos dizeres de Jean Guyénot: “a relação, estreita ou não, existente entre as restrições acordadas e o efeito que se espera, varia entre um contrato e outro, dependendo da posição das empresas no mercado do produto” (tradução livre). *Le régime juridique des ententes économique et des concentrations d’entreprise dans le marché commun*, Paris, LGDJ, 1971, p. 117.

Nesse contexto, os atos contratuais de concentração podem ser classificados em verticais ou horizontais ou formação de conglomerados, de acordo as suas características essenciais.⁶³

A concentração vertical ocorre na aquisição dos fornecedores ou compradores por uma determinada empresa. Ou seja, trata-se de relação de concentração entre empresas que atuam no mesmo setor, mantendo entre si relações comerciais, uma como comprador, outra como vendedor.⁶⁴ Nessa ordem, a concentração vertical justifica-se, em regra, por um cálculo de maximização de eficiência das estruturas de custos de transação.⁶⁵ O controle desse tipo de operação, para fins de concorrência, normalmente, submete-se a interesses políticos, sendo limitados os seus efeitos negativos.

Por outro lado, concentração horizontal ocorre nos casos em que uma empresa adquire seus próprios concorrentes. Evidentemente, o potencial danoso para a concorrência desse tipo de concentração pode alcançar níveis alarmantes, donde decorre a maior necessidade de controle.

Finalmente, os atos de concentração aos quais se dá o nome de “conglomerados” consistem na compra de agentes de outros setores, ampliando o escopo de atuação da empresa original. É incerto o tipo de efeito que esses atos podem ter sobre a concorrência, não havendo critérios óbvios para o seu controle.

A permissão de concentração econômica, portanto, deve ser precedida por uma análise de custo-benefício. Dessa forma, busca-se permitir espaço para as concentrações econômicas que possam ser benéficas ao mercado, coibindo-se as concentrações prejudiciais.⁶⁶

De igual maneira, a existência de posição dominante, não é *a priori* prejudicial ao mercado. O que deve ser evitado pelo direito concorrencial, portanto, é o abuso da posição dominante. Logo, contratos que tenham como efeitos contra terceiros o obstáculo à entrada de novos agentes no mercado, em razão de posição dominante, podem ser considerados prejudiciais a esse

63 Calixto Salomão Filho, *Direito concorrencial – as estruturas*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 278.

64 Neide Teresinha Malard, Integração de empresas: concentração, eficiência e controle, *Revista do IBRAC*, Caderno de Textos, v. 1, n. 4, p. 57.

65 Para o conceito de custos de transação, ver o trabalho clássico de Ronald Coase, The nature of firm, *Economica* 4, p. 386, nov. 1937.

66 Calixto Salomão Filho, ob. cit., p. 284.

mercado. Por outro lado, a uniformização dos procedimentos, decorrentes da posição dominante, pode ser benéfica.

Desta sorte, ter poder econômico significa exercer posição relevante no mercado que permita influenciar de maneira determinante as negociações com fornecedores e compradores, em razão da indiferença da empresa com relação aos demais integrantes do mercado. Assim, poder econômico é uma questão ontológica, isto é, do mundo do ser, e não deontológica.

A posição dominante, nessa linha, como reflexo do poder econômico, deve ser definida pela existência de independência e indiferença do agente dominante com relação aos demais agentes. Porém, a posição de domínio não é uma questão absoluta, comportando diferentes graus.

Sob influência da visão norte-americana, pode-se dizer que possui posição dominante aquele capaz de controlar preços no mercado relevante.⁶⁷ Tal mercado é aquele importante para a atividade da empresa, isto é, aquele mercado capaz de impactar a empresa e sobre os quais esta exerce influência. Assim, o mercado relevante pode ser entendido sob o aspecto geográfico e sob o aspecto material.⁶⁸ Nas palavras da Conselheira do CADE Neide Teresinha Malard, no Processo Administrativo 31/92:

“O mercado relevante é o espaço da concorrência. Diz respeito aos diversos produtos e serviços que concorrem entre si, em determinada área. Sua definição se faz necessária, *in casu*, tanto em termos geográficos quanto em relação ao serviço”.

No mesmo sentido o Conselheiro José Matias Pereira, no Ato de Concentração 16/94:

“quando tratamos do aumento da concentração no mercado, torna-se necessário levar em consideração que o mercado relevante é representado pela soma de produtos que podem ser razoavelmente substituídos, quando utilizados nos fins para os quais são produzidos, sem deles desvincular a qualidade, a finalidade e, de maneira especial, o preço”.

67 A mesma idéia está presente na Lei 8.884/94, art. 20, II, quando determina ser punível a conduta tendente a “dominar mercado relevante de bens ou serviços”.

68 José Inácio Gonzaga Franceschini, *Introdução ao direito da concorrência*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 32.

O aspecto geográfico do mercado relevante refere-se ao espaço territorial no qual atua o agente econômico. Já o aspecto material refere-se às características dos produtos oferecidos pelo agente, com relação aos consumidores e fornecedores.⁶⁹ Evidentemente, o aspecto material pode influenciar o aspecto geográfico no mercado relevante, uma vez que certos produtos não podem ser negociados em outros mercados por limitações de transporte ou demanda.⁷⁰

Assim sendo, será importante determinar em quais relações de concorrência se inserem os agentes. Apenas com referência a esse mercado relevante é que se poderá avaliar a existência de posição dominante. Nesse contexto, uma possível defesa contra alegações de abuso de posição dominante será alegar a amplitude do mercado no qual o agente se insere.

Em outras palavras, alega-se que não se negocia no mercado de banana, mas no mercado de frutas frescas; não se negocia no mercado de refrigerantes, mas sim no mercado de bebidas. Essa defesa envolve a idéia de elasticidade cruzada da demanda, conceito este que se refere à mudança no padrão de consumo de bens, de modo a verificar se são bens alternativos ou não. Assim, caso sejam alternativos, a elasticidade apontará um aumento do consumo de um bem no caso do aumento no preço do outro.⁷¹

Nesse ponto, de maneira a facilitar o entendimento dos requisitos a serem observados na negociação de contratos mercantis, para o respeito à ordem econômica brasileira, sem violação da livre concorrência, convém analisar sumariamente o funcionamento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

69 Paula A. Forgioni, *Os fundamentos do antitruste*, São Paulo, RT, 1998. p. 207.

70 Com Herbert Hovenkamp, “The size of the geographic market depends on the nature of the product and of the people who buy and sell it” (*Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*, St. Paul, West Publishing Co., 1994, p. 108). Um exemplo de limitação do mercado geográfico provocado por aspectos materiais relativos ao transporte é o caso dos queijos frescos, os quais não podem ser transportados sem que estraguem com facilidade. Por outro lado, é exemplo de limitação provocada por razões de demanda o mercado de carne canina, restrito a alguns países como Coréia do Sul. Isso decorre da falta de demanda em outros países, que não têm o costume de consumir esse produto.

71 Nas palavras de Phillip Areeda e Louis Kaplow: “When cross-elasticity is high, the two products should be included in the same market” (*Antitrust analysis – problems, texts, cases*, Boston, Little, Brown and Company, 1988, p. 586).

O SBDC é formado por diversos órgãos, entre os quais: (i) o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; (ii) a Secretaria de Defesa Econômica – SDE; e a Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico – SEAE.⁷²

Um dos limitadores desse sistema de defesa da concorrência é o excessivo número de processos a serem analisados, o que traz grandes consequências aos agentes econômicos dependentes de provimentos para evitar práticas contrárias à concorrência. Nesse caso, é de extrema importância a possibilidade de recurso ao Judiciário, donde decorre a necessidade do estudo do tema pelos magistrados do País.⁷³

Há diferença, para esses efeitos, entre atos de concentração e condutas contrárias à concorrência. Quanto aos primeiros, a Lei Antitruste determina que os interessados peçam autorização do CADE para homologação do negócio.⁷⁴ Já no caso de condutas contrárias à concorrência, o agente fica sujeito a processo administrativo para apuração dos atos manifestados.⁷⁵

Com relação aos atos de concentração, de acordo com o art. 54, § 1.º, devem ser levados em conta os benefícios e eficiências que podem ser

72 O CADE é uma autarquia ligada ao Ministério da Justiça responsável pela análise e julgamento de casos de concentração por meio de aquisições e fusões, bem como de outros casos de práticas contrárias à concorrência. A SDE é uma secretaria vinculada ao Ministério da Justiça responsável pela investigação de casos de práticas contrárias à concorrência, como cartéis, por exemplo. Cabe também à SDE a elaboração de pareceres para instrução dos julgamentos pelo CADE. A SEAE é secretaria vinculada ao Ministério da Fazenda e é competente para a análise econômica dos casos de concentração.

73 Além disso, é importante a instrução dos magistrados considerando a possibilidade de recurso ao Judiciário das decisões tomadas em nível administrativo pelo CADE, ou mesmo antes de terminado o processo administrativo.

74 Os atos de concentração são apreciados de acordo com o art. 54 da Lei 8.884/94. São considerados atos de concentração aqueles que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou resultar em dominação do mercado. É obrigatória a autorização para todos os casos em que o negócio seja realizado por empresa com faturamento anual igual ou superior a R\$ 400 milhões, ou que implique participação de empresa resultante em 20% do mercado relevante.

75 As condutas referidas estão apresentadas na Lei 8.884/94, art. 21. O maior problema decorre da grande amplitude dos tipos apresentados nessa lei. Isso porque a lei determina a responsabilidade objetiva do agente, mesmo que não haja dano causado, simplesmente em razão da potencialidade de dano na conduta.

decorrentes dos atos. Esse dispositivo, portanto, apresenta a necessidade do cálculo “custo-benefício” na avaliação dos atos de concentração.

Os atos de concentração referidos são os seguintes: (i) fusão ou incorporação de empresas; (ii) constituição de sociedade para exercer controle de empresas; ou (iii) qualquer forma de agrupamento societário, consoante o art. 54, § 3.º, da Lei 8.884/94.

A prática do mercado, porém, faz que os processos sejam analisados pelo CADE longo tempo depois que os aspectos operacionais do negócio sejam iniciados, muito embora o prazo para o pedido de autorização seja de apenas 15 dias, o que gera graves problemas nos casos em que o negócio não é aprovado pelo Conselho.⁷⁶

Nos casos de análise de atos de concentração, poderá o CADE autorizar o negócio com “compromisso de desempenho”, de maneira a evitar qualquer impacto negativo sobre a concorrência.⁷⁷ Já nos casos de processo administrativo para apuração de condutas contrárias à concorrência, o CADE pode determinar o respeito pelas partes a “compromisso de cessação” da conduta lesiva, o qual é aplicado com a assinatura de um “Termo de Compromisso de Cessação”, abstendo-se a empresa da conduta violadora da concorrência.

O compromisso de desempenho é uma alternativa à proibição dos atos de concentração, a qual subverte a lógica do controle estrutural dos atos, para um controle comportamental. Assim, deixa-se de proibir uma operação por seus potenciais efeitos, com o compromisso de que os contratantes atuem de maneira a garantir que os efeitos negativos sobre a concorrência não se atualizem. Desse modo, o compromisso de desempenho pode ser solução mais eficiente para o mercado que a simples proibição, assim como mais eficiente que a pura autorização.

Diante disso, é essencial que a negociação de cláusulas contratuais seja realizada tendo em vista o princípio constitucional da livre concorrência e seus reflexos na legislação infraconstitucional. Isto porque, como resta demonstrado, diferentemente da tradição jurídica tradicional, entendem-se como

76 Essa realidade é a motivadora de diversos projetos de reforma dos procedimentos de análises dos atos de concentração, no sentido de permitir que as mais simples sejam autorizadas pela SDE. O problema desses projetos reside no fato de aumentarem o poder de interferência do Executivo sobre a economia.

77 Quanto aos atos de concentração, o CADE pode autorizá-los sem restrições, rejeitá-los completamente, ou aprová-los com restrições, donde se insere a questão do “compromisso de desempenho”, conforme o art. 58, § 3.º, da Lei Concorrencial.

evidentes nos dias de hoje os efeitos negativos potenciais à concorrência de contratos entre empresários.

4. Os impactos à concorrência dos contratos mercantis, segundo a jurisprudência

Reafirmando o papel do Judiciário no controle da legalidade dos contratos, em face da proteção da concorrência, convém observar como os juizes têm analisado a questão.

O que se pode observar nos dias de hoje é uma maior consciência dos juizes para os efeitos sobre a coletividade dos contratos entre particulares, em oposição à visão tradicional com acento na autonomia da vontade. Não obstante, não se trata de abandonar os antigos dogmas, mas de relativizá-los apenas nos casos em que se faça necessário, tomando a devida cautela, no sentido de assegurar a segurança jurídica de que os contratos devem gozar.

Assim é que se deve ler o seguinte trecho do voto da Desembargadora Helena Ruppenthau Cunha, na Apelação Civil 70011494770:

“A tese da apelante é da ilegalidade da cláusula de exclusividade, no início do contrato considerada como latente e depois ilegal, com o surgimento de outras operadoras no mercado.

Com a constitucionalização do Direito Civil, o contrato passou a ter uma face pública, onde emergem características como solidariedade, cooperação entre os contratantes e destes em relação a terceiros, como dos terceiros em relação aos contratantes. (...)

Em decorrência da própria natureza do contrato de distribuição, tem o distribuidor por obrigação a revenda, no caso com exclusividade, e por conta própria, o produto objeto do pacto. É, de regra, contrato de adesão por parte do distribuidor. Tem, na sua essência, a exclusividade de venda e adesão do distribuidor.

(...)

Da própria essência do contrato firmado e da realidade dos fatos, não se pode afirmar que foi ferido o princípio da livre concorrência. A apelante, num primeiro momento, aceitou a cláusula de exclusividade, tanto que firmou o segundo contrato.

(...)

Por sua vez, assevera Celso Bastos, que ‘A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa. (...) Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais’ (Curso de Direito Constitucional, São Paulo, p. 459).

O fato de surgirem outras operadoras de telefones celulares não fere o livre comércio nem a livre iniciativa. A recorrente, ao descumprir a cláusula, visava o lucro do seu negócio com a venda de outras marcas de celulares; não pretendia proteger o interesse público do consumidor, como sustenta reiteradas vezes. Não se configura nenhuma ilegalidade o cumprimento da cláusula de exclusividade”.

Nessa ordem, julgou-se não violar a concorrência a cláusula de exclusividade em contrato realizado por conta da relação entre cooperativa e cooperativado, no que se refere à prestação de serviços médicos, conforme segue no Agravo de Instrumento 70005528237:

“Compreende-se, agora, que não há contrato de emprego e nem de credenciamento entre os profissionais da medicina e a Cooperativa, mas, de sociedade.

Conseqüentemente, entre duas sociedades concorrentes, o associado de uma não pode fazer um jogo anético junto à outra. A GOLDEN CROSS e a UNIMED são duas gigantes do mesmo ramo, por isso mesmo concorrentes entre si e a concorrência é salutar à população, mas esta deve ser leal (art. 170, IV, e 173, § 4.º, Constituição Federal).

(...)

A livre concorrência, prevista na Constituição, importa no livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, com observância, no entanto, das regras que a lei estabelecer (art. 5.º, XIII, Constituição Federal)”.

Com a mesma preocupação, o Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu, na Apelação Civil 870973900, não configurar violação à concorrência a cláusula de exclusividade imposta por distribuidora de combustível ao posto de gasolina que trabalhe sob sua bandeira:

“A distribuidora de combustíveis, dispondo de imóvel destinado ao funcionamento de posto de combustíveis, tem o direito de, ao

ajustar o contrato de locação ou sublocação, condicionar a utilização de seu imóvel pelo locatário à comercialização exclusiva de produtos de sua marca, vedando-lhe qualquer alteração de seu uso ou de sua destinação.

O posto revendedor de combustíveis que comercializa produto de outra marca, não fornecido pela distribuidora locadora, violando condição expressa no contrato de locação, sujeita-se ao despejo por infração contratual”.

Como se percebe, muito embora dê conta dos problemas existentes na seara dos contratos mercantis relativamente à concorrência, o Judiciário tem aos poucos inserido essa preocupação em seus julgados, sem abrir mão dos clássicos princípios da força vinculante dos contratos – *pacta sunt servanda* – e da autonomia da vontade.

Conclusões

Cada vez mais a idéia relativa ao poder de contratar se altera de modo a abarcar novas preocupações, notadamente as relativas aos efeitos dos contratos sobre terceiros não participantes da relação jurídica contratual, com destaque aos efeitos sobre a concorrência.

Nessa ordem, é de grande importância a atenção do operador do direito a essas características. Ao advogado, para que possa negociar contratos que levem em conta as limitações impostas pelo sistema de proteção da concorrência. Ao juiz, por sua vez, para que possa julgar de acordo com os pressupostos constitucionais que fundamentam a Ordem Econômica Brasileira.

Por fim, chama-se a atenção para a importância do estudo do tema dos contratos, pelos próprios especialistas do campo do direito da concorrência. Isto decorre do fato de que a maior parte das violações à concorrência é operada por meio de cláusulas que, isoladamente, podem ser interpretadas como válidas.

Este trabalho, portanto, teve o objetivo de mostrar a necessidade de um estudo conjunto entre a Teoria dos Contratos e a proteção da concorrência. Trata-se, assim, de estudar novas formas de contratação e modelos de negócios que permitam a maximização da eficiência econômica das partes, sem prejudicar o interesse social.

Bibliografia

- AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. *Antitrust analysis – problems, texts, cases*. Boston: Little, Brown and Company, 1988.
- BORK, Robert. *The antitrust paradox*. New York: The Free Press, 1993.
- BORTOLOTTI, Fabio; PREVISANI, Albert. *Guide pour la conclusion de contrats d'agence et de concession a l'étranger*. Paris: Moniteur, 1981.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. São Paulo: Bookseller, 2000.
- COASE, Ronald. The nature of firm. *Economica* 4, nov. 1937.
- FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos econômicos das políticas de defesa da concorrência – eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste*. São Paulo: Singular, 2003.
- FARIA, Werter. *Direito da concorrência e contrato de distribuição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.
- FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GUYÉNOT, Jean. *Le régime juridique des ententes économiques et des concentrations d'entreprise dans le marché commun*. Paris, LGDJ, 1971.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*. St. Paul: West Publishing Co., 1994.
- JOSKOW, P. Contract duration and relationship specific investments: empirical evidence from coal markets. *American Economic Review*, 17, March 1987.
- KLEIN, B.; CRAWFORD, R.; ALCHIAN, A. Vertical integration, appropriable rents, and the competitive contracting process. *Journal of Law and Economics*, n. 21, 1978.
- MacNEIL, I. R. Contracts: adjustment of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. *Northwestern University Law Review*, n. 72, 1978.
- MALARD, Neide Teresinha. Integração de empresas: concentração, eficiência e controle. *Revista do IBRAC*, Caderno de Textos, v. 1, n. 4.
- MILGROM, P.; ROBERTS, J. *Economics, organization and management*. New Jersey: Prentice-Hall, 1992.
- RINDFLEISCH, A.; HEIDE, J. B. Transaction cost analysis: past, present, and future applications. *Journal of Marketing*, n. 61, 1997.
- SALANIÉ, Bernard. *The economics of contracts: a primer*. Cambridge: The MIT Press, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial – as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

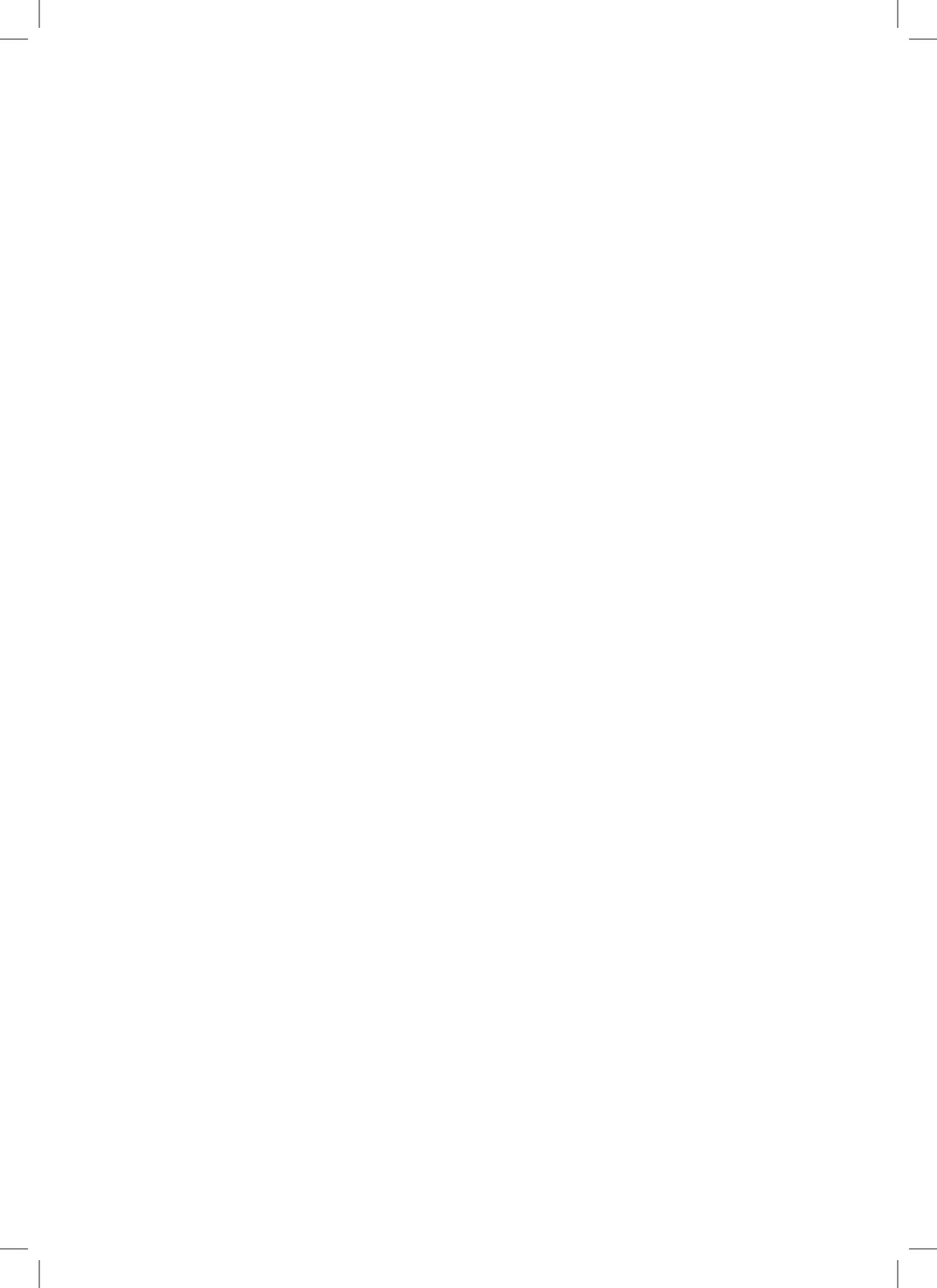
WILLIAMSON, O. *Mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. *The economic institutions of capitalism*. London: The Free Press, 1985.

_____. Transaction cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, n. 22, 1979.

ZYLBERSZTAJN, D.; LAZZARINI, S. G. *On contract continuity*. 1st Conference of the International Society for New Institutional Economics (ISNIE), St Louis, Sept. 1997.

PÓS-GRADUAÇÃO



A TESE DO PODER COMPENSATÓRIO NO MERCADO DE SAÚDE SUPLEMENTAR: ausência de critérios coesos de análise e conseqüências jurídicas

Heloisa Helena Monteiro de Lima

Resumo: O presente trabalho tem como tema a falta de coesão dos critérios de julgamento pelo CADE das práticas de coordenação de conduta horizontal de forma compensatória no mercado de saúde suplementar e as suas conseqüências jurídicas. Procurar-se-á demonstrar, pelas decisões recentemente proferidas pelo CADE, que o aparato regulatório está desguarnecido de regras de análise dessa prática, a ensejar a profusão de decisões divergentes e inaptas a produzir o ótimo concorrencial. A Tese do Poder Compensatório foi a alternativa entendida pelas autoridades internacionais como hábil a demonstrar eventuais benefícios decorrentes de uma coordenação horizontal e tem-se demonstrado a mais apta para a busca da maximização do bem-estar social. A conclusão do presente trabalho aponta para a necessidade de sistematizar a *praxis* das autoridades de defesa da concorrência no sentido de formular parâmetros eficazes para ações antitruste e garantir sua integração com outros instrumentos da política industrial.

Palavras-chave: Ausência de critérios coesos de análise das decisões do CADE. Poder Compensatório. Mercado de Saúde Suplementar.

I. Introdução

As autoridades de defesa da concorrência têm sistematicamente condenado as práticas de influência de conduta concertada entre concorrentes em mercados dominados por entes detentores de substancial poder de mercado. As decisões, tradicionalmente, são marcadas pela ausência de critérios coesos de análise, que apontam para uma forte tradição *welfarista*, influenciando na dinâmica da investigação dos órgãos de defesa da concorrência brasileiros.

Mesmo com o reconhecimento da existência de um poder de mercado original – contra o qual o pólo oposto se contrapõe – e da potencialidade de uma coordenação horizontal causar prejuízos à concorrência, é forçoso reconhecer

a existência de situações em que a cooperação horizontal para estabelecimento de preços em resposta ao poder da contraparte *pode* produzir benefícios líquidos para o bem-estar social. Essa é a hipótese que pretende a tese poder compensatório (*countervailing power*) comprovar e cuja análise depende da dinâmica concorrencial do segmento distribuidor/consumidor final e da interdependência da relação entre os agentes envolvidos.

Foi só recentemente que a tese do poder compensatório ganhou espaço entre os aplicadores do direito da concorrência no Brasil, ainda que de forma tímida. O presente trabalho tem como preocupação fundamental apontar para o fato de o aparato regulatório estar desguarnecido de regras de análise dos casos de cooperação horizontal exercida de forma compensatória e para as conseqüências dessa suposta falha.

O trabalho será direcionado para a investigação da coordenação horizontal praticada pelos prestadores de serviço atuantes no mercado de saúde suplementar, que é ora utilizado como paradigma de análise pela presença de condições peculiares que evidenciam a presença de pólos – médicos e operadores de planos de saúde – nitidamente marcados pela presença de poder de mercado.

O trabalho divide-se em quatro seções, além desta introdução. A segunda seção apresenta, de forma resumida, o referencial teórico indispensável para a compreensão da tese do poder compensatório. Na terceira seção, serão apresentadas as especificidades do setor de saúde suplementar e as peculiaridades da articulação das premissas antitruste relacionadas à coordenação horizontal. A quarta seção analisa o tratamento da barganha coletiva pelas autoridades de defesa da concorrência nacionais *vis-à-vis* o tratamento conferido pelos órgãos internacionais, apontando para as diferenças e pontos de convergência entre os critérios utilizados. Por último, a conclusão deste trabalho aponta para a necessidade de desenvolver os métodos de investigação na análise das práticas de influência concertada entre concorrentes no sentido de formular parâmetros eficazes para ações antitruste e garantir sua integração com outros instrumentos da política industrial, de forma a assegurar a segurança jurídica e afastar a casuística.

II. A Tese do Poder Compensatório

A prática da ação concertada entre concorrentes é, ao certo, um dos temas mais ricos em contribuições acadêmicas no campo do direito da concorrência. Por sua relevância pública e a multiplicidade de ações conflituosas,

estima-se tratar-se de uma das condutas recentemente mais submetidas ao crivo das autoridades de defesa da concorrência.

Os acordos entre concorrentes levantam preocupações concorrenciais na medida em que viabilizam a conquista abusiva de poder de mercado, gerando a redução do bem-estar social (*reduction of the social welfare*) e perda de bem-estar alocativo (*deadweight welfare loss*). Por esse motivo, as autoridades antitruste têm sistematicamente dedicado especial atenção às peculiaridades que giram ao redor desse tema, entre os quais vem ganhando maior destaque a tese do poder compensatório (*countervailing power*).

Em que pese as autoridades de defesa da concorrência brasileiras não terem sistematizado um critério coeso para análise dos casos desse tipo de conduta – registrado pela ausência de guias de análise ou decisões uniformes que abordem o tema –, trata-se, indubitavelmente, de uma teoria cuja aplicação vem crescendo consideravelmente.

Em síntese, o exercício de poder compensatório consiste no exercício da coordenação de conduta entre concorrentes visando à uniformização das práticas comerciais a fim de barganhar por melhores condições negociais, contrabalaneando assimetrias de poder no pólo oposto da cadeia produtiva.

O poder compensatório se percebe com mais frequência no momento em que os *players* atuantes em um dado mercado organizam-se – preponderantemente em associações, entidades representativas de classes, cooperativas, organizações de compradores ou vendedores – objetivando melhores preços e vantagens comerciais com o detentor de elevado poder de mercado. Pode dar-se a montante ou a jusante do poder original (i.e., em face ao poder de venda de um monopolista ou ao poder de compra de um monopsonista).

Especificamente no que se refere ao exercício abusivo do poder de compra, produz ele malefícios associados, sobretudo, à prática de preços abaixo dos patamares competitivos e à redução da quantidade de produtos ou serviços ofertados, geradores de perda de bem-estar alocativo.¹ Nos termos do *Guidelines for Collaborations among Competitors*,² “poder de mercado

1 De acordo com Sérgio Varella Bruna: “exercendo o controle sobre a procura global no mercado, reduzirá suas compras, a fim de baixar os preços de mercado. O preço de equilíbrio, por sua vez, localizar-se-á em patamar inferior ao preço puramente concorrencial” (*O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, 1. ed., São Paulo, RT, p. 35).

2 Tradução livre do original: “Market power to a buyer is the ability profitably to depress the price paid for a product below the competitive level for a significant

para o comprador é a habilidade de abaixar os preços pagos por um produto abaixo do nível competitivo por um período significativo e, a partir disso, reduzir a oferta”.

O monopósonio traduz-se na existência de apenas um comprador. A ação conjunta de vários compradores para maximização de lucros tem potencialidade de produzir efeitos idênticos àqueles provocados pelo monopsonista, a ser tratado como um cartel de controle de compras.³

A redução da oferta pelo monopsonista resulta na maximização de seus lucros, sendo forçoso reconhecer que essa margem será por ele internalizada, produzindo malefícios líquidos ao ambiente concorrencial, aos quais são somadas a ineficiência resultante da redução dos incentivos à entrada de novos *players* no mercado e os desincentivos às inovações tecnológicas em razão dos preços deprimidos.⁴

A colusão entre compradores competidores para o propósito de estabelecer preços abaixo do valor de mercado é caracterizada como uma *fixação de preço horizontal* ilegal *per se* nos termos da seção 1 do *Sherman Act*.

A análise econômica e precedentes legais dão suporte à aplicação de um flexível padrão *per se* para os acordos de compra conjunto (*joint buying*

period of time and thereby depress output”. FTC and DOJ, 2000, p. 11. Disponível em: <<http://www.ftc.gov>>.

- 3 Com efeito, segundo Paul Dobson, Michael Waterson & Alex Chu, The welfare consequences of the exercise of buyer power. *Research Paper 16*, Office of Fair Trading, 1998. No caso de compra conjunta pelos compradores, onde se busca a maximização dos lucros em conjunto, a análise corresponde àquela praticada em um cartel de controle de compras. Desde que todas as demais coisas permaneçam constantes, a coordenação de compradores para reduzir preços pela restrição das compras conjuntamente reduz o bem-estar social e o peso morto alocativo assemelha-se àquele gerado por um monopósonio”. Tradução livre do original: “In the case of joint action by buyers, where they seek to maximize joint profits, the analysis corresponds directly to that of a cartel controlling sales. Provided other things remain equal, buyer coordination to reduce factor prices by restricting collective purchases serves to reduce social welfare and the deadweight welfare loss is equivalent to that generated by a monopsonistic”.
- 4 Para estudo aprofundado sobre o exercício de poder de monopósonio, vide: BLAIR, Roger & HARRISON, Jeffrey. *Antitrust policy and monopsony*. 1991, 76 *Cornell L. Rev.* 297; e idem, *Cooperative buying, monopsony power and antitrust policy*, 1992, 86, *Nw. UL. Rev.* 331; DOBSON, Paul, WATERSON, Michael & CHU, Alex. ob. cit.

agreements). Nos termos desse padrão, os acordos horizontais de fixação de preço entre compradores serão ilegais *per se*, salvo se os Representados demonstrarem a produção de eficiências obtidas exclusivamente por meio desse acordo horizontal, forçando os preços abaixo dos níveis competitivos. Se os Representados tiverem êxito nesse argumento, o acordo poderá ser objeto de aplicação da regra da razão (*rule of reason analysis*).⁵

De acordo com a tese do poder compensatório, os efeitos do monopólio podem ser compensados com a integração horizontal no elo fornecedor. A contraposição de um monopolista ao monopsonista dará ensejo ao surgimento de *monopólio bilateral*, ou seja, um comprador confrontando-se com um só vendedor.

O argumento fundamental de Kenneth Galbraith, exposto em *American capitalism*, é que a concentração econômica verificada entre compradores de bens intermediários surgia, sobretudo, em resposta ao poder de mercado exercido pelos ofertantes. Dessa forma, o desenvolvimento do poder de compra agia de forma compensatória (*countervailing*), tal qual um mecanismo auto-regulatório do mercado.

De acordo com Galbraith, “em um típico mercado moderno de poucos vendedores, a restrição ativa não é imposta por competidores, mas sim pelo outro lado do mercado, por compradores poderosos”.⁶

De acordo com a teoria do *countervailing power*, nem todas as ações coordenadas visando ao aumento de poder num dos elos da cadeia podem ser consideradas manifestações do poder compensatório, sendo três os elementos essenciais para caracterizá-lo. Primeiramente, o poder de compra deve surgir em resposta ao poder de mercado *original* (exercido do lado da oferta). Em segundo lugar, os efeitos do surgimento do poder de compra sobre a *performance* do mercado deve atuar em direção inversa aos efeitos do poder econômico original e, por último, o poder compensatório deve

5 Blair e Harrison justificam ser apropriada a comparação entre as negociações conjuntas e as fusões desde a decisão de que o engajamento em compra conjunta é uma forma contratual ou funcional de fusão. No *Merger Guidelines* (U.S. Dep’t Just. Merger Guidelines, 49 *Fed. Reg.* 26, 823 – 1984) são descritas as circunstâncias sob as quais serão consideradas possíveis eficiências resultantes da fusão (*merger*) quando da decisão sobre o tratamento conferido à mesma. BLAIR, Roger D. & HARRISON, Jeffrey L. ob. cit.

6 Cf. GALBRAITH, John Kenneth. *American capitalism: the concept of countervailing power*. Boston.: Houghton Mifflin Company, 1952, p. 112.

produzir uma *quantidade de bens ou serviços ofertada superior à situação anterior*, gerando um resultado positivo sob o ponto de vista do bem-estar agregado e do consumidor.⁷

No Brasil, a articulação da tese do poder compensatório é relativamente recente e tem sido aplicada com alguma reincidência no âmbito do mercado de saúde suplementar, dadas as peculiaridades desse mercado, que se refletem em uma nítida segmentação de dois pólos com interesses contrapostos e com grande poder de representação.

Trata-se, em resumo, da coordenação das condutas dos profissionais de saúde – sob o lado da oferta – com o propósito de alinhar valores e condições dos contratos de prestação de serviço oferecidos aos hospitais e planos de saúde – sob o lado da demanda.⁸

É certo, entretanto, que não obstante a preocupação das autoridades de defesa da concorrência com a construção de um conjunto probatório hábil à demonstração de seu argumento, a análise das decisões que versam sobre o tema de poder compensatório proferidas no âmbito do mercado de saúde denuncia a ausência de critérios coesos de análise, exprimindo justificativas incoerentes com a teoria econômica mais recente e até divergentes entre si, que sinalizam para a instabilidade da ordem jurídica.

Nas seções seguintes, procuraremos demonstrar, com base em decisões recentes proferidas no setor de saúde suplementar, a ausência de embasamento uniforme para a aplicação, pelas autoridades de defesa da concorrência, da teoria microeconômica atual como fundamento de legitimidade para articulação da tese do poder compensatório *vis-à-vis* o tratamento conferido às mesmas pelas Cortes internacionais. Antes disso, porém, trataremos de expor as linhas mestras desse mercado. Passemos a elas.

III. Médicos e a negociação coletiva: a Tese do Poder Compensatório aplicada aos ofertantes

O mercado de saúde suplementar apresenta certas peculiaridades, expressas pelas relações contratuais de seus agentes. De um lado, um número

7 Cf. *idem*, *ibidem*.

8 GARÓFALO, Gilson de Lima & CARVALHO, Luiz Carlos Pereira. *Teoria microeconômica*, apud BRUNA, Sérgio Varella. *ob. cit.*, p. 56.

reduzido de operadoras de planos de saúde, e do outro, médicos cada vez mais organizados e com surpreendente poder de representação.

A despeito das inequívocas falhas do modelo de regulação do mercado de saúde suplementar e das respectivas políticas públicas para sua solução, este trabalho se limitará a abordar as conseqüências dessas falhas no aspecto da regulação geral da economia (relações de consumo e antitruste). A articulação entre a regulação setorial e a regulação geral é matéria de alta complexidade e relevância, a ser devidamente explorada em um trabalho futuro.

O setor de saúde no Brasil encontra-se em situação precária, em especial nas grandes cidades, nas quais a população, desassistida, socorre-se ao Sistema Único de Saúde (SUS), que, por sua vez, não tem demonstrado resultados satisfatórios. No Brasil, ultrapassa os 38 milhões o número de pessoas que são cobertas por pelo menos um plano de saúde,⁹ o que corresponde a quase um quarto do número de brasileiros, conforme dados apurados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.¹⁰ De todos os beneficiários, aproximadamente 1,29% são filiados a operadoras de pequeno porte (com até 2000 beneficiários), enquanto a maioria deles – aproximadamente 52,61% – são filiados a operadoras de médio a grande porte (com mais de 100 mil beneficiários).

A elevada concentração dos beneficiários em operadoras de médio a grande porte, de acordo com os dados oficiais, denuncia a dominação do mercado de saúde suplementar, sob o lado da demanda (*upstream*) por entes com considerável poder de mercado.

Assumindo a concentração do mercado pelo lado da demanda, o desentendimento quanto ao reajuste dos valores dos honorários médicos têm levado à coordenação, pelos prestadores dos serviços, das práticas comerciais exigidas nos contratos com os tomadores (sob o lado da oferta ou *downstream*), com vistas a contrapor o poder de mercado original supostamente detido por estes últimos.

Organizados em entidades representativas de médicos, cooperativas, sindicatos, entidades representativas ou organizações médicas, tais profis-

9 BRASIL, Ministério da Saúde, Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS. *Entenda o setor*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>. Acesso em: 6 maio 2005.

10 170 milhões é o número de brasileiros residentes no Brasil. BRASIL, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, 2004. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>> Acesso em: maio 2005.

sionais são munidos de elevado poder de negociação, tendo em vista que a posição que ocupam lhes permite agregar parcela substancial dos prestadores de uma determinada especialidade/localidade, além de serem munidos de mecanismos para imposição dos preços, tais como as ameaças de rescisão e paralisação dos serviços impostas aos tomadores, e de instrumentos eficientes para monitoramento e penalização dos médicos dissidentes de um suposto acordo, que passam por reduções nas cargas horárias, podendo chegar ao descredenciamento da categoria.

De acordo com o CADE, o elevado poder de negociação desses profissionais os habilitariam a contrapor as suas exigências ao poder de mercado original exercido pelos tomadores de serviço, de forma a pleitear por valores de remuneração superiores àqueles então oferecido no mercado, desvirtuando as relações de concorrência então vigentes.¹¹

Com efeito, o CADE tem veementemente condenado a tentativa de imposição pelos médicos de preços acima dos valores competitivos em um dado mercado, argumentando que tal prática enquadrar-se-ia na conduta ilícita de imposição de preços uniformes entre concorrentes, disposta no art. 20, I, II e IV, c/c art. 21, I e II, da Lei 8.884/94.

Nos últimos anos, inclusive, constatou-se o aumento da incidência desse tipo de conduta nos órgãos de defesa da concorrência brasileiros. Especificamente no caso de imposição de tabela de preços uniformes entre concorrentes pelas cooperativas médicas de uma dada especialidade ou associações representativas de médicos – cuja incidência remonta aos tempos dos antigos órgãos controladores dos preços –, as condenações, pelo CADE, têm ganhado robustez a olhos vistos.

As justificativas para tais condenações, em síntese, encontram respaldo no elevado poder de mercado detido pelas associações e entidades congêneres representativas de classes e na plausibilidade dessas para coordenação das condutas entre seus membros, de forma a uniformizarem as variáveis concorrenciais do mercado e praticarem preços em níveis supracompetitivos,

11 A discussão antitruste relacionada ao mercado de Saúde Suplementar passa, inevitavelmente, pela análise da legitimidade e limites de atuação desses *players* no mercado considerado. Já se acredita consolidado o entendimento pelos órgãos de defesa da concorrência nacionais de que sindicatos de profissionais autônomos e entidades representativas de classe não possuem qualquer imunidade à legislação antitruste, sendo a Lei 8.884/94 aplicável a tais entidades irrestritamente.

compartilhando uniformemente os lucros entre os participantes do grupo e produzindo efeitos nefastos no mercado.

Mesmo com o reconhecimento da existência de um poder de mercado original – contra o qual os médicos se contrapõem – e da potencialidade de as condutas mencionadas causarem prejuízos à concorrência, é forçoso reconhecer a existência de situações em que a cooperação horizontal para estabelecimento de preços em resposta ao poder da contraparte *pode* produzir benefícios líquidos para o bem-estar social. Essa é a hipótese que pretende a tese do poder compensatório comprovar e cuja análise depende da dinâmica concorrencial do segmento distribuidor/consumidor final e da interdependência da relação entre os agentes envolvidos, a justificar a análise minuciosa pelas autoridades de defesa da concorrência.

Levando em consideração um panorama concorrencial já imperfeito de mercado, uma interferência antitruste em apenas um dos pólos envolvidos – detentor ou não de poder de mercado –, certamente tenderia à manutenção ou ao reforço de um desequilíbrio já patente.

IV. O tratamento da barganha coletiva dos médicos no Brasil e nos órgãos internacionais

A disciplina da concorrência, no Brasil, surge em um contexto de proteção da economia popular (cf. Decreto-lei 869/38 e Decreto-lei 7.666/45), que lhe atribui “um *caráter instrumental* ainda que vinculado à economia popular e ao consumidor”.¹²

A Lei 8.884/94, justamente, é um meio pelo qual se objetiva a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica,¹³ visando à geração de eficiência no funcionamento dos mercados, a fim de produzir, de acordo com Schuartz, o bem de todos.¹⁴

12 FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998, p. 170.

13 A disciplina da concorrência, no Brasil, decorre, mais diretamente, da norma constitucional que determina a repressão ao “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (CF, art. 173, § 4.º), sendo ainda princípio da Ordem Econômica, articulada com o respeito à livre-iniciativa, função social da propriedade e defesa do consumidor.

14 SCHUARTZ, L. Dogmática jurídica e a Lei 8.884/94. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, 6(23), abr-jun. 1998.

Com efeito, o direito concorrencial brasileiro ostenta forte tradição *welfarista*, segundo a qual as políticas públicas visam, em última instância, à criação de benefícios líquidos ao bem-estar (individual ou social). Esse entendimento converge com a doutrina norte-americana, que – pelo menos em caráter majoritário – igualmente se fundamenta na maximização do *social welfare*.

De acordo com SULLIVAN e GRIMES:¹⁵ “se houver um consenso sobre um objetivo da política de defesa da concorrência, seria que esta deveria visar à eficiência alocativa de bens e serviços”.¹⁶

No Brasil, a análise das decisões recentes do CADE relacionadas ao exercício de poder de barganha em um dos pólos no setor de saúde suplementar denuncia a ausência de critérios coesos para investigação das condutas em estudo. Em que pese a multiplicidade das linhas argumentativas, destaca-se a atuação dos órgãos estatais no sentido da defesa dos direitos sociais e da busca do bem-estar social, com a ausência da análise da dinâmica concorrencial do mercado e das variáveis concorrenciais a fim de se identificar os resultados – potenciais ou reais – advindos de uma suposta prática anticoncorrencial.

Durante muito tempo, a atuação dos prestadores de serviço, quando da influência de condutas concertadas entre concorrentes em um dos pólos de uma cadeia produtiva foi tratada pelo CADE como uma conduta independente, desvinculada do contexto global do mercado.

O voto proferido nos autos do Processo Administrativo 08100.004038/2004-16 explicita com exatidão os limites da preocupação dos órgãos de defesa da concorrência:

“O recorrente, com esse posicionamento impositivo em relação ao uso da tabela, tende a formar um bloco econômico, composto pelos

15 Tradução livre do original: “if there is universal agreement on one antitrust goal, it is that *antitrust should strive for the efficient allocation of society’s available goods and services*”. SULLIVAN, Lawrence A. & GRIMES, Warren S. *The law of antitrust: an integrated handbook*, Saint Paul: The West Group, 2000, p. 12.

16 O Princípio do Bem-estar do Consumidor (*Consumer Welfare Principle*), para Hovenkamp, é o princípio, não inteiramente incontroverso, segundo o qual o objetivo das leis antitruste é prover os consumidores com o melhor leque de produtos de qualidade pelo menor preço possível”. Tradução livre do original “the principle, not entirely uncontroversial, that the goal of the antitrust laws is to provide consumers with the highest possible output of quality goods at the lowest possible price”. HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. Black Letter Series, Glossary.

credenciados, impermeável a pressões competitivas e garantidor de vantagens idênticas aos integrantes. Essa prática, que se destaque, elimina negociação individual e dificulta o funcionamento de operadoras naquele mercado relevante que não adotem a CBHPM. Afora isso, a obtenção de resultados uniformes com a colusão acaba por abater a livre concorrência, assim como elimina os mecanismos normais de constituição de preços no mercado, de acordo com as regras da oferta e da procura. *Esses são indícios suficientes de prejuízo à ordem econômica e às relações de mercado*” (grifos nossos).¹⁷

Uma análise como a presente produz evidentes prejuízos, tendo em vista que a interferência antitruste em apenas um dos pólos da cadeia produtiva tende a piorar uma situação já distorcida de mercado.

Em um voto diferente, proferido no bojo do Processo Administrativo que tinha como objeto a análise de conduta supostamente anticoncorrencial praticada pela Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas do Ceará,¹⁸ o Conselheiro do CADE Luiz Carlos Delorme Prado entendeu legítima a conduta dos médicos de se associarem em cooperativas visando à imposição de condições contratuais uniformes perante o tomador do serviço.

O fundamento da permissividade era a legitimidade da busca pelos médicos por melhores condições comerciais, denunciando postura claramente assistencialista, independentemente de uma análise dos mercados relacionados ou das potenciais conseqüências jurídicas das práticas denunciadas.¹⁹

17 Nesse mesmo sentido, vide os julgados PA 08012.004372/2000-70, PA 08000.027395/95-80, PA 53/92, PA 145/93, PA 155/94, PA 08000.011520/94-40, PA 170/94, PA 08000.020425/96-71 e PA 08000.011517/94-35.

18 Em passagem da decisão: “Uma conduta legítima e amparada pela Constituição não pode ser considerada cartel. A associação profissional, prevista no art. 8.º da Constituição Federal, pode e deve promover os interesses de sua categoria. *A negociação conjunta dos médicos por meio da cooperativa não é prática de cartel, senão poderíamos chegar ao absurdo de considerar cartel a negociação de salários por meio das centrais sindicais.* Por outro lado, a atuação conjunta das empresas de plano de saúde por meio do Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde – CIEFAS me fornece indícios de conduta concertada, no sentido de agirem como monopsonio, ou seja, únicos compradores dos serviços prestados pelos médicos.”. Processo Administrativo 08012.003664/2001-92, j. 11.06.2001.

19 A intervenção do Estado em defesa dos interesses dos sindicatos tinha como objetivo prioritário a proteção do empregado em face dos empregadores, visando a pôr obstáculos à autonomia da vontade. Esse é o princípio da proteção social ao empregado,

Recentemente, a tese do poder compensatório vem ganhando espaço no Brasil, ainda que de forma tímida. Em um julgamento recente – que se deu no bojo do Processo Administrativo 08012.007042/2001-33, que pode ser considerado com segurança o que recentemente hospedou discussões mais significativas a respeito da tese aventada – a tese do poder compensatório foi amplamente discutida pelos Conselheiros, para fins de eventual admissibilidade da conduta denunciada.

A análise acurada dos votos, todavia, demonstra a divergência de entendimentos sobre a aplicação dessa tese pelos próprios Conselheiros. No voto do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, particularmente, constata-se a presença da praxis das autoridades de defesa da concorrência de tomar a detenção do poder de monopsonio como um *dado da realidade*, em face do qual seriam analisadas a presença de condições de admissibilidade para a ação concertada do lado dos médicos.²⁰

Para os norte-americanos, a tese do poder compensatório é utilizada como tese secundária. O aspecto decisivo para a avaliação da licitude de ações conjuntas envolvendo médicos em negociação com planos de saúde consiste no fato de *ela ser ou não necessária para a proteção do consumidor*. O argumento principal se consubstancia na hipótese de essa conduta ser potencialmente hábil a gerar aumento dos custos da saúde para os consumidores finais.

A tolerância com o profissional médico nos termos da legislação antitruste norte-americana somente seria cabível se a conduta praticada servir ao propósito de proteger o consumidor. Esse fato, explica o Conselheiro

que resulta de normas imperativas e, portanto, de ordem pública. SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*, 21. ed., São Paulo: LTr, 2004, v. 1, p. 144.

- 20 Em passagem do voto expedido pelo Conselheiro Furquim, extrai-se a seguinte passagem: “Do exposto, conclui-se que a conduta uniforme na comercialização é admissível em condições bastante restritivas: a) existência de forte assimetria de negociação *ex ante* e em desfavor daqueles que buscam se coordenar; b) que a coordenação horizontal resulte em uma mudança do padrão de negociação, de descentralizada para uma barganha unilateral; e c) que aquilo que seria um ‘pode compensatório’ não inverta a relação de assimetria que é o pressuposto para a sua tolerância. Nesse último ponto, é importante avaliar se a cooperativa ou entidade associativa não emprega estratégias de retaliação àqueles que não sigam o comportamento cooperativo, de coação de seus membros ou mecanismo voltados a restringir as possibilidades de concorrência por parte daqueles que ela pretende representar”.

Schuartz no voto expedido no Processo Administrativo 08012.007042/2001-33 – alinhando-se às teorias aplicadas pelas agências de defesa da concorrência norte-americanas – justificaria, por exemplo, “por que eventuais exercícios de *poder de monopólio*” (como o exercido pelos tomadores de serviço) “que venham a afetar negativamente a qualidade dos serviços médicos prestados ao consumidor são condenáveis de acordo com a lei antitruste e não devam ser simplesmente tomados como dados da realidade”.²¹

Deveras, de acordo com Schuartz:

“Em particular, mesmo as eventuais assimetrias de poder de negociação entre médicos e os ‘grandes planos de saúde’ não são suficientes para legitimar ações concertadas por parte dos primeiros quando à fixação dos preços cobrados pela prestação de seus serviços. *Ainda que seja “compreensível”, a ação concertada de médicos “visando simplesmente contrabalancear o poder de barganha dos planos de saúde” tenderia apenas a incrementar os custos para os consumidores finais.*

(...)

Se for o caso de os médicos individualmente considerados estarem rendidos ao poder de monopólio dos planos de saúde (algo a se verificar empiricamente e não, se assumir *a priori*), e se isso vier a afetar negativamente a quantidade ou qualidade dos serviços prestados para o consumidor final, então *o único remédio consistente com a legislação antitruste é punir o exercício do poder de monopólio* (enquanto caso particular de exercício de poder de mercado) *e jamais incentivar, ou pior: reconhecer imunidade, a condutas concertadas por parte dos médicos*” (g.n.).²²

A forte incorporação da teoria microeconômica como fundamento de legitimidade da aplicação da legislação antitruste sugere que a autoridade esteja munida de condições para a determinação das variáveis microeconômicas hábeis a constatação de eventuais exercícios de poder de mercado pelos agentes econômicos. Há de se considerar, ainda, os efeitos da ação do monopsonista no mercado a montante e a conseqüente redução dos preços,

21 Em voto proferido no PA 08012.007042/2001-33: União Nacional das Instituições de Autogestão em Saúde – UNIDAS X Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia – COOPANEST/BA, j. 26.04.2006.

22 Voto proferido no PA 08012.007042/2001-33.

bem como a provável apropriação, por este, das margens obtidas e os elevados custos sociais.

IV.2. Posicionamento das Cortes Internacionais

Em 1996, a Federal Trade Commission (FTC) e o Department of Justice (DoJ), agências responsáveis pela política de defesa da concorrência nos Estados Unidos, editaram um guia de análise para orientar os prestadores de serviço médico acerca das diferenças entre arranjos contratuais considerados ilegais *per se* e colaborações admitidas.²³ De forma geral, as agências deixaram claro que seriam admitidos apenas os arranjos colaborativos entre médicos que implicassem um elevado nível de integração clínica, efetivo compartilhamento de riscos entre os médicos e, acima de tudo, ausência de poder de mercado, que pudessem resultar em benefícios líquidos para o consumidor.

O *leading case* para casos de restrições horizontais no mercado de saúde, nos Estados Unidos, foi o *Arizona v. Maricopa County Medical Society*,²⁴ cujo objeto é a denúncia em desfavor de duas entidades médicas sem fins lucrativos localizadas em Arizona, que fixavam os preços para os serviços médicos prestados. As entidades – *Maricopa Foundation* e *Pima Foundation* – filiavam juntas parcela considerável (ao redor de 70%) dos médicos do mercado geográfico considerado.

Em 18 de junho de 1982, a Suprema Corte, por decisão de 4 a 3 votos, manifestou sua postura no sentido de se tratar a conduta praticada de uma fixação de preços horizontal considerada ilegal *per se*, independentemente de qualquer provável justificativa dos Representados. No caso em apreço, a legislação antitruste foi considerada violada porque houve restrição de preços tendente a remunerar uniformemente todos os médicos, a despeito das diferenças relativas à capacidade técnica, experiência, prática de procedimentos inovadores e de maior grau de risco e dificuldade em procedimentos específicos, reduzindo incentivos de novos entrantes no mercado, inovações e experimentos pelos profissionais.²⁵

23 Cf. U.S. DoJ e FTC, *Revised statements of antitrust enforcement policy in health care*. Disponível em: <www.ftc.gov/reports/hlth3s.htm>.

24 457 U.S. 332. Justice Stevens delivered the opinion of the Court.

25 Tradução livre do original: “innovative forms of health care financing and delivery are critical to lower costs and increased efficiency in the health care industry”.

Não obstante a decisão não ilustre com exemplos, o interesse em atrair novos entrantes, o desenvolvimento, as inovações, entre outras, são características de extrema importância para a indústria de saúde. De acordo com WELLER,²⁶ formas inovadoras de prestação de serviços médicos são fundamentais para a redução dos custos e aumento da eficiência no mercado de saúde.

No caso em apreço, apesar de a Corte ter achado provável que a ação dos Representados pudesse anular o alegado poder de mercado dos planos de saúde que teriam motivado a sua atuação, ainda assim condenou a conduta dos Representados pelo fato de *não considerar crível que as eficiências decorrentes dessa fixação horizontal de preços pudesse beneficiar os consumidores*.²⁷

Para HOVENKAMP: “Talvez a área mais problemática (do direito da concorrência) seja os acordos de compras conjuntos, que geram economias de custo, mas podem ainda facilitar fixação de preços pelo comprador. Nesses casos, as autoridades devem procurar determinar se os administradores das empresas investigadas encorajam os membros a comprarem o máximo de sua capacidade – o que é geralmente inconsistente com referida conduta – ou os encorajam a conter suas compras – o que seria altamente suspeito”.²⁸

Deveras, várias foram as formas identificadas pelas quais o exercício do poder de barganha pelos médicos pode prejudicar consumidores e

Ainda nesse sentido: “As restrições de preços podem desencorajar a entrada de novos *players* no mercado e obstar inovações e desenvolvimentos pelos prestadores individuais”. Tradução livre do original: “The price restraint may discourage entry into the market and may deter experimentation and new developments by individual entrepreneurs”.

26 WELLER, Charles D. *Antitrust and Health care: provider controlled health plans and the Maricopa decision*, Boston: Boston University School of Law, 1982.

27 Court’s fn. 29, apud. MORGAN, Thomas D. *Modern antitrust law and its origins*, 2. ed., Saint Paul: West Group, 2001, p. 542.

28 Tradução livre do original: “Perhaps the most problematic area is joint purchasing arrangements, which create a significant potential for cost savings but may also facilitate buyer price fixing. In such case the decision maker should try to determine whether the defendants’ managers are encouraging members to purchase as much as possible, which is generally inconsistent with buyer price-fixing; or encouraging them to suppress their buying, which is highly suspicious”. HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*, St. Paul: West Group, 1999.

outros participantes do sistema de saúde, sem gerar qualquer benefício ao consumidor. Entre as hipóteses elencadas, as de maior relevo – aplicáveis ao sistema de saúde brasileiro – são: (i) elevação dos preços a consumidores e adquirentes dos serviços; (ii) elevação das despesas extraordinárias e elevação das despesas não-reembolsáveis; (iii) diminuição dos benefícios e elevação dos custos; (iv) redução dos benefícios aos consumidores de idade mais avançada, e (v) aumento do número de não-segurados, dado o aumento estrondoso dos custos dos serviços médicos particulares.

Nesse sentido, as agências firmaram postura – em linha com a tese defendida pelo Conselheiro Schuartz em seu voto – no sentido de que *as medidas antitruste para prevenir o exercício do poder de monopólio são mais benéficas do que a outorga de permissão para o exercício do poder de monopólio de forma compensatória (countervailing power)*.

Robert Pitofsky, *ex-Chairman* do FTC, nesse sentido, dispõe que “a resposta mais eficiente para o excesso de poder de compra não é permitir o exercício de poder compensatório, mas tentar *prevenir o acúmulo de excesso de poder de compra original*”.²⁹ (g.n.)

A despeito da postura das agências norte-americanas,³⁰ e da oposição do FTC às propostas legislativas em sentido contrário – justificadas pelo provável aumento nos custos da prestação de serviços médicos –, há correntes que consideram legítima, *a priori*, a negociação conjunta desses profissionais autônomos para pleitear melhores condições de trabalho.

Em estudo adstrito à racionalidade sob o ponto de vista econômico da formação de negociação cooperativa no mercado de prestação de serviços médicos norte-americanos,³¹ em contraposição ao poder de monopólio

29 Tradução livre do original: “The most effective response to the emergence of excessive buyer power is not permit the aggregation of some form of countervailing power. Rather, *the appropriate response is to try to prevent the aggregation of excessive buying powers in the first place*”. PITOFSKY, Robert. Thoughts on leveling the playing field. In: *Health care markets, remarks before the National Health Lawyers Association*, Twentieth Annual Program on Antitrust in the Health Care Field, Feb. 13, 1997. Disponível em: <http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/nhla.htm>.

30 BLAIR, Roger D. & COFFIN, Kristine L. Physician collective bargaining: State legislation and the State doctrine. 26 *Cardozo L. Rev.*, 1731. Yeshiva University, abr. 2005.

31 Constata-se que no sistema de saúde norte-americano são preponderantes os chamados *managed care*, que é uma modalidade de plano introduzida nos anos 1980,

detido pelos tomadores dos serviços, BLAIR e COFFIN³² concluíram que a negociação coletiva dos médicos *pode* produzir aumento no bem-estar social *sob determinadas circunstâncias*. A justificativa de tal legitimação é dada pela *racionalidade econômica da exploração dos médicos pelos planos de saúde (managed care plans)*.³³

“Um claro propósito dos esforços legislativos é equalizar o poder compensatório entre médicos e planos de saúde. Nesse sentido, o exercício da barganha coletiva será permitido somente nas áreas geográficas onde o segurador detiver algum (não-específico) grau de poder de compra dos serviços de saúde”.³⁴

BLAIR e COFFIN defendem a idéia de que a negociação coletiva pode produzir aumento no bem-estar social desde que resulte em aumento de oferta. Diversamente, se o *managed care não for detentor de poder de monopsonio*, a negociação coletiva tornará as coisas ainda piores, com a queda do bem-estar social e da disponibilidade do serviço, bem como o aumento do valor do seguro.

“Na hipótese de o mercado de prestação de serviço médico ser competitivo do lado na oferta e monopsonista do lado da demanda, os acordos horizontais (*countervailing power*) produzirão resultados econômicos positivos. A estrutura de mercado então montada é conhecida

abrangendo, em meados de 1993, mais de 70% da população do país. Por meio desse sistema foram criadas novas fórmulas de seleção e reembolso dos provedores, além de forma de monitoramento dos seus serviços. Esse foi o sistema responsável pela introdução da competição no setor de prestação de serviços médicos nos Estados Unidos.

32 BLAIR, Roger D. & COFFIN, Kristine L. ob. cit.

33 Deveras, no desiderato de uniformizar os poderes de mercado entre os dois pólos, os médicos de Alaska, New Jersey e Texas convenceram seus Estados de que como os *managed care plans* detinham poder de monopsonio, são munidos de capacidade de impor preços a níveis infracompetitivos. Por consequência, foram elaboradas leis permissionárias da negociação coletiva dos médicos por melhores condições relacionadas a preços e outras variáveis dos contratos.

34 Tradução livre do original: “One clear purpose of there legislative efforts is to equalize the bargaining power between physicians and managed care plans. Accordingly, collective bargaining is authorized only in geographic areas where an insurance carrier has some (unspecified) degree of market power in purchasing health care services”. BLAIR, Roger D. & COFFIN, Kristine L. ob. cit.

como *monopólio bilateral* (isto é, monopólio sob o lado da oferta e monopsonio sob o lado da demanda). Considerando que dois ‘errados’ raramente produzem um ‘certo’, a legislação (permissionária do poder compensatório) pode parecer contra-intuitiva, mas acrescentar um monopólio ao monopsonio de fato produz bem-estar social”.³⁵ (g.n.)

O panorama é completamente diferente, contudo, na hipótese de exercício de poder de monopólio pelos médicos em um mercado competitivo sob o lado da demanda, cujos efeitos são o aumento dos preços e a diminuição da qualidade e quantidade dos serviços prestados:

“Se aos médicos for dada liberdade para barganharem coletivamente com planos de saúde e outros compradores competitivos, eles terão habilidade de maximizar os preços e oferecer a quantidade respectiva. Essa alternativa diminui o bem-estar social. Ademais, a quantidade diminui respectivamente, o que significa que menos serviços de saúde serão disponibilizados e que pacientes terão dificuldades de acesso a eles. Ademais, ausente poder de mercado, os custos altos incorridos pelos operadores de planos de saúde elevarão os custos médios e marginais dos planos de benefício. Esses custos altos refletirão em prêmios mais caros. Em resumo, percebemos ganhos dos médicos (por receberem pagamentos maiores e trabalhando menos) às expensas dos pacientes – que ganharão mais e receberão menos em retorno – e dos operadores de planos de saúde, que incorrerão em custos mais elevados, com oferta reduzida”.³⁶

35 Tradução livre do original: “When the market for health care services is competitive on the supply side and monopolistic on the buying side, cooperative bargaining by health care providers *will have beneficial results*. Indeed, health care providers will behave as a cartel or a collusive monopoly, but the economic results will be positive. The consequent market structure is known as bilateral monopoly, i.e., (collusive) monopoly on the selling side and monopsony on the buying side. Since two wrongs seldom make a right, the legislation may seem counterintuitive, but adding monopoly to countervail monopsony actually improves matters in terms of social welfare”. BLAIR, Roger D. & COFFIN, Kristine L. ob. cit.

36 Tradução livre do original: “If physicians are given the freedom to bargain collectively with competing health plans and other buyers, they will be able to command the collusive profit maximizing price and supply the corresponding quantity. This solution involves a reduction in social welfare. Moreover, the quantity declines as well, which means that fewer health care services will be available, i.e., patient access will be impaired. Furthermore, absent monopsony power, the higher cost incurred

A não-realização dos ganhos com os negócios não celebrados provocados pelo exercício de poder de mercado individualmente por um dos pólos da cadeia pode provocar perdas alocativas, como aquelas que ocorrem nos casos de fixação de preço típicos, a redução do bem-estar social (*reduction of the social welfare*) e perda de bem-estar alocativo (*deadweight welfare loss*). Eis o custo social da ineficiência!³⁷

A análise econômica e dos precedentes legais, contudo, dão suporte à aplicação de um *flexível padrão per se* para os acordos de compra conjunta (*joint buying agreements*). Nos termos desse padrão, os acordos horizontais de fixação de preço entre compradores serão ilegais *per se*, salvo se os Representados demonstrarem que resultaram em eficiências, bem como que essas eficiências podem ser obtidas exclusivamente por meio desse acordo horizontal, que força os preços abaixo dos níveis competitivos. Se os Representados tiverem êxito nesse argumento, o acordo poderá ser objeto de aplicação da regra da razão (*rule of reason analysis*).

Os efeitos do monopsonio podem ser compensados com a integração horizontal no elo fornecedor. No caso abordado no presente, a formação de bloco pelos profissionais com o propósito de negociação coletiva pode ser caracterizada como uma hipótese de integração monopolística.

BLAIR e HARRISON³⁸ justificam ser apropriada a comparação entre as negociações conjuntas e as fusões, aproximando o engajamento em compra conjunta a uma forma contratual ou funcional de fusão. No *Merger Guidelines*³⁹ são descritas as circunstâncias sob as quais serão consideradas possíveis eficiências resultantes da fusão (*merger*) quando da decisão sobre o tratamento que lhe é conferido.

by health insurers will raise both average and marginal costs of the health benefit plans. These higher costs will necessarily be reflected in higher insurance premiums. To summarize these results, we see that physicians gain (by receiving higher fees and working less) at the expense of patients, who will pay more and receive less, and health insurers, who will incur higher costs and sell fewer policies". BLAIR, Roger D. & COFFIN, Kristine L., ob. cit.

37 Para estudo aprofundado sobre o exercício de poder de monopsonio, vide BLAIR, Roger e HARRISON, Jeffrey. Antitrust policy and monopsony, cit., e Cooperative buying, monopsony power and antitrust policy, cit.; DOBSON, Paul, WATERSON, Michael, CHU, Alex, ob. cit.

38 BLAIR, Roger D. & HARRISON, Jeffrey L. Public Policy: Cooperative buying, monopsony power and antitrust policy. 86 *Nw. U.L. Rev.* 331.

39 U.S. Dep't Just. Merger Guidelines, 49 *Fed. Reg.* 26, 823 (1984).

Serão rejeitadas quaisquer justificativas de eficiência para a aprovação da conduta se os mesmos resultados puderem ser alcançados pelas partes *por meios menos restritivos*.

Podem decorrer benefícios líquidos ao bem-estar social de uma dada coordenação horizontal de forma compensatória, quando o resultado for uma quantidade de bens ofertados *superior à situação anterior*.

Afirmam BLAIR e COFFIN⁴⁰ que, na hipótese de *monopólio bilateral* – i.e., um único comprador e vendedor em um dado mercado – considerando que monopolista e monopsonista não podem explorar o mercado *simultaneamente* às custas um do outro, teriam que *cooperar* para gerar lucros superiores àqueles que eram obtidos quando ausente a cooperação. Essa cooperação pode gerar aumento da oferta, produzir eficiências e beneficiar os consumidores, uma vez que os benefícios são compartilhados com o mercado.

V. Conclusão: A ausência de critérios coesos da análise das condutas concertadas pelo CADE – desafios para a política de defesa da concorrência

O presente trabalho teve como preocupação fundamental apontar para a falta de critérios coesos para a análise dos casos de coordenação de conduta horizontal de forma compensatória no mercado de saúde suplementar – ora utilizado como paradigma por conta da presença de pólos marcados com elevado poder de mercado e da multiplicidade de ações conflituosas nesse segmento.

A análise minuciosa dos casos submetidos às autoridades de defesa da concorrência demonstra a presença de uma forte tradição *welfarista*, que reflete a ausência de um padrão analítico de investigação dos efeitos decorrentes de uma suposta prática delituosa e, principalmente, da dinâmica concorrencial do mercado, hábeis a constatar possíveis eficiências decorrentes de uma dada conduta concertada.

Os critérios ora utilizados pelas autoridades antitruste para a investigação da coordenação horizontal no mercado em referência obsta a articulação da tese do *countervailing power* desenvolvida por Galbraith, que tem por princípio uma investigação antitruste dinâmica e global dos mercados relacionados à prática investigada.

40 BLAIR, Roger D. & COFFIN, Kristine L., ob. cit.

Assim desguarnecido de um procedimento claro de análise, o aparato regulatório produz decisões divergentes entre si e do posicionamento internacional corrente, demonstrando-se, *ipso facto*, enfraquecido e inapto a alcançar um resultado ótimo sob o prisma concorrencial.

Foi só recentemente que o procedimento de análise das condutas referidas ganhou contribuições relacionadas à tese do poder compensatório, aproximando-se da experiência internacional – mais antiga e alinhada com as teorias industriais mais modernas.

É certo que a investigação antitruste é feita caso a caso, e que o direito administrativo é regido pelo princípio da formalidade moderada. Essa flexibilidade, contudo, não justifica a ausência de parâmetros consolidados de investigação das condutas supostamente deletérias à concorrência.

É notório que toda investigação no contexto de um procedimento de aplicação do direito demanda regras claras e coerentes. No direito antitruste não pode ser diferente. A investigação de uma conduta supostamente anticoncorrencial deve seguir critérios rígidos que visam a sistematizar a praxis para a aplicação da norma jurídica, contribuindo para torná-la estável, certa, previsível e calculável.

Esse é o princípio da segurança jurídica, que representa a garantia de *estabilidade da ordem jurídica*, estabilidade esta que se manifesta, sobretudo, na proteção dos direitos adquiridos, na garantia da imutabilidade das situações decididas definitivamente e, principalmente, na igualdade da aplicação do direito a todos. Particularmente no direito concorrencial, a importância desse princípio toma contornos bastante nítidos na órbita econômica, uma vez que sua ausência produz insegurança institucional que se reflete em desestímulos a novos investimentos.

A forte incorporação da teoria microeconômica neoclássica como fundamento de legitimidade da aplicação da legislação antitruste confere à autoridade cobertura teórica e metodológica suficiente para desenvolver parâmetros eficazes de investigação e julgamento diante de uma conduta supostamente anticoncorrencial. Esse é o atual desafio da política de defesa da concorrência: integrar o direito antitruste com outros instrumentos da política industrial, de forma a sistematizar os critérios de apreciação das práticas supostamente infrativas à concorrência, visando à produção de bem-estar social líquido e afastando a ineficiência do julgamento casuístico, de modo a gerar segurança aos Administrados.

Bibliografia

- AZEVEDO, Paulo Furquim. *Poder compensatório: coordenação horizontal na defesa da concorrência*. Artigo acadêmico publicado durante o XXXIV Encontro Nacional de Economia. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/>.
- BLAIR, Roger D.; COFFIN, Kristine L. Physician collective bargaining: State legislation and the State action doctrine. 26 *Cardozo L. Rev.* 1731, abr. 2005.
- BLAIR, Roger D.; HARRISON, Jeffrey. Antitrust policy and monopsony. 1991, 76 *Cornell L. Rev.* 297.
- _____; _____. Cooperative buying, monopsony power and antitrust policy, 1992, 86, *Nw. UL. Rev.* 331.
- BRASIL, Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>.
- BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE, Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, BRASIL. *Entenda o setor*. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br>>.
- BRASIL, MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. *Orçamento e gestão, BRASIL: 2004*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>> Acesso em: maio 2005.
- BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. 1. ed. São Paulo: RT.
- DOBSON, Paul; WATERSON, Michael; CHU, Alex. The welfare consequences of the exercise of buyer power. *Research Paper 16*. Office of Fair Trading, 1998.
- FEDERAL TRADE COMMISSION e DEPARTMENT OF JUSTICE. *Antitrust Guidelines for collaborations among competitors*. Issued by the FTC and DOJ, April, 2000. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>>.
- FEDERAL TRADE COMMISSION e DEPARTMENT OF JUSTICE. *Revised statements of antitrust enforcement policy in health care*. Disponível em: <www.ftc.gov/reports/hlth3s.htm>.
- FEDERAL TRADE COMMISSION e DEPARTMENT OF JUSTICE. Improving health care: a dose of competition. A report by the Federal Trade Commission and the Department of Justice. Jul. 2004. *Chapter 2: Industry Snapshot and Competition Law: Physicians*. Disponível em: <<http://www.ftc.gov>>.
- FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: RT, 1998.
- GALBRAITH, John Kenneth. *American capitalism: the concept of countervailing power*. Boston: Houghton Mifflin Company, 1952.
- GELHORN, Ernest. *Antitrust law and economics in a nut shell*. 3. ed. 1984.

- GOLDBERG, Daniel. *Poder de compra e política antitruste*. São Paulo: Singular, 2006.
- HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy – the law of competition and its practice*. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.
- MORGAN, Thomas D. *Modern antitrust law and its origins*. 2. ed. St. Paul, Minn.: West Group, 2001.
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Liberal professional presentation international league for competition law. Barcelona, 2003. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/competition/liberalization/conference/barcelona_finalspeech.pdf>.
- PITOFISKY, Robert. Thoughts on leveling the playing field. In: *Health care markets, remarks before the National Health Lawyers Association, Twentieth Annual Program on Antitrust in the Health Care Field*. Feb. 13, 1997. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/pitofsky/nhla.htm>>.
- SCHUARTZ, Luiz Fernando. Dogmática jurídica e a Lei 8.884/94. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 6(23), abr.-jun. 1998.
- _____. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz et al. *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.
- STIGLER, George. A. Teoria da regulação econômica. In: MATTOS, Paulo et al. *Regulação econômica e democracia. O debate norte-americano*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- SULLIVAN, Lawrence A. & GRIMES, Warren S. *The law of antitrust: an integrated handbook*, Saint Paul: The West Group, 2000.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: LTr, 2004.
- WELLER, Charles D. *Antitrust and health care: provider controlled health plans and the Maricopa decision*. Boston: Boston University School of Law, 1982.



DEFESA DA CONCORRÊNCIA: O EXERCÍCIO DOS DIREITOS DE DESENHO INDUSTRIAL SOB A ÓTICA DA LEI 8.884/94 (O CASO DAS AUTOPEÇAS)

Renato Dolabella Melo

Resumo: O presente trabalho pretende analisar, sem a pretensão de esgotar a matéria, a questão hoje debatida entre as montadoras de veículos e os fabricantes independentes de autopeças, no que diz respeito ao exercício de direitos de desenho industrial por parte dos primeiros, sob o ponto de vista da Defesa da Concorrência. De um lado, as montadoras de veículos alegam exercício regular de direito ao exigir, inclusive por meio de ações de busca e apreensão, que peças para seus automóveis, como faróis, lanternas e calotas, todas registradas como desenho industrial perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, não sejam reproduzidas ou vendidas por terceiros. De outro lado, os fabricantes independentes de autopeças, que são diretamente atingidos por essa atitude das montadoras, argumentam que a restrição provocada pelos registros de desenho industrial, no caso, é prejudicial à concorrência, inclusive gerando aumentos exagerados de preços e causando prejuízos também aos consumidores. Dentro desse contexto, este trabalho acadêmico analisará o exercício do direito individual relativo ao desenho industrial no ambiente concorrencial.

I – O Caso Montadoras x Fabricantes de Autopeças

O caso ora analisado consiste na discussão, no mercado brasileiro de peças de reposição para veículos, entre montadoras de automóveis (como a Ford, a Fiat e a Volkswagen) e fabricantes independentes de autopeças. As primeiras passaram a pleitear o registro de Desenho Industrial junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI de partes dos veículos que fabricam, como faróis, lanternas e calotas, tendo obtido êxito em vários casos.

Com base nesses registros de Desenho Industrial, foram ajuizadas ações visando impedir a fabricação e a venda dessas peças por terceiros não autorizados pelas montadoras, sob a alegação de ofensa a direitos de Propriedade Industrial, previstos na Lei 9.279/96. Foram, inclusive, intentadas ações de busca e apreensão com o objetivo de recolher material produzido por diversos

fabricantes independentes de autopeças, como os já citados faróis, lanternas e calotas, sob a argumentação de que a cópia do *design* protegido por meio de registros de Desenho Industrial não poderia ser realizada sem a anuência das montadoras, titulares desses privilégios junto ao INPI.

Tais ações ainda tramitam perante a Justiça, não tendo sido produzido entendimento definitivo por parte do Poder Judiciário quanto à questão.

Os fabricantes independentes de autopeças, por sua vez, alegam, por meio da Anfape – Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças, que a conduta das montadoras seria lesiva à concorrência e, portanto, ilícita. Apontam fenômenos semelhantes nos Estados Unidos, União Européia e Austrália, bem como movimentos no sentido de permitir a conduta dos fabricantes independentes.

Entre os argumentos da Anfape, é alegada “uma diferença muito alta nos preços oferecidos nas peças de reposição vendidas em concessionárias credenciadas pelas montadoras e em oficinas independentes”.¹ Com base em parecer proferido pelo Professor José Tavares de Araújo Júnior, é também apresentada uma tese que defende a limitação das prerrogativas oriundas do desenho industrial ao mercado primário das montadoras, qual seja a comercialização de veículos. O mercado secundário, composto pelo fornecimento de peças de reposição, não estaria abarcado pelos privilégios de Propriedade Industrial relativos ao caso, segundo o parecerista:

“O lançamento de novos modelos inaugura diversos nichos no mercado de reparação, que serão disputados pelos (FIAPs (Fabricantes Independentes de Autopeças) através de engenharia reversa, visando oferecer peças mais baratas e eventualmente mais duradouras. Na ausência dessa pressão competitiva, cada montadora se tornaria um monopolista no mercado de reparação, com o poder de controlar tanto os custos de manutenção quanto a vida útil do veículo. *O terceiro ponto refere-se ao alcance dos direitos de propriedade intelectual sobre autopeças originais, cuja legitimidade se restringe ao mercado primário.* Neste mercado, aqueles direitos constituem um instrumento de competição importante, que estimula a inovação tecnológica ao proteger os investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D) realizados pelas montadoras, assegurando assim, ainda que transitoriamente, a exclusividade de determinados atributos de um veículo recém-lançado.

1 Trecho da representação submetida pela Anfape à SDE.

Entretanto, *a tentativa de estender a validade das patentes (sic) de autopeças originais ao mercado de reparação de veículos poderia ser caracterizada como uma restrição vertical imposta pelas montadoras a fim de excluir os FIAPs do mercado*” (ARAÚJO JÚNIOR, 2006, p. 01 – g.n.).

Tal matéria certamente será objeto de análise por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, dados os seus relevantes impactos econômicos. A Anfape, inclusive, já se manifestou publicamente no sentido de submeter à Secretaria de Direito Econômico – SDE representação contra a conduta das montadoras.

Os argumentos apresentados tanto pelas montadoras quanto pelos fabricantes independentes de autopeças serão especificamente analisados ao longo deste trabalho.

Sucintamente contextualizado o caso, devemos prosseguir analisando os institutos jurídicos aplicáveis à espécie, destacadamente as disposições das Leis 8.884/94 e 9.279/96, respectivamente quanto à Defesa da Concorrência e desenho industrial.

II – Desenho Industrial: Natureza e Conceito

O desenho industrial é uma espécie do gênero Propriedade Industrial, distinta de patentes e marcas, estando previsto no Título II da Lei 9.279/96. Seu conceito encontra-se no art. 95 daquela lei:

“Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial”.

Trata-se, portanto, de espécie autônoma destinada exclusivamente à proteção de *design* aplicado a um produto, não sendo contemplada, por esse registro, qualquer funcionalidade do objeto, matéria essa abarcada pelo depósito de patentes. É limitada à estética do objeto. Segundo Susana Serrão Guimarães:

“Considera-se desenho industrial a configuração ornamental externa de um produto industrial ou um padrão gráfico aplicado a um produto. Os desenhos industriais protegem o *design* externo de um

produto, independentemente de seu funcionamento, isto é: a forma externa é protegida pelo registro de desenho industrial, o funcionamento do objeto é protegido por patente” (GUIMARÃES, 2005, p. 25).

No campo dos automóveis, o *design* e o desenho industrial têm importante papel, pois buscam gerar e proteger, respectivamente, um diferencial competitivo buscado pelas montadoras, de modo a incrementar o desejo do consumidor por seus produtos:

“Dentro do atual panorama de valores atribuídos aos objetos de consumo, no topo da hierarquia dos objetos que simbolizam poder e *status*, situam-se por exemplo os automóveis, cujas linguagens de *design* neles aplicadas são constantemente mudadas, principalmente, para atender à avidez de sofisticação dos mercados a fim de sustentar os níveis de competitividade” (CUNHA, 2003, p. 150).

O requerente de um desenho industrial deve solicitar o seu registro perante o INPI, nos termos do art. 101 e ss. da Lei 9.279/96 e do Ato Normativo 161/2002 daquela autarquia. O prazo de proteção é de 15 (quinze) anos contados do depósito do pedido, prorrogáveis por mais 03 (três) períodos sucessivos de 05 (cinco) anos cada, conforme o art. 108 da Lei 9.279/96.

Interessante notar, dessa forma, que um registro de desenho industrial poderá ter um prazo total de proteção de 25 (vinte e cinco) anos, superior, inclusive, aos concedidos aos titulares de patentes de invenção – 20 (vinte) anos – e de modelo de utilidade – 15 (quinze) anos. Tendo em vista que a eficiência do desenho industrial em gerar uma vantagem concorrencial para seu titular está intimamente ligada à moda que permeia o produto, cabe ainda indagar se o prazo de proteção legal não seria muito extenso. É da própria natureza do *design* a evolução constante, com a conseqüente mudança acelerada no padrão que dita a moda. Assim, é perfeitamente possível que um registro de desenho industrial ainda vigente possa não mais gerar uma vantagem a seu titular, caso o *design* tenha ficado ultrapassado e não seja mais objeto de desejo pelos consumidores.

Contudo, cabe destacar que, no caso das montadoras de veículos, o lançamento de novo modelo de automóvel, com *design* distinto do anterior, não torna livre o acesso à cópia dos registros de desenho industriais antigos, caso o prazo de proteção destes ainda esteja vigente. Os privilégios das montadoras se mantêm mesmo nessa hipótese, devendo eventuais terceiros não autorizados que desejem utilizar o *design* aguardar o decurso de tempo necessário para que aquele desenho entre em domínio público ou a ocorrência de alguma outra

hipótese de extinção do registro. Em suma: os fabricantes independentes de autopeças não podem alegar a mudança de modelo do veículo para utilizar os desenhos industriais protegidos sem autorização dos titulares.

Não é outra a conclusão quando analisamos o art. 119 da Lei 9.279/96, que trata das hipóteses de extinção do registro de desenho industrial:

“CAPÍTULO VIII

DA EXTINÇÃO DO REGISTRO

Art. 119. O registro extingue-se:

I – pela expiração do prazo de vigência;

II – pela renúncia de seu titular, ressalvado o direito de terceiros;

III – pela falta de pagamento da retribuição prevista nos arts. 108 e 120; ou

IV – pela inobservância do disposto no art. 217”.

A ocorrência de *design* superveniente, como demonstrado, não é hipótese de extinção do registro de desenho industrial, que será motivada por expiração do prazo de vigência, renúncia, falta de pagamento das retribuições legais² ou ausência de procurador no país.³ Interessante notar que inexistente,

2 “Art. 108. O registro vigorará pelo prazo de 10 (dez) anos contados da data do depósito, prorrogável por 3 (três) períodos sucessivos de 5 (cinco) anos cada. § 1.º O pedido de prorrogação deverá ser formulado durante o último ano de vigência do registro, instruído com o comprovante do pagamento da respectiva retribuição. § 2.º Se o pedido de prorrogação não tiver sido formulado até o termo final da vigência do registro, o titular poderá fazê-lo nos 180 (cento e oitenta) dias subseqüentes, mediante o pagamento de retribuição adicional. [...] Art. 120. O titular do registro está sujeito ao pagamento de retribuição quinquenal, a partir do segundo quinquênio da data do depósito. § 1.º O pagamento do segundo quinquênio será feito durante o 5.º (quinto) ano da vigência do registro. § 2.º O pagamento dos demais quinquênios será apresentado junto com o pedido de prorrogação a que se refere o art. 108. § 3.º O pagamento dos quinquênios poderá ainda ser efetuado dentro dos 6 (seis) meses subseqüentes ao prazo estabelecido no parágrafo anterior, mediante pagamento de retribuição adicional.”

3 “Art. 217. A pessoa domiciliada no exterior deverá constituir e manter procurador devidamente qualificado e domiciliado no País, com poderes para representá-la administrativa e judicialmente, inclusive para receber citações.”

no caso, previsão de extinção do registro por caducidade motivada por abuso ou desuso da matéria protegida, ao contrário da patente.

Quanto ao registro de parte de um produto – o que é sumamente importante para a análise do presente caso, que envolve o desenho industrial relativos a faróis, calotas e outras partes de automóveis – o entendimento é no sentido de que é possível, desde que o escopo do pedido configure um objeto que possa ser fabricado e comercializado de forma autônoma:

“É certo que existem partes de objetos que podem ser comercializadas separadamente, e tais partes podem ser aplicadas ou instaladas manualmente pelo consumidor, fora do processo industrial, como é o caso de cabos de talheres opcionais, que podem ser encaixados, ou certos tipos de solados, ou partes de móveis como cabeceiras de camas, que o consumidor compre e ele mesmo pode aplicar na outra parte do objeto receptor. *Esse tipo de parte de objeto pode até ser considerado como um objeto em si, pois a sua forma encontra-se definida de maneira completa e acabada e, portanto, pode ser passível de proteção.* Entretanto, às partes de objetos que não podem ser destacadas do corpo, pois são aplicadas na linha de montagem industrial somente durante o processo de fabricação dos mesmos, como é o caso de partes de peças sopradas, tais como fundos ou cabeçotes de contenedores ou bombonas, ou fundos e gargalos de frascos de plástico ou de vidro, não podendo inclusive ser vendidas separadamente, a Lei não prevê proteção, pois elas ficam perfeitamente caracterizadas como sendo realmente partes de objetos e não um objeto em si” (CUNHA, 2003. p. 129-130 – g.n.).

Dessa forma, não fica afastada a possibilidade de proteção por meio de desenho industrial às autopeças destinadas à reposição, uma vez que estas possuem suficiente caráter autônomo de fabricação e comercialização em relação ao produto principal para fins de registro pela Lei 9.279/96.

O registro possui natureza constitutiva, obtendo o requerente a titularidade com a concessão. Em relação às prerrogativas do titular, estas estão previstas nos arts.109, 42 e 43 da Lei 9.279/96:

“Art. 109. A propriedade do desenho industrial adquire-se pelo registro validamente concedido.

Parágrafo único. *Aplicam-se ao registro do desenho industrial, no que couber, as disposições do art. 42 e dos incisos I, II e IV do art. 43.*

[...]

Art. 42. *A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:*

I – produto objeto de patente;

II – processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado.

§ 1.º Ao titular da patente é assegurado ainda o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos referidos neste artigo.

§ 2.º Ocorrerá violação de direito da patente de processo, a que se refere o inciso II, quando o possuidor ou proprietário não comprovar, mediante determinação judicial específica, que o seu produto foi obtido por processo de fabricação diverso daquele protegido pela patente.

Art. 43. O disposto no artigo anterior não se aplica:

I – aos atos praticados por terceiros não autorizados, em caráter privado e sem finalidade comercial, desde que não acarretem prejuízo ao interesse econômico do titular da patente;

II – aos atos praticados por terceiros não autorizados, com finalidade experimental, relacionados a estudos ou pesquisas científicas ou tecnológicas;

[...]

IV – a produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento; [...]" (g.n.).

O titular do desenho industrial pode, portanto, impedir terceiros de, sem seu consentimento, produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar produtos que utilizem aquela configuração de *design* protegida. É justamente com base nessas prerrogativas que as montadoras fundamentam as ações em curso contra os fabricantes independentes de autopeças.

Uma montadora, ao desenvolver um novo *design* para um farol, por exemplo, de um carro de sua fabricação, pode requerer a proteção dessa configuração (ou seja: do desenho externo do farol) por meio do registro de desenho industrial. Sendo dada concessão ao seu pedido pelo INPI, as ações judiciais que daí decorrem contra os fabricantes independentes de

autopeças são juridicamente embasadas no fato de que estes, ao fabricar a peça genérica de reposição, copiam o desenho protegido e de titularidade da montadora, ofendendo, assim, os arts. 42 e 109 da Lei 9.279/96. O mesmo vale para os vendedores desse tipo de autopeças genéricas, uma vez que, como esse produto não foi inserido no mercado diretamente pelo titular do desenho industrial (montadora) ou com o seu consentimento, não é possível a aplicação do permissivo previsto no art. 43, IV, da Lei 9.279/96.

Para os fins deste estudo, não nos aprofundaremos nas questões pertinentes às condições do registro em si, como a exigência de novidade e originalidade dos pedidos, ou mesmo se as autopeças registradas pelas montadoras configuram um objeto autônomo passível de proteção. O objetivo deste trabalho é verificar a utilização do desenho industrial aplicado às autopeças no âmbito da Defesa da Concorrência, não sendo nossa intenção esgotar a matéria no que diz respeito à Propriedade Industrial. Dessa forma, consideraremos válidas, para os fins desta pesquisa e nos estritos limites da Lei 9.279/96, os registros de desenho industrial de autopeças dos quais as montadoras são titulares.

A atitude das montadoras configura-se, portanto, como um exercício de direito individual previsto na Lei 9.279/96. Entretanto, devemos também analisar a licitude da conduta sob a ótica da Lei 8.884/94, uma vez que se trata de situação que pode gerar efeitos na concorrência. É o que faremos a seguir.

III – As condutas na Lei 8.884/94

Antes de adentrarmos no estudo das condutas na Lei 8.884/94, cabe destacar que o pedido de registro de desenho industrial é vinculado a um determinado produto ao qual é aplicada a configuração externa ou padrão gráfico que compõe o *design* que se deseja ver protegido. Para o registro de desenho industrial não é exigido, em momento algum, que o pedido seja condicionado a um determinado mercado do qual tal produto faz parte, excluindo-se os demais em que porventura ele possa estar presente. Importante, nesse sentido, destacar o conceito de “campo de aplicação” previsto no Ato Normativo 161/2002 do INPI, que dispõe sobre a aplicação da Lei de Propriedade Industrial em relação aos registros de desenho industrial:

“11.3. CAMPO DE APLICAÇÃO

11.3.1 Será obrigatório o preenchimento do campo de aplicação no requerimento do pedido de registro de Desenho Industrial quando

o título do mesmo ou a descrição do relatório descritivo não for suficiente para permitir a identificação e a compreensão do objeto ou, no caso de padrões ornamentais, a identificação dos produtos ou linha de produtos em que os mesmos são aplicados.

11.3.2 A descrição do campo de aplicação deverá ser claramente definida, para permitir a identificação do objeto

Ex.: Objeto: Xícara

Campo de aplicação: Utensílio Doméstico

11.3.3 Tratando de padrões ornamentais/gráficos compostos por conjuntos de linhas e cores, aplicados a produtos variados, o campo de aplicação deverá especificar em quais produtos, ou linhas de produtos, tais padrões deverão ser aplicados”.

Como se percebe, a indicação do “campo de aplicação” é, inclusive, facultativa, sendo obrigatória apenas quando o título do pedido ou o relatório descritivo do desenho não forem claros o suficiente para identificação e compreensão do *objeto*, e não do seu mercado.

Dessa forma, discordamos, com a devida vênia, da afirmação já destacada do Professor José Tavares Araújo Júnior no sentido de que a proteção conferida ao desenho industrial de autopeças estaria restrita ao mercado primário, qual seja a venda de veículos. Não há nenhum dispositivo legal que autorize tal entendimento, uma vez que, como dito, o desenho industrial se vincula a um produto e não a um mercado.

Dessa forma, entendemos que a proteção relativa ao desenho industrial das autopeças atinge tanto o mercado primário (venda de automóveis) quanto o secundário (venda de peças de reposição). O que será relevante, para o estudo da questão no âmbito da concorrência, será o *uso* que os titulares fazem de seus privilégios de desenho industrial, verificando se o mesmo é ou não adequado às disposições da Lei 8.884/94 no que diz respeito à Defesa da Concorrência.

Nesse sentido, será importante destacar o art. 20 da Lei 8.884/94:

“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.

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

§ 2.º 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.

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

As infrações contra a ordem econômica, portanto, serão configuradas tendo em vista os efeitos concretos ou potenciais que podem surgir da conduta, independente da intenção do agente. Esses efeitos devem se enquadrar em uma das hipóteses previstas nos incisos do art. 20. Assim o professor João Bosco Leopoldino da Fonseca comenta essa norma:

“A definição do tipo de infração da ordem econômica leva em conta não a estrutura ou a característica do ato, mas o seu objetivo, o seu efeito concreto, independentemente da intenção do agente. O artigo 20 se refere às finalidades concretas, que são atingidas pelos atos praticados pelo agente econômico. São essas finalidades que identificam tais atos como infrações.

Para caracterizar tais atos como infrações contra a ordem econômica, terá o julgador que verificar se eles são concretamente aptos a produzir qualquer dos efeitos, mesmo que estes, na vida econômica real, não sejam alcançados. E os efeitos são os seguintes:

– lesão da livre concorrência e da livre iniciativa;

– dominação de mercado relevante de bens ou serviços;

– situação de lucros arbitrários;

– exercício abusivo de posição dominante.

Tais efeitos devem ser vistos numa correlação lógica com os atos que são analisados. Comprovados os atos, deve-se indagar se, suposta a sua conclusão, poderiam eles alcançar qualquer dos efeitos previstos. Basta que sua concretização seja vista como potencialmente causadora de dano ao mercado, independentemente da investigação da intenção do agente” (LEOPOLDINO DA FONSECA, 2007, p. 168-169).

Quanto ao art. 21, que indica as condutas em espécie, cabe destacar que o mesmo configura uma lista enumerativa, não esgotando as hipóteses de ilícitos. Também se deve destacar que o legislador nacional não adotou uma tipicidade estrita quanto à análise das condutas em espécie previstas no art. 21, uma vez que estas devem configurar “hipótese prevista no art. 20 e seus incisos” para se enquadrarem como infração da ordem econômica.

Dessa forma, fica claro que o CADE deve analisar o contexto e os mercados envolvidos para julgar se uma conduta é ilícita ou não, tendo em vista os efeitos previstos no art. 20. Assim, não basta que uma conduta praticada pelo agente econômico esteja expressamente prevista no rol do art. 21: deve a mesma se enquadrar ainda na hipótese do art. 20 para ser considerada prejudicial à ordem econômica.

Será relevante, portanto, na análise das atitudes já narradas por parte das montadoras, observar se há enquadramento no teor do art. 20 da Lei 8.884/94. Assim, importante verificarmos o disposto em cada inciso dessa norma.

O primeiro inciso refere-se a “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa”. Sobre esse ponto, assim dispõe a Professora Paula Forgioni:

“Assim, qualquer ato praticado por um agente econômico, individualmente, ainda que não seja detentor de posição dominante no mercado, poderá ser considerado ilícito se, de algum modo, prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa *em prática dissociada de sua vantagem competitiva*” (FORGIONI, 2005, p. 275 – g.n.).

O registro de desenho industrial é decorrente do trabalho de pesquisa e desenvolvimento praticado por seu titular. É este quem investe na criação de um novo *design* para seu produto, buscando justamente uma vantagem competitiva sobre seus concorrentes. Nessa ótica, a utilização dos privilégios de desenho industrial, inclusive em relação à proibição de fabricação e comercialização por terceiros não autorizados, configura, a nosso ver, exercício regular de direito previsto na Lei 9.279/96 e uso de vantagem competitiva

obtida licitamente. Não se enquadra, portanto, em ofensa ao art. 20, I, da Lei 8.884/94, pois se trata de ato decorrente da maior eficiência gerada pelas montadoras, que investiram em P&D e obtiveram vantagem lícita sobre seus concorrentes.

Em relação ao inciso II, “dominar mercado relevante de bens ou serviços”, devemos destacar o conteúdo do § 1.º desse mesmo artigo. Qualquer ganho de mercado oriundo da utilização de privilégios de desenho industrial estará calcado em uma maior eficiência do agente, pois este, como já destacado na análise do inciso I, investiu em P&D para obter o registro. Assim, a eventual conquista de mercado por parte das montadoras, nas condições narradas, não caracteriza o ilícito referente à dominação de mercado relevante de bens ou serviços, uma vez que se dá em função de processo natural fundado em sua atuação mais eficiente.

O Professor Robert Bork dispõe claramente sobre esse tipo de hipótese:

“Tamanho é alcançado, obviamente, através de crescimento interno, predação ou fusão. Este livro alegou que nenhum tamanho da empresa criado por meio de crescimento interno deveria ser atacado pela legislação antitruste. A razão, é claro, é que a obtenção de um grande porte pelo crescimento interno, mesmo se o resultado for monopólio ou participação em um oligopólio, demonstra eficiência superior sobre o alcance mantido pelo mercado”⁴ (BORK, 1993, p. 430 – tradução livre).

No mesmo sentido, o Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca afirma:

“Não se pode punir a empresa que passou a ter posição dominante no mercado em razão de sua maior eficiência, *a menos que ocorra abuso dessa posição*” (LEOPOLDINO DA FONSECA, 2007, p. 169 – g.n.).

4 Texto original: “Size is achieved, of course, by internal growth, predation or merger. This book argued that no firm size created by internal growth should be attacked by antitrust. The reason, of course, is that the achievement of large size by internal growth, whether the result is monopoly or membership in an oligopoly, demonstrates superior efficiency over the range of the market held.”

Parece-nos, portanto, que a conduta das montadoras também não se enquadra no ilícito previsto no art. 20, II. Entretanto, a noção de abuso, destacada nas palavras do Professor João Bosco, será de suma importância para analisarmos os incisos III e IV seguintes.

O inciso III do art. 20 fala em “aumentar arbitrariamente os lucros”. Já o inciso IV indica “exercer de forma abusiva posição dominante”. O primeiro dispositivo apresenta um conteúdo marcadamente destinado ao consumidor, uma vez que será ele imediatamente afetado por um aumento arbitrário de lucros por parte de uma empresa, mesmo que tal fato prejudique também outros concorrentes.

Cabe destacar, nesse ponto, que a Defesa da Concorrência se preocupa com a proteção do consumidor dentro do funcionamento de uma economia de mercado, uma vez que aquele é peça integrante e fundamental para o funcionamento desta. O art. 170, V, da CR/88 inclusive elenca a defesa do consumidor como um dos princípios da ordem econômica. Dessa forma, absolutamente pertinente com a Defesa da Concorrência o dispositivo do art. 20, III.

Em relação ao inciso IV, temos que a legislação nacional não proíbe a existência de posição dominante, mas sim seu abuso.⁵ Entretanto, a definição e configuração desse abuso no caso concreto não são tarefas necessariamente simples. Visando clarear esses conceitos, mais uma vez recorreremos à Professora Paula Forgioni:

“Se, entre nós, a posição dominante não é vedada em si, como coloca o § 1.º do art. 20, por óbvio, nem todo o ato praticado por uma empresa em posição dominante será considerado ilícito pela Lei Antitruste. Entretanto, a linha que separa o abuso de posição dominante de seu exercício normal é muito tênue, e não há notícias na lei de seu traço, podendo ser vivificada somente se considerados os efeitos anticoncorrenciais da prática analisada.

5 “A Constituição Federal vigente estabelece a diretriz de que ‘a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros’. Vê-se, portanto, que o poder econômico é tido como um dado estrutural da própria ordem econômica, a qual incrimina somente o abuso, deixando espaço para o exercício de tal poder de forma regular, desde que observados os ditames dessa mesma ordem econômica” (BRUNA, Sérgio Varela. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*, São Paulo: RT, 2001, p. 129).

O parâmetro que devemos colocar, então, toca ao ditame constitucional da proteção à livre-iniciativa e à livre concorrência. *Todo abuso de posição dominante implica restrição à livre-iniciativa e à livre concorrência, salvo o caso de aumento arbitrário de lucros. Em resumo: só podemos dizer que um agente econômico abusou da posição dominante que detinha se prejudicou a livre concorrência ou a livre-iniciativa ou aumentou arbitrariamente seus lucros. Caso contrário, trata-se de um ato que não há de ser sancionado pela Lei Antitruste”* (FORGIONI, 2005, p. 276-277).

Dessa forma, para enquadramento do disposto no inciso IV, a professora entende que haverá um necessário desdobramento de efeitos da conduta em relação também ao inciso I (lesão à livre concorrência ou à livre-iniciativa) ou ao inciso III (aumento arbitrário dos lucros). Uma afastada, no caso ora estudado das montadoras e fabricantes independentes de peças, a ocorrência do inciso I, tendo em vista que se trata de restrição decorrente de vantagem competitiva prevista em lei, resta-nos verificar se há a configuração do inciso III, o que necessariamente implicaria também a hipótese do inciso IV. Em caso negativo, a conduta não será anticoncorrencial.

O Professor José Tavares Araújo Júnior aponta, no mercado norte-americano de autopeças, uma considerável diferença de preços entre as peças originais (produzidas pelas montadoras) e as congêneres (produzidas pelos fabricantes independentes de autopeças):

“Um estudo realizado pela Alliance of American Insumers em 1999 revelou que o preço médio das autopeças originais era cerca de 60% mais elevado do que as congêneres produzidas pelas FIAPs” (ARAÚJO JÚNIOR, 2006, p. 7).

Evidente que um estudo conclusivo dessa natureza no mercado brasileiro, a fim de subsidiar o entendimento para verificar se a restrição praticada pelas montadoras é de fato ilícita aos olhos do art. 20, III e IV, da Lei 8.884/94, é de extrema complexidade. Não pretende este breve estudo, obviamente, produzir um julgamento definitivo sobre a questão, uma vez que isso exigirá uma profunda análise técnica e coleta de dados. Tal tarefa caberá ao CADE e, eventualmente, ao Judiciário.

No caso específico do mercado de autopeças de reposição, eventual ilicitude comprovada nos termos do art. 20, III e IV, da Lei 8.884/94 pode gerar danos consideráveis, especialmente se analisarmos o grau de substituíbilidade dos produtos em questão. Uma vez que o *design*, por exemplo, de um

farol, é projetado para ser utilizado com um determinado modelo de veículo, o consumidor, no caso da compra de uma peça de reposição, naturalmente buscará um produto de desenho idêntico, visando manter o padrão de seu carro. O farol desenhado para um automóvel Palio, nesse sentido, não possui substitutos, pois o consumidor não irá procurar um farol de Gol ou Corsa, uma vez que estes são desenhados de forma absolutamente distinta (sem ainda considerar limitações de natureza técnica, como o encaixe). A isso devemos somar o fato de que o registro de desenho industrial configura uma barreira à entrada, uma vez que impede a fabricação e venda de produto que incorpore aquele *design* protegido por terceiros não autorizados pelo titular.

Dentro dessa ótica, assim argumenta a Anfape:

“Além disso, o mesmo argumento (havendo competição no mercado primário, não há que se preocupar com o mercado secundário) desconsidera também o fato de que o automóvel é um produto durável, ficando o consumidor ‘preso’ à aquisição das respectivas autopeças. Trata-se do efeito *lock in*, amplamente reconhecido pela literatura antitruste. O ex-Conselheiro do CADE Ronaldo Porto Macedo Júnior, em seu voto no caso *Power-Tech/MATEC*, utilizou o conceito de *lock in* como ‘fato do usuário ao comprar seu equipamento ser obrigado a incorrer nos custos de manutenção do mesmo, qualquer que estes sejam, já que não haverá como substituir o equipamento devido a seu elevado custo’. Diz-se que ‘a empresa praticante da conduta restritiva vai auferir lucros monopolistas durante todo o período em que houver viabilidade econômica na manutenção do produto, isto é, enquanto os gastos com manutenção não forem elevados o suficiente para motivar a troca por um novo produto’. No caso do setor automobilístico, com o *lock in*, as Representadas auferirão lucros monopolistas no mercado secundário durante toda a vida útil do veículo”.⁶

Um baixo grau de substituíbilidade do produto em questão, somado à barreira descrita, pode configurar um cenário propício ao abuso. Entendemos, dessa forma, que há indícios que justifiquem a investigação, por parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, especialmente a alegada diferença substancial de preços entre a peça original e a congênera de qualidade semelhante. Portanto, há a possibilidade, em tese, do enquadramento da conduta praticada pelas montadoras nos incisos III e IV do art. 20

6 Trecho da representação submetida pela Anfape à SDE.

da Lei 8.884/94, o que configuraria sua ilicitude no âmbito da concorrência. A definição quanto a esse julgamento dependerá, como já destacado, dos dados coletados no ambiente fático envolvido pela atuação das montadoras e dos fabricantes independentes de autopeças.

IV – Conclusão

Este trabalho procurou analisar brevemente a conduta praticada pelas montadoras de veículos, ao impedir os fabricantes independentes de autopeças de reproduzir *design* protegido por desenho industrial.

Deve-se ter em mente que restringir a concorrência é da própria natureza dos privilégios de Propriedade Industrial, inclusive os desenhos industriais. Trata-se de prerrogativas concedidas aos titulares que se justificam pela expectativa de ganho futuro coletivo derivado da tecnologia gerada e revelada à sociedade. As patentes e o registro de desenho industrial, por exemplo, necessariamente cairão em domínio público em algum momento, uma vez que o prazo de duração desses privilégios é limitado pela Lei 9.279/96.

Ainda mais: a concessão dos privilégios deverá ser feita tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.⁷

O registro de desenho industrial, portanto, é propriedade que deve ser utilizada tendo em vista sua função social, não sendo permitido um uso abusivo por parte de seu titular. A função social da propriedade encontra-se expressamente prevista no art. 5.º, XXIII, da CR/88, sendo também elevada à categoria de princípio da ordem econômica, conforme art. 170, III, da Carta Magna.

A questão que ora se analisa parece-nos necessariamente direcionada a esse foco: o uso e o abuso de um direito individual.

Neste ponto, imprescindível apresentar o conceito de abuso de poder econômico, nos dizeres do Professor Sérgio Varella Bruna:

“Em vista do até aqui exposto, tem-se por abuso do poder econômico o exercício, por parte de titular de posição dominante, de atividade empresarial contrariamente à sua função social, de forma a proporcionar-lhe, mediante restrição à liberdade de iniciativa e à livre concorrência, apropriação (efetiva ou potencial) da parcela da renda

7 Art. 5.º, XXIX, da CR/88.

social superior àquela que legitimamente lhe caberia em regime de normalidade concorrencial, não sendo abusiva a restrição quando ela se justifique por razões de eficiência econômica, não tendo sido excedidos os meios estritamente necessários à obtenção de tal eficiência, e quando a prática não represente indevida violação de outros valores maiores (econômicos ou não) da ordem jurídica” (BRUNA, 2001, p. 177-178).

Caso consideremos a conduta das montadoras apenas sob o ponto de vista da Lei 9.279/96 e dos privilégios de desenho industrial, parece-nos que se trata de exercício regular de direito, partindo do pressuposto, como já dito, que a concessão do registro foi feita de maneira regular. Dessa forma, seria possível impedir a atuação dos fabricantes independentes de autopeças, inclusive com a busca e apreensão de peças, pois a produção ou venda de material protegido por desenho industrial, sem o consentimento do titular, configura ofensa aos artigos 109 e 42 da Lei 9.279/96.

Caso as montadoras realizem essa prática, que, a nosso ver, não se constitui por si só em um ilícito, e mantenham a produção em quantidade e preços razoáveis para atender ao mercado consumidor, não nos parece que haveria sequer infração à ordem econômica. As montadoras poderiam perceber maiores ganhos pelo aumento da escala de produção, uma vez que o registro de desenho industrial constitui uma poderosa barreira à entrada.

Contudo, as condições mudam sensivelmente no caso de haver aumento exagerado de preços baseado na mesma prerrogativa de exclusividade oriunda do registro de desenho industrial. Nesse caso, poderíamos estar diante de conduta prevista nos incisos III e IV do art. 20 da Lei 8.884/94. Tratar-se-ia de atitude lícita, quando isoladamente consideradas as relações entre montadoras e fabricantes independentes, uma vez que os primeiros estariam acobertados pela Lei 9.279/96, mas ilícita quando a contextualizamos no âmbito da Defesa da Concorrência. Nesse último caso, deve-se analisar a relação das montadoras com a coletividade, titular dos bens protegidos pela Lei 8.884/94, que poderia ser prejudicada pelo exercício abusivo de um direito legalmente reconhecido.

O papel do CADE nesse cenário, na qualidade de autoridade dotada de poder para atuar na Defesa da Concorrência, é bem apontado pelo Professor Sérgio Varella Bruna:

“Com efeito, a atividade *antitruste* do Estado visa justamente à preservação da livre concorrência e, conseqüentemente, da livre-ini-

ciativa. Não se trata, pois, de restringir a liberdade daquele que abusa de seu poder econômico, já que ninguém tem liberdade para abusar. Em caso de abuso, a atividade do agente econômico terá ido além dos limites de suas liberdades. Vê-se que não há restrição de liberdade, mas sim restauração da liberdade dos demais agentes do mercado, violada pelos atos abusivos” (BRUNA, 2001, p. 137).

Eventualmente configurada a ilicitude, entendemos que seria cabível a aplicação das penas previstas nos arts. 23 e 24 da Lei 8.884/94:

“Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I – no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador;

III – no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente.

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

Art. 24. Sem prejuízo das penas cominadas no artigo anterior, quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I – a publicação, em meia página e às expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas;

II – a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações,

realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, junto à Administração Pública Federal, Estadual, Municipal e do Distrito Federal, bem como entidades da administração indireta, por prazo não inferior a cinco anos;

III – a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV – a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V – a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica”.

Interessante notar que a aplicação das penalidades não implicaria a perda do registro de desenho industrial, por falta de previsão legal que permita isso. Mesmo a recomendação de licença compulsória, que consiste no licenciamento obrigatório de um direito de propriedade industrial, mediante remuneração que é arbitrada pelo ente estatal competente, prevista no art. 24, IV, alínea *a*, descrito acima, seria inaplicável no presente caso, pois o dispositivo só a prevê para patentes. Mesmo na Lei 9.279/96, o licenciamento compulsório também só é permitido para patentes, nada dispondo quanto a essa possibilidade para desenho industrial.

A ferramenta do licenciamento compulsório seria de grande valia em uma situação como a analisada no presente trabalho, caso ficasse configurada a hipótese do art. 20, III e IV, da Lei 8.884/94, pois se trata de instrumento direcionado a coibir o exercício abusivo dos privilégios de patente, conforme art. 68 da Lei 9.279/96:

“Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de *forma abusiva*, ou por meio dela *praticar abuso de poder econômico*, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.

§ 1.º Ensejam, igualmente, licença compulsória:

I – a não exploração do objeto da patente no território brasileiro por falta de fabricação ou fabricação incompleta do produto, ou, ainda, a falta de uso integral do processo patenteado, ressalvados os casos de inviabilidade econômica, quando será admitida a importação; ou

II – a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado” (g.n.).

Cabe destacar que o acordo TRIPs (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights), documento internacional que faz parte dos atos constitutivos da Organização Mundial do Comércio – OMC e que tem por objetivo definir padrões mínimos no campo da Propriedade Intelectual (gênero do qual a Propriedade Industrial é espécie), prevê a possibilidade de inclusão na legislação nacional de ferramentas para coibir o abuso de direitos de Propriedade Intelectual:

“Artigo 40

1. Os membros concordam que algumas práticas de licenciamento ou condições pertencentes aos direitos de propriedade intelectual que restringem a concorrência podem ter efeitos adversos no comércio e podem impedir a transferência e disseminação de tecnologia.

2. Nada neste Acordo pode impedir os Membros de *especificar em suas legislações práticas de licenciamento ou condições que podem em casos particulares constituir um abuso de direitos de propriedade intelectual tendo um efeito adverso na concorrência no mercado relevante*. Como fornecido acima, um Membro pode adotar, coerentemente com outras condições deste Acordo, medidas apropriadas para evitar ou controlar tais práticas, as quais podem incluir, por exemplo, condições exclusivas de devolução de privilégio, condições que evitem disputas referentes à validade e licenciamento compulsório, na luz das leis e regulamentos relevantes daquele Membro” (tradução livre – g.n.).⁸

8 Texto original: “Article 40

1. Members agree that some licensing practices or conditions pertaining to intellectual property rights which restrain competition may have adverse effects on trade and may impede the transfer and dissemination of technology.

2. Nothing in this Agreement shall prevent Members from specifying in their legislation licensing practices or conditions that may in particular cases constitute an

Dessa forma, é lícita a previsão na legislação de uma ferramenta para combater o uso abusivo do direito de Propriedade Intelectual. Entretanto, como demonstrado, a lei brasileira é omissa no que diz respeito ao desenho industrial, limitando a previsão de licenciamento compulsório à patente, o que não é o caso aqui tratado.

Dessa forma, caso houvesse previsão legal semelhante para a questão do desenho industrial, e sendo de fato provado o abuso, os fabricantes independentes poderiam pleitear o licenciamento compulsório, o que provavelmente desestimularia a conduta abusiva por parte das montadoras. Contudo, como já dito, não há dispositivo legal que possibilite implementar tal ferramenta, ficando aqui a sugestão para alterações de ordem legislativa nesse campo.

Por fim, entendemos que o ponto mais relevante do presente trabalho foi tentar demonstrar que, no campo da Defesa da Concorrência, não basta o mero exercício de direito individual, mas sim a ausência de abuso para que a conduta não esteja sujeita às sanções previstas na Lei 8.884/94. Importante destacar novamente os ensinamentos do Professor Sérgio Varela Bruna:

“O poder econômico é admitido como um dado estrutural, mas reclama a prudente atividade estatal de controle, mediante repressão aos abusos em seu exercício, já que ‘todo o poder tende à concentração, seja qual for a sociedade em que se exerça’.

Destarte, o exercício do poder econômico será legítimo quando não conflite com os valores maiores dessa ordem econômica e com os objetivos sociais por ela visados. Isso equivale a dizer que não se admite o exercício de poder econômico que represente entrave ao desenvolvimento social e à marcha dos fatores sociais com vistas à consecução dos ideais de justiça social. De acordo com o ensinamento já transcrito, em hipótese de conflito, os interesses coletivos devem prevalecer sobre os individuais” (BRUNA, 2001, p. 146-147 – g.n.).

No caso analisado, o estudo intertextual do Direito da Concorrência e da Propriedade Industrial mostra-se desafiador, pois trabalha, a um só tempo,

abuse of intellectual property rights having an adverse effect on competition in the relevant market. As provided above, a Member may adopt, consistently with the other provisions of this Agreement, appropriate measures to prevent or control such practices, which may include for example exclusive grantback conditions, conditions preventing challenges to validity and coercive package licensing, in the light of the relevant laws and regulations of that Member.”

com enfoques de natureza pública e privada, coletiva e individual, sobre o mesmo ponto:

“A compreensão concorrencial do direito industrial torna tudo mais simples. Amplia e torna pública a disciplina exatamente porque tira o foco dos requisitos para concessão e centra-se na disciplina do abuso de direito. A patente, como qualquer situação de poder no mercado, pode gerar abusos, que devem ser coibidos. O direito industrial passa, então, a incluir nesse aspecto uma disciplina específica de abuso de poder” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 138-139).

Portanto, devemos analisar esse tipo de situação, como a referente às montadoras e aos fabricantes independentes de autopeças, também do ponto de vista macrojurídico e macroeconômico, pois, como já dito e expresso no parágrafo único do art. 1.º da Lei de Defesa da Concorrência, a coletividade é a titular dos bens jurídicos que buscamos proteger nessa seara.

Bibliografia

- ARAÚJO JÚNIOR, José Tavares. *Restrições verticais no mercado brasileiro de autopeças: impactos anticompetitivos* (parecer). Rio de Janeiro, 2006.
- BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: Free Press, 1993.
- BRUNA, Sérgio Varella. *O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: RT, 2001.
- CUNHA, Frederico Carlos da. *A proteção legal do design: propriedade industrial*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lucerna, 2003.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- GUIMARÃES, Susana Serrão. *Proteção legal do design*. São Paulo: Limiar, 2005.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Lei de Proteção da Concorrência: comentários à legislação antitruste*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MODELOS DE SIMULAÇÃO NA ANÁLISE ANTITRUSTE: Teoria e aplicação nos casos Ambev, Nestlé-Garoto e CVRD

Ian Ramalho Guerriero

1. Apresentação

O objetivo do trabalho é apresentar e discutir o uso de modelos de simulação para medir efeitos unilaterais decorrentes de atos de concentração horizontais¹ na análise antitruste, ilustrando com os casos Ambev, Nestlé-Garoto e CVRD.

A defesa da concorrência é um campo especialmente interessante para o trabalho do economista, pois abre espaço para o esforço teórico e empírico de compreender o funcionamento do mercado em análise, em suas diversas dimensões, e também propor medidas estruturais se porventura o ato de concentração tiver potencial impacto anticompetitivo. Porém, em geral, é forte a incerteza de qual será efetivamente o impacto do ato sobre o mercado. Essa função aspecto normativa que cabe ao órgão antitruste é, por isso, muito delicada porque envolve intervenção sobre decisões privadas e tem conseqüências relevantes sobre o funcionamento do mercado.

A autoridade antitruste – no Brasil encabeçada pelo CADE² – está sujeita a falhas e decisões equivocadas. A necessidade de intensa análise é, portanto, indispensável. Entretanto, o curto período de tempo para que a autoridade tome a decisão, aliado à dificuldade de acesso a dados confiáveis e abrangentes, amplia em demasia a dificuldade da avaliação.

O uso de modelos de simulação tem sido cada vez mais recorrente em casos de concentração horizontal na jurisprudência norte-americana

- 1 Por ato de concentração horizontal entendem-se aqueles que são fusões ou aquisições de empresas atuando no mesmo mercado.
- 2 Conselho Administrativo de Direito Econômico, ligado ao Ministério da Justiça. É o órgão superior do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) que ainda conta com a Secretaria de Direito Econômico (SDE), também do Ministério da Justiça, e da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda.

e européia. Por fornecer previsões do comportamento futuro do mercado após a fusão, trata-se de uma ferramenta poderosa, que utiliza instrumental econômico e quantitativo, para a análise de fusões. Com isso, criam-se evidências que podem ser consideradas no julgamento sobre possíveis impactos anticompetitivos da concentração.

Como será tratado, no entanto, as premissas e também os modelos econômicos usados não necessariamente são os mais realistas e nem sempre refletem o efetivo funcionamento do mercado sob análise. Neste caso, os resultados dessas simulações poderiam ficar invalidados. Na Europa e EUA o uso desse instrumental remonta a meados da década de 1990, havendo, portanto, alguma jurisprudência já estabelecida. No Brasil, a primeira experiência foi no ato da criação da Ambev, em 2000, quando o uso de simulação foi bastante modesto. Só em 2004, no caso Nestlé-Garoto, o CADE se deparou com o amplo uso de simulações, tanto feitas pelas requerentes quanto pela impugnante.³ Nesse caso, a autoridade brasileira precisou contemplar as evidências criadas pelos exercícios de simulação sem ter alguma jurisprudência anterior de como fazê-lo. Como será discutido, o CADE considerou as simulações apresentadas mas não conseguiu estabelecer um padrão, ou mesmo critérios para que tais evidências sejam incorporadas em análises futuras.

O trabalho é dividido em quatro seções, incluindo esta introdução. Na seção seguinte se apresentam as questões teóricas de modelos de simulação. Na seção 3 são apresentados e discutidos os casos julgados pelo CADE relativos à criação da Ambev, à fusão entre Nestlé e Garoto e também à CVRD, em seus aspectos nos quais modelos de simulação foram usados. Por fim, na última e breve seção 4 são feitos os comentários finais.

2. Simulações em atos de concentração

Atos de concentração horizontais com possíveis impactos anticompetitivos precisam ser avaliados pela autoridade antitruste para serem autorizados.⁴ Essa autorização depende de uma avaliação quanto aos riscos de efeitos anticompetitivos resultantes do ato, ou seja, de uma avaliação sobre

3 Especialmente a Kraft, fabricante dos chocolates Lacta.

4 A Lei brasileira de Defesa da Concorrência, n. 8.884/94, estabelece como critério para submeter à avaliação que as empresas tenham mais de R\$ 400 milhões de faturamento anual ou mais de 20% de participação no mercado relevante.

as possibilidades de que a nova empresa resultante exerça poder de mercado viabilizado pela fusão.

No Brasil – e também na Europa e nos EUA – ter poder de mercado não é ilícito, mas esse poder de mercado deve ter sido alcançado pelo diferencial competitivo da empresa, seja por condições de custo ou qualidade do produto. Isso se refletirá no tamanho da participação de mercado (*market share*) da empresa: empresas mais competitivas tendem a crescer mais que suas concorrentes e ocupar maior parcela do mercado. A fusão de duas ou mais empresas, porém, pode conferir à nova empresa um poder de mercado que não é oriundo de suas qualidades e competências, mas simplesmente do aumento do tamanho – e participação – da empresa no mercado, além da redução do número de competidores. Fusões, portanto, são uma forma de a empresa crescer e ganhar poder de mercado sem passar pelo crivo da concorrência.

Deve-se ressaltar, porém, que a tarefa de avaliar os possíveis impactos de um ato de concentração horizontal pode ser bastante difícil e delicada em alguns casos, notadamente naqueles em que a participação da empresa fusionada é elevada, há grandes barreiras à entrada no mercado relevante, porém efeitos mitigadores, como ganhos de eficiência e alto grau de rivalidade poderiam ser atenuadores de efeitos anticompetitivos. O órgão deve, nesses casos, ser especialmente cauteloso na análise, ponderando os ganhos e perdas econômicos resultantes da operação.

Modelos de simulação podem gerar evidências quantitativas sobre como será o comportamento do mercado após a fusão, auxiliando a análise e a decisão. Carlton lembra que o tradicional uso da variação do Índice de Herfindahl-Hirschman (IHH) – critério dos *Guidelines*⁵ americanos para

5 Guidelines (1992). O IHH é medido como a soma dos quadrados das participações de mercado de cada empresa atuante. Na tradição norte-americana, o primeiro critério de triagem para selecionar os casos que merecem análise mais detalhada daqueles cujos impactos são mínimos é observar a variação do IHH. Se o mercado pós-fusão tiver IHH inferior a 1.000 é considerado não-concentrado e a fusão é aprovada sem análise. Se o mercado pós-fusão estiver com IHH entre 1.000 e 1.800, apenas se a fusão tiver alterado o índice em mais de 100 pontos ela será analisada com mais cautela. Caso o IHH pós-fusão seja superior a 1.800, qualquer fusão que altere mais de 50 pontos no índice merecerá análise da autoridade, por se tratar de um mercado concentrado. Para uma apresentação cuidadosa desse assunto, ver Hovenkamp (2005), seção 12.4. A autoridade europeia usa critério semelhante de triagem para suas análises.

triagem dos casos entre aqueles que serão analisados e os que serão aprovados sem análise – nada mais é que uma simulação bastante elementar, considerando o produto homogêneo e um comportamento de Cournot.⁶ Portanto, certo uso de simulação já estaria incorporado às análises antitruste há bastante tempo.

Foram Werden e Froeb,⁷ ligados ao órgão antitruste⁸ norte-americano, que propuseram o uso de modelos de simulação mais sofisticados em análise de defesa da concorrência, como um instrumento de previsão do resultado da fusão, em termos de preços e quantidades. Sua proposta inclui ainda a possibilidade de considerar no exercício de simulação os ganhos de eficiência da operação, que compensariam o aumento de poder de mercado.

Os autores sugerem que as simulações sejam feitas considerando os preços e quantidades disponíveis pré-fusão como uma situação de equilíbrio. Na seqüência, é necessário estimar as elasticidades-preço dos produtos do mercado e, com um modelo escolhido de oligopólio, então é possível encontrar um novo equilíbrio pós-fusão considerando inclusive ganhos de eficiência alegados. Este é o princípio geral de todos os modelos de simulação usados nesse contexto. Nas subseções seguintes são expostas as etapas para a simulação dos efeitos unilaterais de uma fusão horizontal na sua forma mais geral e comumente usada no campo antitruste.

2.1. Etapas da simulação

De forma bastante geral, todas as simulações usadas em antitruste seguem as seguintes etapas: definição do mercado atual; escolha de um modelo de oligopólio; escolha de uma forma da função de demanda; e definição do mercado pós-fusão. Com os resultados da definição do mercado pós-fusão, então, é possível fazer comparações com a condição atual e tirar conclusões normativas sobre a variação de bem-estar econômico.

6 Carlton (2004). Considerar que a fusão entre duas empresas concorrentes vai gerar uma nova empresa cuja participação de mercado é a soma das duas participações anteriores significa dizer que a empresa não age estrategicamente na composição dos produtos que oferta, pois são todos homogêneos, tipificando um padrão de competição de Cournot em quantidades.

7 Werden e Froeb (1994).

8 Department of Justice e Federal Trade Commission, respectivamente.

De antemão, é fundamental ter em mente que cada uma dessas etapas, incluindo as conclusões normativas, não são isentas de alternativas teóricas, que levam a uma diversidade de resultados. Essas alternativas podem ser usadas nas argumentações contra e a favor dos casos em análise. A técnica econômica não é única e tampouco consensual. Além disso, em situações de decisões normativas, pode ser usada retoricamente pelas partes envolvidas. Isso certamente cria dificuldade para os órgãos antitruste em suas decisões ao se depararem com evidências econômicas díspares que são, todas elas, fundamentalmente corretas na técnica. Como será discutido na subseção 2.3, alguns critérios podem ser usados para padronizar os exercícios de simulação e auxiliar na celeridade das decisões.

2.1.1. Definição do mercado

A definição do mercado atual exige o conhecimento dos produtos que compõem o mercado, seus preços e quantidades e também das empresas participantes e suas parcelas de mercado. Delimitar o mercado relevante é etapa crucial da análise. Muitos dos casos são decididos nessa etapa, pois a definição mais ou menos abrangente do mercado acarretará presunção de menor ou maior poder de mercado da empresa fusionada.

O mercado relevante deve ser definido na dimensão geográfica e de produto, e sua definição está associada ao Teste do Monopolista Hipotético (TMH), ou seja, o mercado relevante é aquele conjunto de bens restritos geograficamente no qual se houvesse apenas uma empresa atuando esta seria capaz de elevar lucrativamente o preço de forma substancial e permanente.⁹ O TMH pressupõe concorrência via preços no mercado e requer que as elasticidades cruzadas entre os produtos e a elasticidade da demanda de cada conjunto de produtos candidatos a constituir o mercado relevante determinarão endogenamente a composição do mercado em termos de produtos, isto é, tal que permita ao monopolista hipotético aumentar seu preço, a partir do nível competitivo. Na prática, buscam-se também alternativas mais qualitativas.

Em vista disso, o cálculo das elasticidades-preço cruzadas entre os produtos é essencial para definir o mercado pelo lado da demanda. Produtos

⁹ Em geral o aumento de preços considerado é de no mínimo 5%. Uma apresentação detalhada da definição de mercado relevante e do TMH pode ser encontrada em Hovenkamp (2005) seção 3.8 e também em Motta (2004) capítulo 3.

com elasticidades-preço cruzadas muito baixas entre si indicariam que os consumidores não os enxergam como substitutos. Elasticidades cruzadas elevadas, por outro lado, indicam substitutibilidade.

Por outro lado, a definição do mercado deve considerar também a capacidade de oferta. Mesmo produtos que não são vistos como similares ou substitutos pelos consumidores podem ser produzidos de forma semelhante sem exigir grandes investimentos ou qualificações adicionais à empresa. Assim, pelo lado da oferta, se uma empresa que produz determinado produto puder também produzir outro sem maiores custos ou investimentos, estimulada pelo aumento de preço deste último, deverá também ser incluída entre os ofertantes do mercado em questão.

Uma vez definida a extensão do mercado, geográfica e de produto, e também o número e participação das empresas nele atuantes, é imprescindível conhecer os preços e quantidades dos produtos envolvidos.¹⁰ Com essas informações, aliadas a um sistema de demanda escolhido, é possível calcular a matriz de elasticidades-preço próprias de cada produto e cruzadas entre eles. Foge ao escopo deste trabalho discutir em detalhes a estimação da função de demanda. Mas é importante destacar que existem muitos métodos alternativos e que muito do debate técnico dos casos analisados pelos órgãos de defesa da concorrência é centrado na escolha entre os métodos e premissas da estimação, que levam, cada um, a resultado diferente sobre a possibilidade de a empresa fusionada exercer poder de mercado.¹¹

2.1.2. Modelo comportamental

A caracterização do mercado atual precisa ainda ser feita em sua dimensão comportamental. Na prática, nenhum mercado que passa pela avaliação do órgão antitruste opera em concorrência perfeita. São em geral mercados oligopolistas, com empresas já exercendo algum poder de mercado. A preocupação na simulação é mensurar o aumento do poder de mercado

10 Note que maior parte dos mercados é formada por bens diferenciados. Em caso de bens homogêneos, geralmente *commodities*, o preço é único e publicamente acessível, então basta coletar as quantidades vendidas por cada empresa.

11 Para uma intuição desse problema, basta lembrar que funções de demanda com declividade mais acentuada, e menor elasticidade, permitem maiores aumentos de preços com menores reduções de quantidade do que demandas mais horizontais, elásticas. Para uma apresentação de diferentes formas de estimar funções de demanda, aplicada ao antitruste, ver Huse e Salvo (2006).

gerado pela fusão e seus possíveis impactos. Para isso, é necessário saber o poder de mercado atual.

Existem muitas formas de medir poder de mercado. A maioria delas relaciona, de alguma maneira, o custo marginal (CMg) e o preço de mercado.¹² Dois passos muito delicados são realizados nessa etapa. O primeiro é que, ao reconhecer a impossibilidade de obter dados de custos das empresas para corretamente estimar uma função de CMg, a maior parte das simulações assume que o CMg das empresas é constante e o estima a partir dos dados de preços, da matriz de elasticidades e de um modelo comportamental de oligopólio.

Escolher o modelo comportamental de oligopólio é o segundo passo delicado, tendo em vista a profusão de modelos disponíveis e a dificuldade de representar formalmente o complexo comportamento real das empresas. Usualmente recorre-se ao modelo de competição de Bertrand, com produtos diferenciados,¹³ devido principalmente à sua simplicidade e por ser conhecido amplamente pelos economistas. Dessa forma, sabendo os preços do equilíbrio pré-fusão e as elasticidades-preço próprias e cruzadas entre os produtos e, supondo que a empresa maximizadora de lucros concorrendo por preços, em estilo de Bertrand com produtos diferenciados, estima-se o CMg da empresa.

Formalmente,¹⁴ a empresa em Bertrand quer maximizar seus lucros e tem apenas um produto.¹⁵ Seja p_i o preço do produto da empresa i , c_i o CMg da empresa i , $q_i(p)$ a quantidade vendida pela empresa i , que depende do vetor de preços do mercado p . A condição de maximização de lucros é:

$$(1) \max (p_i - c_i) \cdot q_i(p)$$

A condição de primeira ordem é, então:

$$(2) q_i(p) + (p_i - c_i) \cdot \frac{\partial}{\partial p_i} \cdot q_i(p) = 0$$

Em termos de elasticidade, a equação (2) fica:

$$(3) p_i + (p_i - c_i) \cdot \varepsilon_{ii} = 0 \quad (3)$$

12 A mais consolidada é o Índice de Lerner.

13 O modelo de Bertrand é baseado em competição por preços, que são determinados simultaneamente pelas empresas do mercado considerando a reação de suas concorrentes. Esse modelo também é um tipo de equilíbrio não-cooperativo de Nash.

14 Segue-se nesse trecho Pioner e Canêdo-Pinheiro (2006), p. 159-160.

15 O caso de empresas com dois ou mais produtos envolve a maximização do lucro considerando também as elasticidades-preço cruzadas entre os produtos da própria empresa, exatamente como se fará para a empresa fusionada, que terá dois produtos.

Com isso, sendo o comportamento de Bertrand, é possível estimar, a partir do equilíbrio pré-fusão, qual é o CMg das empresas do mercado dispondo dos preços e das elasticidades. Considerando os CMg constantes em todas as empresas, é possível calcular o novo equilíbrio, pós-fusão, dado o mesmo padrão de oligopólio, reduzindo o número de empresas e considerando a empresa fusionada como maximizadora de lucros advindos do novo conjunto de produtos. Sendo a fusão das empresas i e j :

$$(4) \max (p_i - c_i) \cdot q_i(p) + (p_j - c_j) \cdot q_j(p)$$

Nesse caso, as condições de primeira ordem da empresa fusionada são:

$$(5) q_i(p) + (p_i - c_i) \cdot \frac{\partial}{\partial p_i} q_i(p) + (p_j - c_j) \cdot \frac{\partial}{\partial p_i} q_j(p) = 0$$

$$q_j(p) + (p_j - c_j) \cdot \frac{\partial}{\partial p_j} q_j(p) + (p_i - c_i) \cdot \frac{\partial}{\partial p_j} q_i(p) = 0$$

Em termos de elasticidades, as condições (5) ficam:

$$(6) q_i(p) + (p_i - c_i) \cdot \varepsilon_{ii} + (p_j - c_j) \cdot \varepsilon_{ij} = 0$$

$$q_j(p) + (p_j - c_j) \cdot \varepsilon_{jj} + (p_i - c_i) \cdot \varepsilon_{ji} = 0$$

As demais empresas continuam atendendo à condição (1), dados (2) para todas as demais empresas, com exceção da fusionada, que passa a operar como (5). O novo equilíbrio calculado fornece estimativas de preços e quantidades das empresas na situação futura, pós-fusão, além das participações de mercado. Essas estimativas seriam por si só uma evidência que as autoridades antitruste podem considerar em suas análises.

2.1.3. Ganhos de eficiência

O uso do modelo de Bertrand está embebido no tradicional paradigma da estrutura-conduta-desempenho,¹⁶ com todas suas limitações estáticas. Não

16 O paradigma estrutura-conduta-desempenho foi base teórica para a economia industrial em seus primeiros esforços no sentido de explicar a indeterminação teórica em mercados oligopolistas, que não se comportam em concorrência perfeita tampouco em monopólio. Para uma apresentação detalhada ver os livros-texto de Scherer e Ross (1990) e Hay e Morris (1991).

é surpresa, portanto, que ao concentrar o mercado, a fusão levará necessariamente a um equilíbrio com preços mais elevados e redução de quantidades. Conseqüentemente, também haverá perda de excedente do consumidor.¹⁷

Em vista disso, se houver o entendimento de que os ganhos das operações devem ser compartilhados com os consumidores, nenhuma fusão seria autorizada se não existissem ganhos de eficiência associados à operação.¹⁸ Esses ganhos são decorrentes da otimização proveniente da operação conjunta entre as empresas. Assim, é possível incorporar na simulação ganhos de eficiência alegados, que a princípio reduziriam o CMg e resultariam em preços projetados mais baixos – e maior quantidade – que no caso de nenhum ganho de eficiência.

Simetricamente, é possível fazer o cálculo do montante de redução de CMg que é necessário para gerar um novo equilíbrio que não altere preços após a fusão. Esse exercício é particularmente importante em casos em que o critério da análise está centrado na manutenção do excedente do consumidor. Trata-se, portanto, do cálculo da redução mínima de CMg (ganhos de eficiência) suficiente para manter o excedente do consumidor idêntico pré e pós-fusão.¹⁹

2.2. *Premissas e outras escolhas*

Há certa arbitrariedade em toda escolha. A simulação de efeitos unilaterais resultantes de uma fusão horizontal envolve escolhas em todas as suas etapas e seu resultado é sensível a cada uma delas. Reconhecer isso é importante para a correta interpretação e consideração dos resultados como evidências da análise e, principalmente, para que as escolhas sejam feitas conscientemente e visando representar o funcionamento real do mercado.

Os resultados da simulação dependem do número de empresas atuantes. Uma delimitação muito abrangente do mercado implicará menor importância

17 Para uma formalização desses resultados, ver Motta (2004), seção 5.4.

18 Esse entendimento é conhecido também como critério de eficiência distributiva, que exige a manutenção ou ampliação do excedente do consumidor, que será discutido a seguir, é conhecido também como *Price Standard*. O aumento de preços e redução de quantidades é imediatamente associado à perda de bem-estar do consumidor, já que não são considerados melhorias de produto. Ver Fisher e Lande (1983).

19 Não é difícil concluir que, nesse caso, apesar de o excedente do consumidor permanecer o mesmo, a composição do mercado vai mudar, pois, ao maximizar seus lucros considerando os dois produtos, a empresa fusionada operará diferentemente da simples soma das duas empresas antigas. Ver Motta (2004) p. 256.

da empresa fusionada, levando o órgão antitruste a decidir pela autorização da operação por não encontrar evidência de grande poder de mercado. Por outro lado, uma definição de mercado muito restrita levará a um poder de mercado maior da empresa fusionada, com decisão do órgão no sentido contrário.

Os dados de preços e quantidades são coletados no mercado em funcionamento, mas a estimação das elasticidades-preço da demanda, e a própria forma funcional da demanda, envolve escolhas entre diferentes técnicas econométricas disponíveis. A possibilidade de aumento de preços pós-fusão é especialmente sensível à forma funcional da demanda que, na maioria das vezes não pode ser estimada com precisão e, por isso, precisa ser escolhida entre alguns padrões disponíveis. As mais comumente usadas são a linear, elasticidade constante, AIDS e logit.²⁰ Executar o modelo com diferentes formas funcionais pode ser uma alternativa interessante para evidenciar a sensibilidade dos resultados ao tipo de demanda escolhido.

É fundamental ter em destaque que o modelo de oligopólio escolhido, ou seja, o padrão de comportamento das empresas, é uma simplificação da realidade. Os estudos de organização industrial apontam para múltiplas dimensões da concorrência e interação entre empresas, que nem sempre podem ser mensuradas. Mesmo em casos em que podem ser mensuradas, nem sempre se dispõe de dados para tal. Assim, na falta de dados e também de uma estrutura teórica alternativa, as simulações se resumem às dimensões de preços e quantidades, sob as premissas de Bertrand de concorrência em preços com produtos diferenciados, e maximização de lucro, e estão imersas na fundamentação teórica de equilíbrio, ou seja, são estáticas.

Nesse sentido, uma alternativa conservadora para a análise seria considerar que após a fusão o mercado operaria em alguma espécie de colusão, tácita ou explícita, que levaria o preço para o nível de monopólio. Essa escolha de padrão de oligopólio visa a refutar a possibilidade mais extrema, pior para o bem-estar dos consumidores, em que os preços são os mais altos possíveis.

A premissa de concorrência em preços em muitos mercados nem sempre é a mais adequada e, estando a autoridade antitruste preocupada com os resultados futuros de uma fusão, considerar a possibilidade de colusão mostra-se uma alternativa que visa à segurança da decisão. Se, mesmo sob

20 Remete-se novamente a Huse e Salvo (2006) para uma apresentação e discussão das vantagens e desvantagens de cada uma delas e também de outras alternativas.

colusão, os ganhos de eficiência compensam a possibilidade de aumento de preços, a operação poderia ser seguramente aprovada.

Adicionalmente, precisa ficar sempre claro o papel dos outros elos da cadeia na formação do preço.²¹ Na maior parte das modelagens, admite-se que os revendedores, ou outros elos da cadeia, não têm influência na curva de demanda, tampouco no padrão de concorrência entre os produtores. Em alguns mercados, porém, revendedores e distribuidores têm impactos sobre o funcionamento do mercado que dificilmente seriam modeláveis e incorporados à simulação, como, por exemplo, certo poder de barganha que impediria aumentos de preços dos produtores. Isso obriga a uma interpretação mais cautelosa dos resultados da simulação.²²

Por fim, o critério de eficiência que permeia os resultados da simulação precisa ser claramente definido de antemão. Há basicamente dois tipos de eficiências, a alocativa e a distributiva. De forma geral a eficiência alocativa prioriza os benefícios econômicos no conjunto da sociedade, o bem-estar total, enquanto que a eficiência distributiva está também preocupada com a distribuição entre o bem-estar dos agentes, ou seja, uma situação distributivamente eficiente tem que considerar a elevação do bem-estar total sem reduzir o bem-estar dos consumidores ou dos produtores.²³

Como foi apresentado na seção 2.1, usualmente as simulações são feitas tendo como referência a eficiência distributiva devido ao entendimento que os consumidores não podem ser lesados pela fusão. Por isso, existe a preocupação com a existência de ganhos de eficiência que pelo menos mantenham os preços no mesmo patamar vigente antes da operação.²⁴ Pode ser argumentado, porém, que se o foco é a manutenção dos preços e do excedente do consumidor, os ganhos de eficiência não precisam ser de ordem puramente alocativa, mas ganhos pecuniários e outras formas de redução de

21 Essa preocupação é presente no trabalho de Werden, Froeb e Scheffman (2004).

22 Ver O'Brien e Shaffer (2003).

23 Uma terceira definição de eficiência é a seletiva, que incorpora elementos dinâmicos e o reconhecimento da dimensão da inovação como fundamental para a concorrência. Uma situação seletivamente eficiente é aquela que tem condições de introdução e seleção de inovações. Essa definição, porém, foge das premissas de equilíbrio geral e sua aplicabilidade a esses modelos fica prejudicada. Apresentada por Possas (2004).

24 Essa visão se justifica no Brasil pelo entendimento do § 1.º, art. 54, da Lei 8.884/94: "II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores finais, de outro".

preços também poderiam ser considerados pelas autoridades antitruste em favor da fusão. Isso, evidentemente, cria uma dificuldade adicional para a análise, por comparar ganhos de eficiência econômica com redução de CMg e de preços.

Por outro lado, o critério de eficiência alocativa poderia ser usado, sem priorizar o bem-estar do consumidor.²⁵ A vantagem nesse caso seria a coerência entre o critério de avaliação e o critério de aceitação de ganhos de eficiência alegados. Além disso, deixar-se-ia de fazer uma opção a favor dos consumidores em detrimento dos produtores, buscando o bem-estar total da economia.²⁶ No caso da jurisprudência norte-americana, que é a mais consolidada, isso seria uma mudança profunda. No Brasil, porém, o entendimento legal inviabilizaria esse caminho por indicar a necessidade de repartição dos ganhos da operação com os consumidores.

2.3. Vantagens e limitações

Ao longo das subseções anteriores foram levantadas diversas limitações no uso de modelos de simulação, especialmente no que tange à necessidade de escolhas e a sensibilidade dos resultados delas derivados. Recapitulando, as questões de maior destaque nos modelos de simulação mais usados, como apresentado neste trabalho, podem ser listadas como: dependência da forma funcional da demanda; premissa da função de CMg constante; simplicidade dos modelos de interação oligopolística; considerar neutras as outras etapas da cadeia produtiva (revendedores, por exemplo). Mais fundamental que essas limitações, os modelos de simulação estão ainda sujeitos à manutenção do paradigma estruturalista, com análise estática em equilíbrio geral. O desenvolvimento de um corpo teórico alternativo, porém, é ainda incipiente.

Por outro lado, as possibilidades dos modelos de simulação são inúmeras, dada a flexibilidade na escolha de premissas e hipóteses. De forma que nos casos concretos muitas simulações, partindo de diferentes escolhas e gerando resultados distintos, são apresentadas aos órgãos antitruste, exigindo destes capacitação e celeridade para interpretá-las e incorporá-las ou não como evidências no julgamento.

25 Ver o trabalho pioneiro de Williamson (1968).

26 Para uma defesa dessa escolha, ver Heyer (2006).

Nos EUA o excessivo e às vezes indiscriminado uso de simulações chegou a criar dificuldades nos julgamentos. Werden, Froeb e Scheffman²⁷ sugerem a criação de regras de aceitação de simulações de fusões, inspirados na “Disciplina Daubert”, estabelecida pela Suprema Corte norte-americana depois de um importante caso no início da década de 1990, que estabelecia que o testemunho de pareceristas técnicos (*experts*) precisa ser cientificamente válido, baseado em metodologia, e apenas admissível se for diretamente vinculado aos fatos do caso e ajude a resolver a disputa em questão.²⁸

A “Disciplina Daubert” aplicada ao uso de simulações em casos de fusão implicaria que (1) a simulação deve ser feita por alguém com experiência em modelagem estrutural de indústrias do mundo real e na teoria econômica aplicável; (2) os modelos econômicos usados na simulação e os métodos de estimação devem ser reconhecidos e considerados sólidos pelo amplo teste e uso na área econômica relevante; e (3) a simulação deve se adequar para explicar os dados do passado.²⁹

Esses princípios bastantes gerais são evidentemente razoáveis como critério para a aceitação de exercícios de simulação como evidência no julgamento. Deve-se lembrar, não obstante, que ao recomendar o uso de modelos consolidados a “Disciplina Daubert” acaba reduzindo a modelagem de interação oligopolística basicamente ao modelo de concorrência em preços de Bertrand, com produtos diferenciados, uma vez que outras possibilidades de modelagem – mesmo aquelas construídas sob o mesmo paradigma teórico de equilíbrio – são menos consolidadas no campo da pesquisa econômica aplicada.

Apesar das limitações, o uso de modelos de simulação traz muitos benefícios para a análise antitruste. Em primeiro lugar, o esforço de quantificar os efeitos de uma fusão é fundamental para que a autoridade de defesa da concorrência tome sua decisão com maior embasamento. A simulação mensura os possíveis impactos sobre preços e quantidades e, com isso, permite a ponderação de ganhos de eficiência.

27 Werden, Froeb e Scheffman (2004).

28 A “Disciplina Daubert” estabelece que qualquer parecer deve (1) estar justificado pelos dados e fatos apresentados; (2) ser produto de princípios e métodos reconhecidos; e, (3) os dados e fatos devem ser tratados pelos princípios e métodos reconhecidos.

29 Werden, Froeb e Scheffman (2004), p. 6.

Fornecer parâmetros quantitativos é fundamental para complementar a análise e as avaliações qualitativas por permitir comparações e considerações adequadas sobre os prováveis efeitos da operação.

Talvez a maior vantagem do uso de modelos de simulação seja a necessidade de explicitação das premissas e parâmetros usados, que força o conhecimento sobre o funcionamento do mercado em análise. Com isso, a decisão do órgão antitruste pode considerar a adequação dessas premissas e parâmetros à realidade e também testar a sensibilidade dos resultados da simulação a elas.

3. A experiência brasileira

O SBDC tem pouca experiência com o uso de simulações em análise de fusões horizontais. No caso de criação da Ambev, foi feito apenas um exercício e seus resultados não chegaram a ser considerados para a aprovação da operação. No caso da compra da Garoto pela Nestlé, por outro lado, o uso de modelos de simulação foi generalizado e, como se verá na subseção 3.2, foi também fonte de intensa controvérsia e debate técnico e teórico.

A incipiência brasileira com o uso desses modelos teve no caso Nestlé-Garoto uma inicial, porém intensa, demonstração das possibilidades dessa ferramenta. É de se esperar, portanto, que futuros casos incorporem simulações na análise, auferindo ao CADE evidências adicionais que auxiliem a decisão quanto à aprovação ou não da operação.

3.1. Ambev

A fusão das companhias de bebida Brahma e Antarctica, em 1999, criou a Companhia de Bebidas das Américas, Ambev.³⁰ No processo de análise do caso, levantou-se o problema de que a operação criaria concentração no mercado de cervejas muito elevada, que aumentaria o risco de abuso de poder de mercado.

Para mitigar esse risco, foram alegados ganhos de eficiência de diversas naturezas que, segundo as requerentes, reduziriam os custos de produção e, por sua vez, poderiam ser repassados aos preços finais.³¹ Um exercício de

30 Ato de Concentração 08012.005846/99-12, só foi julgado em 2000.

31 Para uma descrição das eficiências alegadas, ver o voto da Conselheira-relatora, Romano (2000), p. 57.

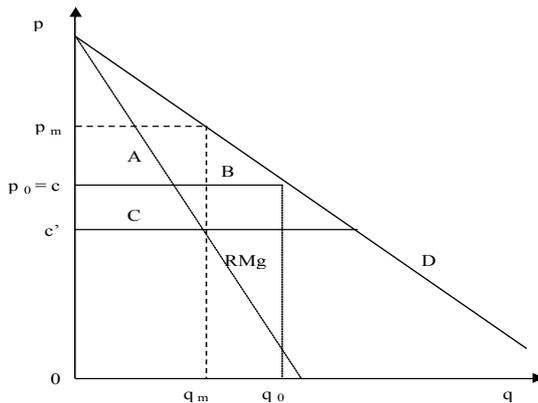
simulação foi apresentado mostrando que haveria ganhos de eficiência para a sociedade como um todo advindos da operação.³²

Diferentemente do padrão de Bertrand, com eficiência distributiva, tal como apresentado na seção anterior, o exercício nesse caso considerou o conceito de eficiência alocativa que, ao modo de Williamson, encontra melhora do bem-estar total advinda da fusão. A idéia principal é que, na pior das hipóteses a fusão gerará uma situação de monopólio, ou colusão, com elevação do preço p para o nível de monopólio p_m , onde se iguala o CMg à Receita Marginal (RMg) e se reduz a quantidade de q para q_m . A redução de CMg de c para c' , porém, pode gerar um resultado onde existe ganho líquido de bem-estar para a sociedade.

Graficamente, a comparação entre a situação pré e pós-fusão deve considerar as áreas A, B e C, como na Figura 1. Com a monopolização, os consumidores perdem bem-estar no equivalente às áreas A e B, enquanto os produtores elevam seu bem-estar no equivalente às áreas A e C.

A área A representa apenas uma transferência de bem-estar dos consumidores para os produtores. A área B, por sua vez, é o peso morto de monopólio, uma perda de bem-estar. Por fim, a área C é um ganho de bem-estar decorrente dos ganhos de eficiência gerados pela fusão. Assim, pelo critério alocativo, se a área C for maior que a área B a operação deve ser aprovada, por gerar um aumento total de bem-estar.

Figura 1 – Trade off entre perda de eficiência de peso morto e ganho de eficiência por redução de custos



Fonte: Possas (2003) p. 159, reproduzido de Williamson (1968).

32 A publicação do exercício está em Possas (2003).

Nesse sentido, a simulação apresentada pelas requerentes não descreveu o comportamento oligopolista, contornando essa questão partindo de concorrência perfeita pré-fusão e admitindo como resultado a possibilidade mais prejudicial possível ao bem-estar total que é o monopólio. Assumindo ainda uma função linear de demanda, tem-se que a área B é:

$$B = \frac{1}{2} \left(\frac{p_m - p_0}{p_0} \right)^2 \cdot p_0 \cdot q_m \cdot \epsilon$$

Onde ϵ é a elasticidade-preço da demanda, e a área C é definida como:

$$C = q_m \cdot (c - c')$$

Sendo o critério $C - B = 0$, implica que a condição para a aprovação da fusão é:

$$\frac{(c - c')}{c} \geq \frac{1}{2} \left(\frac{p_m - p_0}{p_0} \right)^2 \cdot \epsilon$$

Tendo esse resultado em mãos, foi possível avaliar a sensibilidade dos diferentes resultados, dependendo dos parâmetros escolhidos para os valores de elasticidade e redução de custos. Isso se mostrou necessário em primeiro lugar pela divergência entre a redução de custos alegada pelas requerentes, de 13,2%, e aquela calculada pela SEAE, de apenas 6,9%. Adicionalmente, as estimativas de elasticidades apresentaram diversas dificuldades teóricas e técnicas, com resultados inconclusivos,³³ por isso optou-se por avaliar a sensibilidade a esse parâmetro.

A análise de sensibilidade possibilitou calcular aumentos máximos de preços possíveis que seriam compensados pelos ganhos de eficiência e redução de custo, para diversas elasticidades-preço da demanda. Ou seja, indicar qual o montante de aumento de preços que seria tolerado após a fusão sem perder bem-estar total da sociedade. Por outro lado, permite também calcular quais são os ganhos de eficiência necessários para evitar aumentos de preços. Esse último exercício, apesar de possível com o instrumental utilizado, não foi feito.³⁴

³³ Ver Cysne, Issler, Rezende e Wyllie (2003).

³⁴ Graficamente, basta imaginar uma redução de custos tal que a linha do novo CMg cruze a RMg no nível de quantidade q_0 .

Há duas explicações plausíveis para essa ausência. A primeira sugere que a redução de custos necessária para compensar a manutenção de preços, sob a hipótese de monopólio, tivesse que ser muito elevada. Ou, por outro lado, porque ao assumir o critério de eficiência alocativa, a preocupação com a manutenção do nível de preços não era prioritária. Essa segunda explicação, porém, não encontra muita fundamentação, uma vez que foi apresentado também um exercício mostrando que haveria a possibilidade de redução de preços com manutenção da rentabilidade da empresa fusionada, dada a redução de custos, e isso seria uma evidência de que os consumidores poderiam ser beneficiados com a operação.

O CADE decidiu pela aprovação da operação com algumas restrições, mas desconsiderou o exercício de simulação apresentado, desqualificando os argumentos pelo uso do critério alocativo que não atende à exigência legal de que os benefícios econômicos da operação sejam repartidos com os consumidores. O efeito distributivo apresentado pelas requerentes foi, por sua vez, criticado por não haver nenhuma força econômica que levasse a nova empresa a reduzir seus preços, mesmo que sem perder rentabilidade tivesse espaço para isso. Os ganhos econômicos seriam apropriados pela empresa, segundo o voto da Conselheira-relatora.³⁵ Assim, nessa primeira experiência brasileira de uso de simulações em análise antitruste, o argumento não foi considerado como evidência.

3.2. Nestlé-Garoto

O caso da compra da Garoto pela Nestlé,³⁶ que geraria uma forte concentração no mercado de chocolates, é o que de fato inaugura o uso de modelos de simulação como evidência na análise antitruste no Brasil. Nessa oportunidade, o CADE avaliou uma série de estudos e exercícios apresentados pelas empresas requerentes e também pelas impugnantes (Kraft/Lacta e Mars) que estimaram a ordem de grandeza necessária de ganhos de eficiência necessária para gerar um equilíbrio pós-fusão sem aumento de preços, convergindo para algo como 12%. Com isso, decidiu-se pela não aprovação da operação porque as eficiências previstas não atingiam esse montante.

Esse caso mobilizou um grande número de pareceristas e especialistas, produzindo dezenas de documentos e estudos que usaram métodos quanti-

³⁵ Romano (2000), p. 60.

³⁶ Ato de Concentração 08012.001697/2002-89. Foi julgado em 2004.

tativos e modelos de simulação amplamente, o que gerou grandes debates técnicos e teóricos entre os defensores de cada parte. O tempo de análise foi também um dos maiores da história do SBDC, com quase dois anos, pela importância da operação e pelo volume de informação apresentada.

O cálculo das elasticidades-preço foi bastante controverso, dependendo das técnicas empregadas e disponibilidade de dados,³⁷ mas os resultados dos dois estudos foi muito semelhante, sendo um do professor Naércio Menezes Filho encomendado pela Nestlé, e outro pelo professor Denizard Alves, encomendado pela Kraft, “(...) a diferença primordial existe, não entre os parâmetros, mas no uso deles entre as partes interessadas”.³⁸ Dessa forma, apesar do emprego de técnicas distintas, iniciou-se já nessa etapa a convergência entre resultados apresentados pelas duas partes. O resultado de todos os estudos permitiu considerar um mercado relevante bastante abrangente por encontrar elasticidades cruzadas elevadas entre os diversos tipos de chocolates.

O primeiro exercício de simulação apresentado foi feito pela professora Elizabeth Farina, usando um sistema inspirado no modelo de Williamson, tal como no caso Ambev, preocupada em apontar que as eficiências geradas, pela redução de custo, são mais do que suficientes para compensar elevações de preços decorrentes de aumento do poder de mercado.

Adicionalmente, dada a importância do critério de eficiência distributiva e a manutenção do excedente do consumidor, argumentou-se que a elevação de preços não é uma estratégia ótima para as empresas no presente caso e que o ganho de eficiência deverá ser compartilhado com o consumidor por meio da redução de preços. Isso decorre das elasticidades estimadas que forçosamente levariam a uma redução do faturamento caso a empresa fusionada elevasse seus preços. As empresas do mercado, segundo o estudo, operam em grande grau de rivalidade e, usando teoria dos Jogos com o “Dilema dos Prisioneiros”, encontrou-se que as estratégias dominantes são a manutenção ou redução dos preços. Ressalta-se que não seria estratégia ótima para a Lacta ser seguidora e, portanto, fica afastada também a possibilidade de conluio.

Esse parecer gerou uma grande discussão com réplicas e tréplicas entre os consultores contratados pelas partes opostas. Para o que interessa ao pro-

37 Por falta de documentos públicos sobre o caso, seguir-se-á aqui o relato do Conselheiro-relator, em Andrade (2004), especialmente seções 6 e 7.

38 Citação de Menezes Filho, Andrade (2004), p. 21.

pósito deste trabalho, vale destacar o importante debate sobre as premissas utilizadas para a execução das simulações, sendo o mais interessante a admissão ou não da premissa de maximização de lucro da empresa. Os estudos da professora Farina assumiam que o objetivo da Nestlé era o crescimento da participação de mercado e não a maximização de lucros. A justificativa para isso é fundamentada em uma afirmação do relatório da Nestlé aos acionistas³⁹ e também na literatura de economia industrial, havendo “autores que sustentam que firmas controladas por executivos contratados maximizam vendas ao invés de lucros e que gerentes e outros agentes procuram maximizar valor para os acionistas; que *market share* é a estratégia de negócios mais importante para a negociação de aquisição de empresas; que a hipótese de maximização de lucros não é uma proposição comportamental ou um guia a ação, sendo que os gerentes, quando entrevistados, alegam outros objetivos”. Essa posição foi duramente rebatida pelos pareceristas contratados pela Kraft e também pelo Conselheiro-relator. Reconhecem que a maximização de lucros não é o único objetivo da empresa “entretanto, os modelos teóricos econômicos foram geralmente desenvolvidos para representar um contexto amplo no qual o objetivo financeiro das empresas é este mesmo, o de maximização de lucros”.⁴⁰

Assim, afirma-se a necessidade do rigor teórico de compatibilidade entre premissas e modelagem, tendo sido essa uma conclusão importante do debate que deverá ser usada também em casos futuros que envolvam simulações.

Em adendo aos pareceres da professora Farina, as requerentes apresentaram outros exercícios realizados pela LCA Consultores considerando algumas premissas adicionais que substituíram a modelagem das duramente criticadas estratégias ótimas da Nestlé. Nesse estudo, considerou-se que a produção estava limitada à sua capacidade produtiva, gerando aumento de preços quando a demanda supera a capacidade de oferta. Uma premissa adicional incluiu a limitação da variação de preços relativos dos produtos entre 0,8 e 1,2, de acordo com a experiência histórica. Por fim, uma terceira premissa admitiu que não poderia haver simultaneamente variação de preços e quantidades no mesmo sentido, por ferir a teoria econômica. Isso contrariaria os valores estimados para as elasticidades-preço da demanda. Os resultados

39 Ficou depois esclarecido que o texto do referido relatório afirmava o objetivo de crescimento sem perda de lucratividade.

40 As duas citações estão em Andrade (2004) p. 23.

desse estudo reforçaram os já obtidos anteriormente, que ganhos de eficiência na ordem de 10 a 12% seriam suficientes para impedir aumento de preços, dada a forte rivalidade entre as concorrentes nesse mercado.

A impugnante Kraft, por sua vez, apresentou um modelo de simulação executado pelos professores Fábio Kanczuc e Jorge Fagundes baseados nas premissas de comportamento de Bertrand com produtos diferenciados e equilíbrio não cooperativo de Nash, em linha com a jurisprudência norte-americana, tal como os modelos descritos na seção 2 deste trabalho.

Considerou-se para a simulação as mesmas elasticidades calculadas pelo professor Menezes Filho, a premissa de maximização de lucros e a função de custos marginais constantes. A forma funcional da demanda escolhida foi a isoelástica, gerando resultados baseados em critério de eficiência distributivo, tipo *price standard*, que apontaram para a necessidade de redução de 12% dos custos para evitar elevações de preços e, portanto, convergem com a avaliação das requerentes.

O voto do Conselheiro-relator é simpático ao estudo feito pelos professores Kanczuc e Fagundes indicando o reconhecimento de que esse tipo de simulação é adequado em análises de fusões horizontais. Uma crítica a essa simulação, apresentada pela Nestlé, foi feita pelo parecer do professor Paulo Picchetti, destacando o uso das hipóteses de competição de Bertrand, função custo marginal constante e função de demanda com elasticidade-preço constante. O argumento apresentado é o de que sob essas hipóteses o aumento de preços simulado é muito elevado. Com o uso de uma função de demanda linear, argumenta o professor, os preços aumentariam muito menos, e a necessidade de ganhos de eficiência para compensá-los é menor.

Como se discutiu na seção 2, modelos de simulação são muito sensíveis às hipóteses, sendo necessários diversos estudos e aprofundamentos que indiquem os parâmetros mais adequados ao caso. Segundo parecer do Dr. Lawrence Wu, apresentado pela Nestlé, “Um modelo de simulação somente será útil se as hipóteses utilizadas forem apoiadas pela experiência real do mercado relevante e caso as informações quantitativas fornecidas ao modelo sejam confiáveis e precisas”. Destaca-se ainda que as experiências com simulação nos Estados Unidos apontam para “obtenção de resultados tendenciosos de aumentos de preços por não levar em conta as reações dos concorrentes e dos varejistas”,⁴¹ além de outros erros de especificação do

41 Andrade (2004), p. 29

modelo, sobre o ambiente concorrencial e também nas informações e estimativas dos parâmetros.

A avaliação do Conselheiro-relator em seu voto é que apesar das críticas e limitações a todos os modelos as eficiências necessárias foram estimadas por vários consultores, das duas partes, em cerca de 12%. A divergência se encontra na possibilidade de essas eficiências serem alcançadas.⁴² A avaliação das eficiências, por sua vez, não aceitou todas aquelas que foram alegadas, afirmando que algumas delas são pecuniárias ou não são eficiência econômica *stricto sensu* ou ainda não são derivadas da operação. Aquelas que foram aceitas não atingiram patamar suficiente para compensar os 12% necessários.

A decisão pela solução estrutural, desfazendo a operação, não foi baseada na aceitação de um modelo e metodologia que tenha sido considerado mais adequado ao uso antitruste ou próximo da realidade, mas na conveniência de que todos os exercícios apresentados, empregando técnicas e hipóteses diferentes, convergiram para o mesmo resultado.

Dessa forma, esse pioneiro caso em que modelos de simulação foram importantes para uma decisão do CADE não estabeleceu jurisprudência sobre o tipo de modelagem mais adequado a ser feito. Por outro lado, afirmou o critério de eficiência distributiva.

3.3. CVRD

No caso de concentração na indústria de mineração, julgado em 2005, em que a Companhia Vale do Rio Doce (CVRD) adquiriu uma série de outras empresas,⁴³ também foram usados alguns exercícios de simulação pelas requerentes a fim de identificar os impactos das operações.

O uso de modelos de simulação nesse momento, porém, foi bastante reduzido se comparado ao caso Nestlé-Garoto, se restringindo a dois exercícios mais importantes que não foram decisivos na avaliação final do CADE.⁴⁴

42 Andrade (2004), p. 30.

43 Nesse caso foram julgados conjuntamente diversas operações que envolviam a CVRD nos mercados de produção e transporte de minério de ferro. Atos de Concentração 08012.000640/2000-09, 08012.001872/2000-76, 08012.005226/2000-88, 08012.005250/2000-17, 08012.002838/2001-08, 08012.002962/2001-65 e 08012.006472/2001-38.

44 Também nesse caso não se dispõe de referências públicas que descrevam os exercícios de simulação. Será apresentada, então, a descrição publicada no voto do Conselheiro-relator. Ver Cueva (2005) p. 49-50.

Um primeiro exercício de simulação dos professores Afonso Arinos Neto e João Victor Issler foi apresentado pelas requerentes. O modelo usado foi de oligopólio de Cournot, com bens homogêneos, demonstrando que a operação resultaria em ganhos líquidos na soma dos aumentos de lucros das empresas em vendas externas e do excedente do consumidor. O Conselheiro-relator critica o exercício por não se adequar aos parâmetros do mercado em questão, que funciona por liderança de preços e não Cournot, como foi “exaustivamente demonstrado”.⁴⁵ Nesse sentido, fica claro que o uso de modelos de simulação deve se adequar a explicar o funcionamento real do mercado, incorporando as premissas corretas e que esteja de acordo com a avaliação qualitativa do caso.

Outra crítica feita é a de que o resultado de ganhos líquidos da operação computa um suposto aumento de lucros das outras empresas brasileiras exportadoras concorrentes, devido ao aumento de preços no mercado internacional. Esse resultado é, segundo o Conselheiro-relator, inverídico. As operações analisadas dariam à CVRD o “monopólio na logística do minério de ferro e, provavelmente, terá incentivos em dificultar o acesso a suas concorrentes”,⁴⁶ dessa forma as outras mineradoras brasileiras não teriam como usufruir o aumento de preços no mercado internacional por não terem livre acesso devido às restrições logísticas na exportação.

Outro parecer, dos professores Jorge Fagundes e Fábio Kanczuk, também apresentado pelas requerentes, usou um modelo do tipo Williamson, com empresa dominante e franja competitiva, assumindo critério de excedente total para indicar que as operações terão efeitos positivos. A crítica, e não aceitação do argumento como evidência para a análise, repete aquilo discutido nos casos anteriormente apresentados, qual seja, que o modelo de Williamson usa um critério de eficiência alocativa, que não está de acordo com a legislação brasileira que exige distribuição dos ganhos com os consumidores. Os resultados da simulação de Fagundes e Kanczuk⁴⁷ indicam que haveria aumento de preços e, como destaca o Conselheiro-relator, sob um critério distributivo a operação não poderia ser aprovada.

As operações foram aprovadas com algumas restrições. A decisão final não incorporou os modelos de simulação apresentados como evidências

45 Cueva (2005), p. 49.

46 Cueva (2005), p. 50.

47 Deve-se notar que curiosamente esses são os mesmos autores da simulação usando critério distributivo, de manutenção de preços, no caso Nestlé-Garoto.

na análise, mas o voto do Conselheiro-relator aponta para a reafirmação de jurisprudência no SBDC do critério distributivo, de manutenção dos preços, em acordo com a interpretação da legislação, e também a necessidade de coerência entre a modelagem e o funcionamento real do mercado.

4. Comentários finais

Neste trabalho apresentou-se em termos teóricos a metodologia mais consolidada na jurisprudência internacional para a realização de simulações de efeitos unilaterais de fusões horizontais, qual seja, o uso de modelos de Bertrand.

Na seqüência, vimos que na recente experiência brasileira outras metodologias também foram usadas, mas fortemente criticadas. Os modelos de Bertrand usados no Brasil receberam comentários quanto à sensibilidade de suas hipóteses e também quanto a sua adequação ao mercado em análise, a mesma prudência requerida pela jurisprudência internacional. Por sua vez, o critério de eficiência distributiva, devido à fundamentação legal, foi estabelecido como referência obrigatória.

O modelo de simulação é uma ferramenta muito poderosa para estabelecer evidências quantitativas a serem consideradas na análise. Entretanto, não se deve abrir mão de uma avaliação qualitativa rigorosa que possa, por um lado, calibrar adequadamente as simulações e, por outro lado, servir de base para a análise e dar os parâmetros para a adequada consideração dos resultados quantitativos.

A aplicação da teoria econômica à prática antitruste tem se mostrado cada vez mais rigorosa e auxiliado nas decisões de forma relevante. A disponibilidade de dados e informações que permitam modelar de forma mais real o comportamento dos mercados ainda é o maior desafio, não só no âmbito acadêmico, mas principalmente na prática dos órgãos de defesa da concorrência. Nesse caso, a necessidade de uma decisão normativa, dentro do princípio de celeridade, força que sejam estabelecidos alguns critérios para a incorporação de resultados de simulações nas avaliações antitruste, como é o caso da proposição de uma cartilha do tipo Disciplina Daubert.

No Brasil, porém, depois da intensa experiência no caso Nestlé-Garoto, o SBDC, embora tenha passado a se preocupar mais com as possibilidades do uso de simulação nas análises, não estabeleceu nenhuma espécie de critérios adicionais para a aceitação desse tipo de evidência. Isso pode indicar

que em casos futuros outros intensos debates técnicos possam ser travados. Possivelmente, porém, a criação de jurisprudência e também de critérios do tipo Daubert pode acontecer com certa rapidez, valendo-se da experiência internacional.

Referências bibliográficas

- ANDRADE, T. (2004). Voto do Conselheiro-relator, Ato de Concentração 08012.001697/2002-89. CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/jurisprudencia/arquivosPDF/voto-AC-2002-08012-001697-nestle-garoto-andrade.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2007.
- CARLTON, D. W (2004). Using economics to improve antitrust policy. Columbia Business Law Review, Forthcoming Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=558363>>. Acesso em: 15 jul. 2007.
- CUEVA, R. V. B. (2005). Voto do Conselheiro-relator, Atos de Concentração 08012.000640/2000-09, 08012.001872/2000-76, 08012.005226/2000-88, 08012.005250/2000-17, 08012.002838/2001-08, 08012.002962/2001-65 e 08012.006472/2001-38. CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/ASPItranet/temp/temp718200763150PM.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2007.
- CYSNE, R. P.; ISSLER, J. V.; REZENDE, M.; WYLLIE, R. (2003). Demanda por cerveja no Brasil: um estudo econométrico. In: MATTOS, C. (2003). *A revolução antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular.
- FISHER, A.; LANDE, R. (1983). Efficiency considerations in mergers enforcement. *California Law Review*, v. 71, n. 6.
- GUIDELINES (1992). Horizontal merger guidelines, do US Department of Justice and Federal Trade Commission. Disponível em: <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html>. Acesso em: 4 jun. 2007.
- HAY, D.; MORRIS, D. (1991). *Industrial economics and organization: theory and evidence*. Oxford: Oxford University press.
- HEYER, K. (2006). Welfare standards and merger analysis: why not the Best? *Competition Policy International*, v. 2, n. 2, Autumn.
- HOVENKAMP, H. (2005). *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. Third Edition. Thomson West.
- HUSE, C.; SALVO, A. (2006). Estimacão e identificacão de demanda e de oferta. In: FIÚZA, E. P. S.; MOTTA, R. S. (2006). *Métodos quantitativos e defesa da concorrência*. Rio de Janeiro: IPEA.
- MOTTA, M. (2004). *Competition Policy, theory and practice*. Cambridge University Press.

- O'BRIEN, D. P.; SHAFFER, G. (2003). Bargaining, bundling and clout: the portfolio effects of horizontal merges. Federal Trade Commission, Bureau of Economics, Working Paper 266. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/be/workpapers/wp266.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2007.
- PIONER, H. M.; CANÊDO-PINHEIRO, M. (2006). Margens de erro e eficiências em fusões. In: FIÚZA, E. P. S.; MOTTA, R. S. (2006). *Métodos quantitativos e defesa da concorrência*. Rio de Janeiro: IPEA.
- POSSAS, M. L. (2003). Avaliação de eficiências compensatórias no caso Ambev. In: MATTOS, C. (2003). *A revolução antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*. São Paulo: Singular.
- _____. (2004). Eficiência seletiva: uma perspectiva neo-schumpeteriana evolucionária sobre questões econômicas normativas. *Revista de Economia Política*, São Paulo, SP, v. 24, n. 1, p. 73-94.
- ROMANO, H. (2000). Voto da Conselheira-relatora, Ato de Concentração 08012.005846/99-12. CADE. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/ASPItranet/temp/temp7182007113337AM.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2007.
- SCHERER, F.; ROSS, D. (1990). Industrial market structure and economic performance. Houghton Mifflin.
- WERDEN, G. J. (2002). A perspective on the use of econometrics in merger investigations and litigation. *Spring Antitrust* 55-58.
- WERDEN, G. J.; FROEB, L. M. (1994). The effects of merger in differentiated products industries: logit demand and merger policy. *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 10, p. 407-426.
- WERDEN, G. J.; FROEB, L. M. (1996). Simulation as an alternative to structural merger policy in differentiated product industries. In: COATE, M. B.; KLEIT, A. N. (Eds.) *The economics of the antitrust process*. Kluwer Academic Publishers.
- WERDEN, G. J.; FROEB, L. M.; SCHEFFMAN, D. T. (2004). A daubert discipline for merger simulation. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/be/daubertdiscipline.pdf>>. Acesso em: 14 jul. 2007.
- WILLIAMSON, O. (1968). Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs. *American Economic Review*, n. 58.



DEFESA DA CONCORRÊNCIA NOS MERCADOS DE TELEFONIA FIXA LOCAL NO BRASIL: 10 ANOS DE COEXISTÊNCIA ENTRE O DIPLOMA ANTITRUSTE E A LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES

Priscila Brolio Gonçalves

I. Sumário

O objetivo deste artigo não é esgotar a análise das questões concorrenciais no setor de telecomunicações, discutir a teoria das imunidades implícitas ou propor soluções definitivas para problemas recorrentes. Também não pretende dar prognósticos sobre competitividade para os próximos anos nos vários mercados desses serviços. Nossa proposta é colocar em perspectiva os 10 anos de existência da Lei Geral de Telecomunicações, sob a ótica concorrencial, com destaque para a telefonia fixa.

Ao longo dessas páginas, identificaremos problemas concorrenciais que marcaram o período, e os remédios adotados pelas autoridades regulatória e de concorrência, inclusive a recente implantação pela ANATEL de regulamento baseado no conceito de Poder de Mercado Significativo, oriundo do direito da concorrência.

Estariam tais problemas resolvidos ou caminhando para solução satisfatória? Com vistas a uma resposta tentativa a essa pergunta, analisaremos brevemente o papel da convergência tecnológica e a sua capacidade para solucionar eventuais questões persistentes. Analisaremos, ainda, caso paradigmático no direito comparado que, apesar de vintenário, continua oferecendo ensinamentos atuais.

Olhando para o passado recente e para a experiência alienígena, é possível extrair algumas lições – ainda que singelas – para o futuro, especialmente no que se refere à interação entre autoridades de regulação e de concorrência, não sob uma perspectiva de eventual conflito de atribuições, mas sob a ótica cooperativa, em busca dos objetivos estabelecidos pela Constituição Federal para a ordem econômica, no Brasil, fundada na livre-iniciativa e na livre concorrência.

II. Breve histórico das privatizações (e antecedentes) no setor brasileiro de telecomunicações: um modelo fundado na concorrência

No início da década de 1960, cabia à União, aos Estados e aos Municípios a exploração, de acordo com o seu âmbito, dos serviços de telecomunicações, diretamente ou mediante outorga (cf. Constituição Federal de 1946).

Havia então cerca de 1.200 empresas telefônicas no País, a grande maioria de médio e pequeno portes, que não tinham, todavia, qualquer coordenação entre si ou compromissos com diretrizes comuns de desenvolvimento e de integração dos sistemas, o que representava grandes obstáculos para o bom desempenho do setor.

Essa situação precária levou à promulgação, em agosto de 1962, do Código Brasileiro de Telecomunicações (CBT – Lei 4.117), o primeiro grande marco na história das telecomunicações no Brasil. Com o seu advento, os serviços de telégrafos, radiocomunicações e telefonia interestadual passaram a pertencer exclusivamente à União.

A criação da Embratel, prevista naquele diploma legal, deu-se em setembro de 1965, assumindo a referida empresa a exploração dos serviços internacionais.

As medidas decorrentes do CBT levaram a uma melhoria significativa nos serviços interurbanos e internacionais, mas o mesmo não ocorreu nos serviços locais. Isso fez que, em 1972, por meio da Lei 5.792, fosse criada a Telecomunicações Brasileiras S.A. – TELEBRÁS, entidade pública destinada a planejar e coordenar as telecomunicações de interesse nacional, que passou a adquirir e absorver as prestadoras de serviços telefônicos no Brasil, visando consolidá-las em empresas de âmbito estadual.

A fragmentação do poder de outorga de concessões, entretanto, foi superada apenas em 1967, com a edição do Decreto-lei 162, que entregou esse poder à União, com exclusividade. Essa disposição foi consolidada pela Constituição Federal de 1967.

A Constituição de 1988, por seu turno, ampliou a competência da União, determinando que os serviços públicos de telecomunicações somente poderiam ser explorados por essa unidade da Federação, diretamente ou por meio de concessões a empresas sob controle acionário estatal (CF/88, art. 21, redação antiga).

Desse modo, no momento precedente às privatizações no setor, os serviços públicos de telecomunicações no Brasil eram explorados pelas seguintes empresas: (i) uma *holding* (TELEBRÁS); (ii) uma subsidiária *carrier* de longa distância nacional e internacional, que explorava também serviços de comunicações de dados e telex (Embratel); 27 subsidiárias de âmbito estadual ou local; e quatro empresas independentes, três estatais (CRT, SERCOMTEL e CETERP) e uma privada (CTBC).

Até meados da década de 1980, o setor de telecomunicações vinha mantendo seu crescimento e apresentando um nível razoável de atualização tecnológica.¹ No entanto, na década que precedeu às privatizações, os usuários passaram a enfrentar diversos problemas (baixa qualidade dos serviços, alta taxa de congestionamento das linhas, alto custo dos terminais e instalações, existência de muitas localidades não atendidas e longo prazo de espera para a instalação de linhas),² atribuídos à ausência de recursos para investir e à acomodação resultante da ausência de competição no setor.

Foi nesse contexto que o governo brasileiro decidiu eliminar o monopólio estatal das telecomunicações e posteriormente privatizar o sistema, iniciando um processo de reestruturação setorial com o objetivo de atrair investimentos privados e modernizar a infra-estrutura, passando a exercer um papel predominantemente regulador.

Esse processo foi marcado, em 1995, pela Emenda Constitucional 8, que alterou o art. 21, XI e XII, *a*, da Constituição Federal, a fim de permitir

- 1 Vide PASTORIZA, Florinda Antelo. Privatização na indústria de telecomunicações: antecedentes e lições para o caso brasileiro, *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, p. 5-52, jul. 1997.
- 2 Dados da ANATEL indicam que, nesse período, o tráfego telefônico aumentou em proporções significativas – mais de 900% no serviço local (1.200% entre 1974 e 1994) e mais de 1.700% no serviço interurbano (1.800% de 1974 a 1994) –, crescimento que não foi acompanhado pelo aumento de capacidade de atendimento. A demanda por acesso aos serviços telefônicos básicos, incluindo a demanda por novas linhas, também era atendida de forma morosa e ineficiente. Adicionalmente, constatou-se que mais de 80% dos terminais residenciais concentravam-se nas famílias de classes “A” e “B”, evidenciando que as classes menos favorecidas não dispunham de atendimento individualizado. Essas pessoas também não podiam contar com um atendimento coletivo adequado, uma vez que os telefones públicos eram insuficientes e mal distribuídos geograficamente (a quase totalidade dos terminais existentes localizava-se nas áreas urbanas, sendo extremamente reduzido o atendimento a usuários nas áreas rurais).

a exploração pela iniciativa privada do setor de telecomunicações, por meio de autorização, permissão ou concessão.

Também em 1995, o Governo Federal enviou ao Congresso Nacional o projeto que veio a se transformar na Lei 9.295/96 (conhecida como “Lei Mínima”), que disciplinou a abertura à competição de alguns mercados atrativos ou estratégicos para os investimentos privados (v.g., os serviços de telefonia móvel celular).

Posteriormente, foi promulgada a Lei 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), que alterou profundamente o modelo brasileiro até então existente, criando a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e autorizando o Poder Executivo a promover a reestruturação e desestatização das empresas integrantes do Sistema TELEBRÁS. Note-se que a Lei de Defesa da Concorrência hoje em vigor (Lei 8.884/94) havia sido promulgada apenas 3 anos antes.

Cumprir observar que, à época, os objetivos apontados pelas autoridades públicas como justificadores do processo de privatização foram: (i) a introdução do regime de competição na prestação de serviços de telecomunicações, visando ao benefício do usuário e ao aumento da produtividade da economia brasileira; e (ii) a universalização dos serviços por meio de compromissos a serem assumidos pelos particulares no sentido de realizarem investimentos de monta no setor.³

Alejandra Herrera comenta que a reforma regulatória das telecomunicações no Brasil diferenciou-se dos processos implementados em boa parte da América Latina principalmente porque (i) a universalização dos serviços e a introdução imediata da concorrência foram enfatizadas como objetivos centrais, aos quais devia subordinar-se a obtenção do maior preço possível pela venda do controle acionário das estatais, (ii) a privatização foi precedida da aprovação da LGT e da criação da ANATEL, com amplos poderes de regulação e fiscalização, e (iii) a lei estabeleceu de forma explícita a aplicabilidade da legislação concorrencial ao setor e reafirmou as competências do CADE, órgão responsável pela sua implementação na esfera administrativa.⁴

3 *Gazeta Mercantil*, edições de 29.05.1998 (“Caderno Dossiê Telecomunicações nas Empresas”) e de 10.06.1998, p. B-1 (“FHC aprova preço mínimo”). Vide, ainda, PASTORIZA (ob. cit.).

4 HERRERA, Alejandra. *Introdução ao estudo da Lei Geral de Telecomunicações no Brasil*. São Paulo: Singular, 2001, p. 30.

A fim de efetivar as metas estabelecidas, o Ministério das Comunicações elaborou um modelo, implementado por meio da edição de diversos decretos, aprovando os Regulamentos elaborados pelo próprio Ministério e pela ANATEL, bem como o Plano Geral de Outorgas (PGO – Decreto 2.534/98) e o Plano de Metas para a Universalização dos Serviços Prestados sob o Regime Público (Decreto 2.592/98).

O Modelo de Reestruturação e Desestatização do Sistema TELEBRÁS foi aprovado pelo Decreto 2.546, de 14 de abril de 1998, com estrutura que previa a cisão parcial da TELEBRÁS em 12 empresas que a sucederiam como controladoras das Teles Estaduais e Regionais e seriam alienadas de forma independente. Três dessas novas empresas controlariam as Regiões I, II e III, nas quais foi dividido o território brasileiro, conforme o PGO do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC, aprovado pelo Decreto 2.534, de 2 de abril de 1998:

Região	Área geográfica	Empresas controladas pelas novas holding
I	Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará, Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima	TELERJ, TELEMIG, TELEST, TELEBAHIA, TELESERGIPE, TELASA, TELPE, TELPA, TELERN, TELECEARÁ, TELEPISA, TELMA, TELEPARÁ, TELEAMAPÁ, TELAMAZON, TELAIMA
II	Distrito Federal, Goiás, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Rondônia, Acre, Tocantins, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul	TELEBRASÍLIA, TELEGOIÁS, TELEMS, TELEMAT, TELERON, TELEACRE, TELEPAR, TELESC, CTMR
III	São Paulo	TELESP, CTBC

A Embratel seria vendida separadamente e prestaria serviços de STFC de longa distância em todo o território nacional.

As oito *holdings* restantes prestariam serviços de telefonia celular em 10 áreas de concessão.⁵

5 As oito *holdings* restantes prestariam serviços de telefonia celular em 10 áreas de concessão. Posteriormente, introduziu-se a concorrência nessas áreas, com a licitação da denominada banda B (de modo que cada região passou a contar com duas operadoras); mais tarde ainda, houve a implantação da telefonia móvel nas bandas C,

O modelo originalmente estabelecido para os serviços de telefonia fixa⁶ tinha as seguintes características:

- (i) os adquirentes das concessionárias das Regiões I, II e III do PGO do STFC teriam direito à exploração dos serviços locais e de longa distância nacional dentro das respectivas regiões;
- (ii) o adquirente da Embratel teria direito à exploração dos serviços de longa distância nacional (intra e inter-regional) e internacional em todo o território brasileiro (Região IV);
- (iii) tanto os adquirentes das concessionárias das Regiões I, II e III quanto o adquirente da Embratel (Região IV) deveriam cumprir as metas de universalização do Plano Geral aprovado pelo Decreto 2.592/98;
- (iv) posteriormente à privatização do sistema TELEBRÁS, seriam concedidas autorizações para exploração dos serviços de telefonia fixa pelas denominadas empresas “espelho”, sendo uma para cada região; as empresas “espelho” não estariam submetidas às metas de universalização;
- (v) as empresas adquirentes das concessões do sistema TELEBRÁS, bem como suas coligadas, controladoras ou controladas, não poderiam concorrer à licitação para a exploração dos serviços de telefonia como empresas “espelho” na mesma região em que detivessem a respectiva concessão;
- (vi) a partir de 31 de dezembro de 2001, deixaria de existir qualquer limite ao número de prestadoras de serviços de telefonia fixa;
- (vii) a partir de 31 de dezembro de 2001, as concessionárias de STFC que antecipassem suas metas (ou seja, que cumprissem as obrigações de universalização) poderiam atuar em outras regiões, mediante autorização, concorrendo com as operadoras locais (concessionárias e “espelho”).

D e E, que formaram a segunda geração do segmento do país, denominada Serviço Móvel Pessoal (SMP).

6 Vide LGT (Lei 9.472/97), Plano Geral de Outorgas (Decreto 2.534/98) e Plano de Metas para a Universalização dos Serviços Prestados Sob o Regime Público (Decreto 2.592/98).

As justificativas mais importantes para proceder à regionalização do sistema nacional de telecomunicações, determinada pelo PGO do STFC, foram as seguintes:

- (i) a regionalização serviria para criar um sistema de incentivos para obter a mais rápida universalização do STFC, pelo fato de as concessionárias não poderem atuar fora das respectivas regiões de outorga ou prestar novos serviços até não terem cumprido determinadas metas de universalização;
- (ii) a criação da Região IV, onde a Embratel operaria como empresa independente das concessionárias locais, permitiria que se iniciasse, de imediato, uma significativa competição entre esta empresa e cada uma das concessionárias locais na prestação de serviços de longa distância, sendo que, em 2003, existiria ao menos uma empresa (Embratel) com presença nacional, capaz de concorrer em todos os mercados, inclusive no de STFC local;
- (iii) acreditava-se que as concessionárias locais, após 2002, quando fossem liberadas para atuar fora de suas áreas de concessão, constituiriam um grupo de empresas com considerável infra-estrutura própria, e concorreriam, em razoável pé de igualdade, na prestação de todos os serviços;
- (iv) a regionalização facilitaria a introdução imediata de várias novas concorrentes, as chamadas empresas “espelho” e “espelhinho”;
- (v) a regionalização permitiria fortalecer a capacidade regulatória do Estado, facilitando o trabalho da ANATEL ao menos de três formas: (a) permitindo à Agência avaliar a evolução dos mercados por comparação entre empresas aproximadamente equivalentes em termos de capacidade tecnológica e financeira; (b) fazendo de cada concorrente um potencial fiscal de condutas abusivas das outras empresas; e, sobretudo, (c) evitando que a ANATEL se defrontasse com uma única e gigantesca empresa com monopólio sobre o conjunto dos recursos materiais e humanos disponíveis no setor privado.

Percebe-se, pois, a nítida preocupação de introduzir a concorrência na indústria de telecomunicações, tendo a LGT estabelecido diversas normas

comportamentais (dirigidas às operadoras) nesse sentido⁷ e, ainda, outorgado às autoridades de defesa da concorrência e à ANATEL uma gama ampla de instrumentos para implementar o seu poder-dever de agir em defesa de tal intuição no setor, em benefício dos cidadãos.

Com esse arcabouço institucional, as privatizações foram efetuadas e os serviços de telefonia fixa passaram, então, a ser operados por quatro concessionárias: Telemar (Região I), Brasil Telecom (Região II), Telefonica (Região III) e Embratel (Região IV).⁸

Posteriormente, foram realizadas novas licitações, dessa vez para a outorga de autorização às empresas “espelho”, sendo certo que foram vencedoras a Vésper S.A. e a Vésper São Paulo S.A., respectivamente para as Regiões I e III do PGO do STFC; a GVT (Global Village Telecom), para a Região II; e a Intelig, para a Região IV do PGO.

Mais tarde, ainda, entraram as denominadas “espelinho”, empresas de atuação geograficamente mais limitada que as “espelho”, com autorização

7 Como destacado por Alejandra Herrera, “apesar de não mais se tratar de um monopólio natural no setor de telecomunicações, as forças do mercado não levam naturalmente à substituição do monopólio por uma estrutura de mercado com concorrência”. Por isso, não basta modificar a legislação, autorizando a entrada de novas empresas no mercado; o governo deve intervir de modo a evitar que o monopólio persista ou que “transite para um oligopólio de condutas cartelizadas”. Nesse contexto, “com o objetivo de impedir que as empresas dominantes utilizem sua posição vantajosa para ocupar espaços adicionais nos mercados fazendo uso de estratégias predatórias”, a LGT proibiu (i) a utilização de subsídios cruzados para a redução artificial de preços, (ii) a utilização de informações obtidas dos concorrentes, em virtude de acordos de prestação de serviços, objetivando vantagens concorrenciais, (iii) a exploração, direta ou indireta, pela mesma pessoa jurídica, da mesma modalidade de serviço nos regimes público e privado (salvo em localidades distintas), além de (iv) estabelecer a obrigação das concessionárias de manterem registros contábeis separados por serviço, caso explorem mais de uma modalidade de serviço. Determinou, ademais, o *disclosure* de informações técnicas e comerciais relevantes à prestação de serviços por outrem. Simultaneamente, “uma série de regras de interconexão e sobre formas de tornar disponíveis as redes para uso pelos concorrentes têm como objetivo fundamental viabilizar a entrada de novos concorrentes em mercados inicialmente dominados por alguma empresa e impedir abusos de poder de mercado” (ob. cit., p. 26-27 e 98-99).

8 Das empresas independentes (não integrantes do Sistema TELEBRÁS), continuaram operando a CTBC Telecom (setor 3 da Região I, setores 22 e 25 da Região II e setor 33 da Região III do PGO do STFC) e a Sercomtel (setor 20 da Região II).

para concorrer no âmbito municipal, no fornecimento de linhas telefônicas e ligações locais.

Apesar de alguns descruzamentos societários e de consolidações ocorridas no setor, entre as quais se destaca a operação Embratel/Vésper, e diversas fusões ou parcerias entre operadoras móveis, bem como entre operadoras de telefonia fixa, de um lado, e operadoras móveis ou prestadoras de serviços de TV por assinatura, de outro (e.g., Telefonica/Vivo, Embratel/Claro, Embratel/NET e Telefonica/TVA), as quais não serão analisadas neste artigo, *não houve modificações substanciais no quadro acima.*

Ou seja, no que tange à telefonia fixa local, continuam existindo três operadoras locais de grupos distintos (incumbentes), cada uma enfrentando a concorrência de (pelo menos) uma empresa independente na sua respectiva região de concessão.

III. A situação da telefonia fixa local hoje: convergência para gerar concorrência?

Analisando a estrutura da indústria de telecomunicações no Brasil hoje, verificamos que a competição almejada originalmente pelo Poder Público não logrou ser alcançada em todos os mercados.

No que se refere particularmente aos serviços de telefonia fixa, as operadoras locais continuam monopolizando as áreas que lhes foram atribuídas segundo o PGO, sendo baixíssima a penetração das empresas concorrentes nos diversos mercados relevantes de STFC local. Em março de 2006, a Telemar ainda mantinha 93,5% de participação de mercado na Região I; a Brasil Telecom, 93,1% na Região II; e a Telefonica, 95% na Região III. Nenhuma delas atua de forma relevante fora de suas regiões de concessão, embora todas já estejam hoje autorizadas a tanto pela ANATEL.⁹

Na verdade, a ocupação do mercado pelas empresas autorizadas encontra-se muito aquém do previsto na época da privatização. Na Região I, em vez dos 8% de mercado previstos inicialmente, as autorizadas detêm 6,5%; na Região II, em vez de 13%, as autorizadas detêm menos de 7%; na Região III, em vez de 15%, as autorizadas têm 5%. Ademais, ficou evidente que as

9 Os dados foram extraídos de apresentação de Ara Apkari Minassian, Superintendente de Serviços de Comunicação de Massa da ANATEL, ao Plenário do CADE, em 10.05.2007.

empresas autorizadas praticamente abandonaram a competição pelos clientes residenciais de telefonia fixa, direcionando suas atividades para segmentos mais lucrativos, como o corporativo.

Seria a convergência – que, em termos bastante simples, consiste na possibilidade (impulsionada por avanços tecnológicos) de prestação de diversos tipos de serviços com base em uma única infra-estrutura ou plataforma, v.g., a oferta de serviços de TV por assinatura (imagem), Internet de alta velocidade (dados) e telefonia móvel ou fixa (voz), a partir da mesma rede (cabo ou DSL¹⁰) – capaz de solucionar o problema?

A convergência já é uma *realidade* para diversos serviços. Empresas como a Embratel, por exemplo, utilizam redes de TV por assinatura para ofertar serviços locais de telefonia fixa a usuários de TV a cabo ou assinantes de Internet banda larga.

A propósito, a utilização das redes de TV por assinatura para a prestação de serviços de telefonia e vice-versa tem gerado grande controvérsia. Se, por um lado, não há impedimento legal para que as prestadoras de serviços de TV por assinatura ingressem nos mercados de ligações locais (como fez a Embratel, ao ofertar o “Net Fone”), o caminho inverso (ou seja, a utilização das redes de telefonia para a prestação de serviços de TV por assinatura) é vedado. Aqueles que sustentam a manutenção de tal política (ou, alternativamente, uma abertura lenta e gradativa do mercado para as operadoras tradicionais de telecomunicações), entre eles as ofertantes de TV por assinatura, geralmente argumentam que as concessionárias de telefonia local estenderiam seus monopólios para o novo mercado. Já os que defendem a abertura imediata do mercado de TV por assinatura para as concessionárias locais de telecomunicações (inclusive as próprias) aduzem que tal mercado, bastante concentrado no Brasil, só teria benefícios, já que as telefônicas, aproveitando a universalização das suas redes de banda larga, ampliariam a prestação de serviços de TV por assinatura, levando-os, inclusive, a regiões inóspitas e pouco lucrativas (onde as empresas de TV por assinatura não demonstraram interesse em operar).

Em audiências públicas recentemente conduzidas no CADE, com a participação de autoridades e representantes do mercado e da sociedade, as operadoras de telefonia expuseram que a falta de concorrência na TV a cabo tem causado o aumento dos preços, pois em muitas cidades há um operador

10 *Digital Subscriber Line.*

único, sendo certo que nos países onde se permitiu a prestação de serviços de TV por assinatura por DSL, os preços foram sensivelmente reduzidos. Por seu turno, prestadoras de serviços de TV por assinatura sustentaram que muitos países adotaram a fixação de prazos para ingresso das operadoras de telefonia no mercado de TV por assinatura, a fim de evitar o ocorrido em algumas jurisdições, onde as empresas telefônicas acabaram dominando o mercado.

Há vasto campo para debate sobre regulação e concorrência no setor de TV por assinatura. No entanto, não nos alongaremos no tema, que foi trazido exclusivamente para ilustrar os benefícios que pode trazer a convergência tecnológica para a sociedade. Em síntese, a convergência possibilita introduzir concorrência em mercados onde sequer se cogitava da sua viabilidade e já está revolucionando vários setores da indústria de comunicações em geral.

Ocorre que a convergência tecnológica ainda está longe de resolver os problemas mais freqüentes relacionados aos serviços de telefonia local no Brasil, que assumem grande importância em um país onde a maioria da população não tem acesso a TV a cabo, não podendo, desse modo, contar com as prestadoras de serviços de TV por assinatura como ofertantes alternativos de STFC local.

Em outras palavras, ainda que novas tecnologias (como WiMAX¹¹ e o próprio cabo) efetivamente tenham o condão de substituir a última milha,¹²⁻¹³ suplantando, de uma vez por todas, os argumentos de que os serviços locais

- 11 WiMAX (Worldwide Interoperability for Microwave Access) é uma tecnologia que permite transmitir dados em longa distância, sem a necessidade de redes físicas. Criada pelo WiMAX Forum, formado em 2001, é definida pelos seus inventores como “standards-based technology enabling the delivery of last mile wireless broadband access as an alternative to cable and DSL”.
- 12 Em telecomunicações, a expressão “última milha” refere-se aos meios físicos que possibilitam que os sinais (voz e dados) cheguem até seu destino, ou seja, até o local específico em que se encontra o usuário, seja uma residência ou uma unidade empresarial.
- 13 As discussões técnicas a respeito da capacidade de tecnologias mais novas (sem fio) substituírem a “última milha” são infundáveis e muito além de nossa compreensão leiga. Para resumir, basta mencionar que as incumbentes sustentam que as tecnologias sem fio (Wi-fi e Wi-MAX) substituem o acesso físico à última milha, enquanto as demais operadoras questionam tal argumento, alegando que os custos *vis-à-vis* o retorno esperado, embora sejam inferiores aos custos de duplicação da rede física (proibitivos), não justificariam os investimentos, senão em certas regiões.

de telefonia fixa constituem monopólio natural¹⁴ e de que as redes são infra-estruturas essenciais, uma parte considerável da população brasileira não teria como se beneficiar disso a curto prazo. Os segmentos de mais baixa renda não têm acesso aos serviços de TV por assinatura (e às infra-estruturas que permitem a sua prestação) e provavelmente não representam atrativo para investimentos de terceiros (novos entrantes) em tecnologias alternativas (sem fio) que substituam as redes físicas. Ou seja, para tal camada da população brasileira, os serviços de telefonia local (e, quando muito, Internet), ainda são prestados por meio das redes tradicionais, e o acesso ocorre via última milha.

Em suma, a despeito da convergência e do surgimento de novas tecnologias, não existe, ainda, um bom substituto para o acesso físico, a última milha.

A única forma de garantir que a concorrência chegue imediatamente até essas pessoas é permitir que as diversas ofertantes de STFC atinjam tais usuários, para tanto necessitando de interconexão à rede das incumbentes. Do contrário, estaríamos a admitir um monopólio (ainda que temporário) na oferta de certos serviços para algumas faixas sociais, o que atenta contra o ideal de justiça social que deve ser sempre perseguido pela ordem econômica no Brasil (art. 170 da Magna Carta).

A concorrência nos serviços de telefonia local certamente beneficiaria as camadas menos favorecidas da população, pressionando pela redução dos valores da assinatura mensal e reduzindo os preços das chamadas, deslocando-os do teto fixado na regulamentação. Tais serviços, no entanto,

14 A teoria do monopólio natural já tinha sido abordada por Stuart Mill, em 1848, quando este verificou que certos serviços de utilidade pública não poderiam ser oferecidos de forma competitiva. Outros estudos de economistas do século XIX mencionavam o problema que, contudo, só recebeu tratamento sistemático com R. Ely (*Outlines of economics*. New York: Macmillan, 1937). A teoria econômica moderna considera que nos monopólios naturais a entrada de novos competidores, além de inviável, é também desaconselhável, uma vez que a existência de custos irrecuperáveis muito altos faz que as empresas atuantes tenham interesse em aumentar a produção e, se a demanda for variável, como normalmente ocorre nesses mercados, haverá crises de superprodução, levando à guerra de preços e concorrência predatória. Assim, o mercado voltaria, naturalmente, à situação de monopólio. Ferrovias, redes de transmissão de energia elétrica e de telecomunicações são tradicionalmente consideradas monopólios naturais, mas o desenvolvimento de novas tecnologias há muito põe em cheque a caracterização da última como tal.

continuam sendo prestados predominantemente sob regime de monopólio, como mencionado acima.

É evidente, portanto, a importância que ainda tem o acesso às redes locais das incumbentes, para que a concorrência se torne uma realidade em todos os mercados.

IV. Problemas concorrenciais relacionados ao acesso às redes locais pós-privatização

O provimento de acesso local consiste na prestação de serviços de uso de uma infra-estrutura para estabelecer a ligação entre o usuário final de diferentes serviços de telecomunicações e a rede a partir da qual estes últimos serviços são oferecidos.¹⁵ Conforme antecipado, o acesso local é ofertado por empresas que possuem uma infra-estrutura de rede que vai até o usuário final (última milha) e, no Brasil, após as privatizações, tornou-se um monopólio privado.

Assim, do ponto de vista concorrencial, os mercados de telecomunicações fixas no Brasil caracterizam-se pela existência de elevadas barreiras à entrada em certos segmentos, relacionadas ao controle monopolista das redes locais de telefonia. Ademais, há incentivos para a criação de obstáculos artificiais ao acesso de concorrentes às tais redes (por exemplo, via discriminação de preços), estendendo seu domínio sobre os mercados *downstream* (muitos deles altamente lucrativos).

Esse é um problema típico na indústria de telecomunicações e, como visto, não se encontra definitivamente superado, em nosso País, com a convergência tecnológica, que ampliou os meios de acesso ao usuário final, porém não para todas as situações.

Apesar das preocupações já endereçadas na LGT,¹⁶ o acesso às redes locais não foi uma questão pacífica nos anos que sucederam as privatizações.

15 Os serviços de acesso local podem ser ofertados a partir de uma mesma infra-estrutura de rede, mas envolvem diferentes modalidades, incluindo a interconexão da rede do demandante à rede local, a ser paga por uma tarifa de interconexão (Tarifa de Uso da Rede Local ou simplesmente “TU-RL”), ou a cessão de uma linha dedicada para o demandante, como no caso da Exploração Industrial de Linhas Dedicadas (EILD). As redes locais, portanto, são utilizadas como insumo para a prestação de diversos serviços de telecomunicações, tais como a telefonia de longa distância e a transmissão de dados.

16 Entre essas disposições contidas na lei, Alejandra Herrera destaca as seguintes: “a) as redes de serviço de interesse coletivo devem atender os pedidos de interconexão

Na verdade, o período analisado foi marcado por diversos litígios envolvendo as operadoras de telecomunicações em torno da interconexão às redes. Tais disputas geralmente referiam-se a:

- (i) acesso das operadoras de longa distância às redes das concessionárias locais (recusa de interconexão por parte das últimas, geralmente sob justificativas técnicas)¹⁷;
- (ii) alegada adoção de condições discriminatórias (*price squeeze*), em detrimento dos concorrentes nos mercados *dowstream* de serviços telefônicos e de transmissão de dados, respectivamente na cobrança de tarifas de interconexão na modalidade TU-RL (Tarifa de Uso da Rede Local)¹⁸ e no fornecimento de linhas dedicadas para exploração em regime industrial (EILD);¹⁹

feitos tanto por provedores de serviços no regime público como no regime privado; b) o provimento da interconexão será realizado em termos não discriminatórios, sob condições técnicas adequadas; c) os preços da interconexão serão isonômicos e justos; d) a interconexão terá caráter desagregado (*undbundled*), isto é, a empresa solicitante somente deve pagar pelo acesso às facilidades de rede de que efetivamente tenha necessidade; f) qualquer interessado poderá solicitar a arbitragem pela Agência quando não conseguir chegar a um acordo com uma outra provedora de serviços em relação às condições da interconexão; g) a Agência obrigará as prestadoras de serviços de interesse coletivo a colocar à disposição suas redes a outras prestadoras deste tipo de serviços quando considerar essa obrigação necessária para desenvolver a concorrência” (ob. cit., p. 98-99).

- 17 Alguns processos versando sobre esse problema originaram-se por ocasião da obtenção, pelas operadoras de longa distância, de autorização da ANATEL para prestar STFC Local e de Longa Distância Intra-regional. Vide, por exemplo, Despachos 611/2002/SPB (emitido no Processo 53500.004370/2002), 17/CA/PAM, de 18.08.2003 (emitido no Processo 53.500.006.798/2002), 606/2002/SPB, de 04.11.2002 (emitido no Processo 53500.004458/2002), 118/2003/SPB, de 04.04.2003, e 405/2003/PBQI/SPB, de 11.08.2003 (emitidos no Processo 53500.000492/2003). Em todos eles, a ANATEL determinou a ativação das interconexões pleiteadas.
- 18 Nesse sentido, Processos Administrativos (de natureza concorrencial) 53500.001821/2002, 53500.001823/2002 e 53500.001824/2002, que acabaram sendo arquivados pelo CADE por insuficiência de provas.
- 19 Nesse sentido, Processos Administrativos 53500.002288/2001, 53500.002287/2001 e 53500.005770/2002, todos de natureza concorrencial, que acabaram suspensos em virtude de compromisso de cessação de prática firmado entre a ANATEL e as respectivas Representadas.

(iii) pagamento pelo uso da rede das operadoras por provedores de acesso discado à Internet.²⁰

Analisamos, a seguir, o que as autoridades regulatória e concorrencial fizeram com vistas a contornar tais problemas.

V. Lidando com os problemas de acesso: de remédios pontuais à recente incorporação do conceito de Poder de Mercado Significativo à regulamentação brasileira

As medidas adotadas pelas autoridades para lidar com os inúmeros problemas de acesso que surgiram após as privatizações foram inicialmente pontuais, e voltadas a solucionar os problemas concretos levados ao conhecimento do CADE e da ANATEL.

É bem verdade que a ANATEL arbitrou e decidiu diversos litígios relacionados à negativa de acesso propriamente dita, que envolviam invariavelmente alegações de natureza técnica. Porém, foi o CADE que, no nosso entendimento, adotou a providência mais arrojada, ao conceder Medida Preventiva determinando que fossem adotadas condições equânimes de acesso à rede local de uma incumbente, para fins de EILD.²¹

Essa decisão inspirou a ANATEL, até então reticente, a conceder, por seu turno, Medidas Preventivas em processos instaurados em face das demais incumbentes e, posteriormente, a celebrar acordos com todas as concessionárias locais para a cessação das práticas investigadas. Mais adiante, a Agência formulou novo Regulamento para a EILD, incorporando em grande parte os conceitos estabelecidos na Medida Preventiva e na decisão do Plenário do

20 Vide Processo Administrativo 08700.001639/2003-88, julgado pelo CADE, Processo 2418/2003 (na ANATEL) e Processos judiciais 2001.34.00.032951-9 e 2003.34.00.005742-4, que tramitaram perante a 6.^a Vara Federal do Distrito Federal, encontrando-se atualmente em fase de recurso.

21 A Medida Preventiva 08700.003174/2002-19 determinou à incumbente: (i) oferecer os mesmos preços para todos os clientes demandantes de EILD à velocidade de até 2048 kbps (estabelecimento de condições equânimes entre a subsidiária da incumbente e os demais clientes); (ii) discriminar os preços de acesso nos contratos envolvendo a prestação de serviços de comunicação de dados corporativos entre a subsidiária da incumbente e terceiros; e (iii) encaminhar ao CADE todos os contratos entre a subsidiária da incumbente e terceiros envolvendo o fornecimento de EILD à velocidade de até 2048 kbps. O recurso interposto pela incumbente foi rejeitado pelo Plenário do CADE.

CADE que a confirmou. Referido regulamento é hoje objeto de impugnação pelas concessionárias locais.

Vale destacar que um dos pontos mais controvertidos do regulamento em questão foi a incorporação do conceito de Poder de Mercado Significativo (PMS). O conceito é oriundo da regulamentação da indústria de comunicações na União Européia, que sofreu modificações substanciais entre 1999 e 2003, para incorporar, sob a rubrica de PMS, a mesma noção de *dominância* já consolidada na jurisprudência antitruste da Corte Européia.²² Com efeito, na Europa, PMS é sinônimo de “musculatura econômica”, situação que outorga ao seu detentor, individual ou coletivamente, a capacidade de comportar-se, em medida considerável, independentemente de concorrentes, clientes e, em última instância, dos consumidores.²³ Note-se que definição similar (porém incompleta) foi adotada pela ANATEL no Regulamento de EILD, Anexo à Resolução 402, 27 de abril de 2005 (art. 2.º, X):

“Poder de Mercado Significativo (PMS): posição que possibilita influenciar de forma significativa as condições do mercado relevante, assim considerada pela Anatel”.

Alguns comentaristas europeus consideram a regulamentação (composta, no total, de cinco Diretivas), mais liberal do que sua predecessora, por se arvorar na idéia de intervenção mínima e abandonar o percentual de 25%

22 A noção de “dominância” adotada na Europa, na esteira de paradigmáticas decisões da Corte de Justiça naquela jurisdição, é alvo constante de críticas, especialmente pelos neoclássicos, que insistem na idéia de que poder de mercado deve ser compreendido como “poder de aumentar preços, acima dos patamares competitivos”. Uma síntese interessante do debate encontra-se em Giorgio Monti (The concept of dominance in Article 82, 2006 *European Competition Journal*. Disponível em: <<http://www.lse.ac.uk/collections/law/staff/monti/ECJdominancepaper.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2007), ao analisar criticamente os diversos sentidos atribuídos à “dominância” no *Discussion Paper* da Comissão Européia. Vide, ainda, Marcel Canoy, Patrick Rey e Eric Van Damme (*Dominance and monopolization*. In: Manfred Newmann e Jürgen Weigand, *The international handbook of competition*, Cheltenham-Northampton: Edward Elgar, 2004, p. 210-289).

23 “An undertaking shall be deemed to have significant market power if, either individually or jointly with others, it enjoys a position equivalent to dominance, that is to say a position of economic strength affording it the power to behave to an appreciable extent independently of competitors, customers and ultimately consumers” (Art. 14, item 2, da Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de Março de 2002, relativa a um quadro regulamentar comum para as redes e serviços de comunicações electrónicas).

de *share* de mercado, a partir do qual o poder de mercado de uma operadora de telecomunicações era presumido.²⁴

Ainda assim, o novo arcabouço regulatório europeu não é *excessivamente* liberal, já que estabelece importantes mecanismos de prevenção (*ex ante*) do exercício de poder de mercado (especialmente ao incorporar à avaliação de PMS elementos tradicionais que permeiam a análise antitruste sob o art. 82 do Tratado de Roma) e outorga às autoridades regulatórias dos Estados-membros da UE competência para eleger as obrigações mais adequadas a serem impostas às empresas detentoras de PMS nos casos concretos, dentro de um rol apresentado pela Comissão Europeia. Esta última tem poderes não apenas para adotar e atualizar diretrizes sobre mercados relevantes e avaliação de PMS, mas principalmente para rever decisões das autoridades locais quando tiverem o condão de afetar o comércio entre os Estados. Entre as obrigações que podem ser impostas aos detentores de PMS estão a *transparência*, o *acesso*, a *não-discriminação*, a *separação contábil* e a *observância a preços e custos regulamentados*.

À Diretiva 2002/21/CE do Parlamento Europeu, que trata de PMS, seguiu-se um documento de mais de 20 páginas, de “Orientações da Comissão relativas à análise e avaliação de poder de mercado significativo no âmbito do quadro regulamentar comunitário para as redes e serviços de comunicações eletrônicas” (Documento 2002/C 165/03). As Orientações tratam desde de definição de mercados relevantes até procedimentos de cooperação entre autoridades, passando pela avaliação de PMS.²⁵

24 Vide, por exemplo, Simon Taylor (European Commission’s draft guidelines on market analysis and the calculation of significant market power: the extension of Tetra Pack II to regulation, *Computer and Telecommunications Law Review*, 2001, v. 7, n. 6, p. 129-135) e Alexandre De Streel (The new concept of ‘significant market power’ in electronic communications: the hybridisation of sectoral regulation by competition law, *European Competition Law Review*, 2003, v. 24, n. 10, p. 535-542). Para uma crítica a respeito da forma como vinha sendo aplicado o teste de PMS, vide Andrew Tarrant (Significant market power in the regulation of telecommunications markets, *European Competition Law Review*, 2000, v. 21, n. 7, p. 320-325).

25 As diretrizes são, de maneira geral, bastante detalhadas e esclarecedoras. Apenas para ilustrar, sobre a avaliação de PMS, a Comissão assinala, no item 75, que “undertakings with market shares of no more than 25% are not likely to enjoy a (single) dominant position on the market concerned. In the Commission’s decision making practice, single dominance concerns normally arise in the case of undertakings with market shares of over 40%, although the Commission may in some cases have concerns about dominance even with lower market shares, as dominance

A ANATEL, por seu turno, não foi tão cautelosa, limitando-se a arrolar, no art. 13 do Regulamento de EILD, alguns aspectos a serem utilizados para determinar quais são os grupos detentores de PMS²⁶ e a publicar, em junho de 2006, Resolução (de n. 437/2006) identificando tais grupos.

No que se refere à TU-RL, os vários questionamentos dirigidos à ANATEL, referentes à alegada discriminação no acesso à rede local, reforçados pelos processos antitruste instaurados a pedido das concorrentes das concessionárias locais (que acabaram sendo arquivados pelo CADE por falta de provas), contribuíram para que a agência revisse a regulamentação em matéria de separação contábil entre os serviços prestados pelas concessionárias. A ANATEL acabou aprovando novos planos de contas, os quais incorporaram regras mais detalhadas, com vistas a coibir a discriminação.

Ademais, os novos contratos de concessão mudaram a forma de cálculo das tarifas de interconexão, que, para os anos de 2006 e 2007, foram vinculadas à tarifa de público, devendo, após essa data, vigorar um modelo baseado em custos.

Por fim, a ANATEL aprovou um “Plano Geral de Metas de Competição”, aplicável aos novos contratos de concessão em vigor a partir de 2006.

Antes de opinarmos sobre essas medidas – na conclusão deste artigo – convém trazer experiência vivenciada em país mais “maduro” do que o Brasil em termos de concorrência e de regulação do problema do acesso

may occur without the existence of a large market share. According to established case-law, very large market shares – in excess of 50 % – are in themselves, save in exceptional circumstances, evidence of the existence of a dominant position. An undertaking with a large market share may be presumed to have SMP, that is, to be in a dominant position, if its market share has remained stable over time. The fact that an undertaking with a significant position on the market is gradually losing market share may well indicate that the market is becoming more competitive, but it does not preclude a finding of significant market power. On the other hand, fluctuating market shares over time may be indicative of a lack of market power in the relevant market”.

- 26 Os aspectos arrolados foram: “I – participação no mercado de linhas dedicadas; II – existência de economias de escala; III – existência de economias de escopo; IV – controle sobre infra-estrutura cuja duplicação não é economicamente viável; V – ocorrência de poder de negociação nas compras de insumos, equipamentos e serviços; VI – ocorrência de integração vertical; VII – existência de barreiras à entrada de competidores; e VIII – acesso a fontes de financiamento”.

na indústria de telecomunicações. As razões pelas quais escolhemos o caso *AT&T* ficarão claras abaixo e na conclusão.

VI. O paradigmático caso AT&T: algumas lições sobre regulação e concorrência

A despeito do monopólio exercido pela American Telephone and Telegraph (AT&T) em diversos mercados, a indústria de telecomunicações nos Estados Unidos foi precariamente fiscalizada pelos órgãos reguladores norte-americanos²⁷ até 1950, tendo em vista, principalmente, a idéia de que constituiria monopólio natural, cumprindo à AT&T seu papel de provedora de todas as modalidades de serviços telefônicos.

Contudo, no início da década de 1950, outras empresas passaram a investir no setor, ao que a AT&T reagiu agressivamente, dificultando a interligação à sua rede básica e vedando a utilização dos equipamentos dos concorrentes pelos usuários finais.

Em 1949, o Departamento de Justiça norte-americano (DOJ) promoveu um processo antitruste em face da AT&T questionando a recusa da empresa (sob alegada incompatibilidade) em negociar com ofertantes de equipamentos telefônicos concorrentes. Esse processo acabou sendo encerrado em 1956, com a celebração de um *consent decree* (espécie de compromisso de cessação de prática), por meio do qual a AT&T abriu mão de ofertar serviços não regulamentados de valor adicionado,²⁸ em troca da manutenção da sua divisão de equipamentos.

27 Em 1910, o Mann-Elkis Act conferiu à Interstate Commerce Commission (ICC) poderes para regular a telefonia interestadual nos EUA. A regulação adotada por esta entidade, porém, foi excessivamente liberal (passiva), sendo certo que o controle sobre a entrada de novos concorrentes acabou por garantir o monopólio da telefonia de longa distância à AT&T. Em 1934 foi editado o Communications Act e criada a Federal Communications Commission (FCC). Esta agência manteve as restrições à entrada de novos concorrentes na longa distância, além de controlar os preços praticados.

28 Conforme esclarecem José Cláudio Linhares Pires e Mauricio Serrão Piccinini, os serviços de telefonia de valor adicionado ou agregado envolvem, hoje, a transmissão e o processamento de informações com o uso de *softwares*, acrescentando valor aos serviços básicos que lhes dão suporte, v.g., acesso a bancos de dados, *trunking*, *paging*, videotexto, serviços bancários eletrônicos, entre outros. (Serviços de tele-

Em 1958, a resolução da FCC, que ficou conhecida como *Carterphone Decision*, garantia o acesso dos usuários finais aos equipamentos produzidos pelas concorrentes da AT&T. Em sentido semelhante, em 1971, a *Specialized Common Carriers Decision* assegurava a interconexão dos novos competidores à rede da empresa.

A regulação específica da FCC, no entanto, não foi suficiente para coibir as práticas restritivas que vinham sendo adotadas pela AT&T, que acabaram sendo aperfeiçoadas.

Com efeito, como a AT&T não podia mais negar, simplesmente, o acesso de concorrentes às suas redes (locais e interurbanas) ou impedir que os consumidores adquirissem aparelhos telefônicos de seus rivais (sob pena de violar frontalmente a regulação em vigor), passou a empresa a adotar condições discriminatórias – geralmente proibitivas – de acesso, quando não utilizava argumentos de ordem técnica para impedir que o mesmo se efetivasse.

Nesse contexto, em 1974, o DOJ moveu um novo processo antitruste em face da AT&T, acusando-a de práticas restritivas que a regulação se teria mostrado incapaz de resolver: (i) adoção de subsídios cruzados anticompetitivos; (ii) criação de dificuldades à operação de fabricantes concorrentes de equipamentos telefônicos (negativa de acesso e condutas discriminatórias); e (iii) criação de dificuldades à operação de operadoras concorrentes de telefonia de longa distância (negativa de acesso e discriminação).

O processo tramitou por cerca de 8 anos, culminando, em 1982, com a celebração de *consent decree* entre as partes, aprovado com algumas alterações pelo Juízo, abarcando restrições de natureza estrutural (desinvestimentos) e de natureza comportamental (regras de acesso e proibição de atuação em determinados mercados).

Basicamente, a AT&T comprometeu-se a se desfazer de suas 22 operadoras locais, que foram agrupadas em sete empresas *holding* com atuação regional (as denominadas *Regional Bell Holding Companies* ou *Baby Bells*). Tais empresas foram proibidas de operar serviços de longa distância, enquanto a AT&T, por sua vez, foi afastada da operação de serviços locais.

As *Baby Bells* foram proibidas de fornecer quaisquer outros serviços além da telefonia local, mas mantiveram-se no mercado de venda de equipa-

comunicações: aspectos tecnológicos, *Revista Ensaios BNDES*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 7-32, dez. 1997).

mentos (vedada a fabricação dos destes) e continuaram explorando serviços de listas telefônicas.

Por sua vez, a AT&T, além de operar a telefonia de longa distância, foi autorizada a manter laboratórios de pesquisa, a fabricar equipamentos e a competir nos serviços de valor agregado.

A lógica do acordo (e da decisão que o aprovou) era muito simples: separar os serviços prestados em regime de monopólio dos serviços prestados em regime de concorrência,²⁹ ou, em outras palavras, separar estruturalmente empresas com capacidade para impedir a concorrência (monopólios locais) daquelas que tinham incentivos para tanto (fabricantes de equipamentos e operadora de longa distância).³⁰

Assim, a decisão no caso AT&T implicou verdadeira regulação da indústria de telecomunicações nos Estados Unidos.

Após a decisão, diversas questões foram levadas à apreciação do Juízo, em sua maioria pleitos de modificação do *consent decree* aprovado em 1982. As *Baby Bells* também passaram a atuar junto ao Congresso norte-americano, com vistas a obter regulamentação que as “libertasse” das restrições impostas às suas linhas de negócio.³¹

A justificativa judicial para a recusa de grande parte dos pedidos formulados foi de que os “gargalos” existentes nos mercados locais não haviam sido

29 Viscusi, Vernon e Harrington Jr. *Economics of regulation and antitrust*. 3. ed. Cambridge: The MIT Press, 2000.

30 Joseph D. Kearney. From the fall of the Bell System to the Telecommunications Act: regulation of telecommunications under Judge Greene, *Hastings Law Journal*, v. 50, p. 1395-1472, August 1999.

31 Segundo o pormenorizado relato de Kearney (ob. cit.), após os desinvestimentos (concluídos em 1984), as *Baby Bells* passaram a pleitear exaustivamente a modificação parcial do acordo firmado. Desde logo solicitaram, por exemplo, autorização para operar serviços móveis. Também demandaram continuar operando serviços de tempo e hora, que eram gratuitos. Seguiram-se inúmeros pedidos de autorização, visando limitar ou contornar a chamada “*catch-all line of business restriction*” (que limitava a atuação das operadoras locais aos serviços de telefonia e de interconexão). Tantas eram as solicitações que foram criados procedimentos específicos para processar e analisar os requerimentos (chamados “*waivers*”) formulados pelas partes. No que tange aos pleitos dirigidos ao Congresso Nacional, houve diversas tentativas, sem êxito, de “esvaziar” a decisão de 1984 por meio de legislação, sendo certo que a própria FCC tinha posição contrária às restrições em matéria de áreas de atuação das operadoras.

eliminados, de modo que a concorrência em tais mercados não fora implementada. As *Baby Bells* acabaram recebendo permissão para prestar serviços móveis e fixos locais *em outras regiões que não as suas*, mas continuaram proibidas de operar longa distância e ofertar aparelhos em suas regiões.

Em 1994, as operadoras locais fizeram pedido abrangente para eliminar as restrições que ainda prevaleciam quanto às suas áreas de atuação. As operadoras de longa distância também pleiteavam o ingresso nos mercados locais. O Poder Judiciário já havia demonstrado pouca receptividade a tais pleitos, mas o foco principal era o Congresso norte-americano.³² E, realmente, antes que adviesse qualquer decisão do Poder Judiciário, entrou em vigor a nova lei de telecomunicações.

O Telecommunications Act de 1996 é fruto de todo esse contexto, mas ele não foi favorável aos pleitos das operadoras locais, segundo a análise de KEARNEY.³³ Em apertadíssima síntese, o novo Telecom Act:

- (i) revogava o *consent decree* no caso AT&T;
- (ii) autorizava as *Baby Bells* a operar os serviços móveis de longa distância;
- (iii) permitia à AT&T voltar a oferecer serviços de telefonia local;
- (iv) mantinha a limitação à atuação das *Baby Bells* na longa distância fixa, condicionando a retirada de tal restrição à comprovação, pelas interessadas, do atendimento a uma lista de 14 requisitos (entre eles a abertura para a concorrência nos mercados locais, a interconexão e o *unbundling*), bem como à segregação das atividades em subsidiárias integrais e à demonstração de que a entrada traria benefício público;³⁴

32 Segundo Kearney, as operadoras tinham grande força no Congresso, nem tanto pelo argumento antitruste, mas principalmente pela alegada criação de empregos, caso entrassem em novos mercados.

33 Para o autor, os principais conceitos da decisão de 1982 foram incorporados pela nova lei, assimilando-se a importância da concorrência nas políticas regulatórias (ob. cit., p. 1458).

34 As operadoras locais têm hoje aprovada a sua atuação na longa distância fixa em todos os estados norte-americanos. Tal circunstância é criticada por Nicholas Economides, que considera que os mercados locais não operavam de forma competitiva por ocasião das aprovações, situação ainda modificada (*Telecommunications regulation: an introduction*, New York, June 2004).

- (v) adotava o sistema de tarifas atreladas aos custos dos agentes econômicos, em substituição ao regime de *price caps*;³⁵ e
- (vi) reforçava a importância da universalização, aumentando a incidência e explicitando a utilização de subsídios cruzados, ampliados para novos setores.

Com o Telecom Act, as atividades das operadoras saíram do controle judicial, mas recaíram em controles semelhantes estabelecidos pelo Telecom Act.

A decisão proferida no precedente AT&T, assim como o seu monitoramento e o Telecom Act de 1996 foram muito criticados por parte substancial da doutrina norte-americana, especialmente por autores que pregam a desregulação do setor de telecomunicações,³⁶ defendendo que tais medidas impediam a concorrência.

35 O sistema de *price caps* (adotado pela FCC em 1990) limita os percentuais de aumentos anuais de preços pelas operadoras de telefonia (estabelecendo tetos), divorciando-os dos aumentos de custos. Para aqueles que o defendem, esse sistema teria o mérito de aumentar os incentivos para a busca de eficiências, pois economias de custos não implicariam, necessariamente, reduções de preços, permitindo-se aos agentes econômicos apropriar-se de maiores margens. Segundo os mesmos autores, o sistema de preços baseados em custos (adotado no Telecom Act de 1996) seria desvantajoso, entre outros motivos pelo fato de ser muito difícil de se analisar e monitorar os custos dos agentes econômicos. Por outro lado, se puder ser monitorado adequadamente, o sistema de custos beneficiam os usuários.

36 Hausman e Crandall, por exemplo, sustentam que o processo antitruste que resultou no desmembramento da AT&T teria sido desnecessário se as autoridades reguladoras mantivessem uma política de acesso aos mercados, garantindo igualdade de condições a todos os concorrentes. Para eles, porém, a decisão de quebra da empresa e a subsequente regulação judicial teriam sido um sucesso apenas na aparência, já que os mercados de telefonia local e de longa distância permaneceram concentrados (embora a concentração tenha caído substancialmente nestes últimos), tendo a redução observada nos preços decorrido de custos mais baixos das operadoras (e não da introdução da competição). Após comparar os mercados de telefonia fixa (mais regulado) e sem fio (menos regulado), eles concluem que a regulação do setor é perniciosa e desnecessária (Competition in US telecommunications services: effects of the 1996 legislation. In: PELTZMAN, Sam; WINSTON Clifford. *Deregulation of network industries: what's next?* Washington: Brookings Institution Press, 2000, p. 73-112). A opinião é compartilhada por Kahn, que cita vários benefícios associados à desregulação no setor de telecomunicações, cuja protelação teria gerado perdas substanciais de bem-estar (*Lesson from deregulation: telecommunications and airlines after the crunch*. Washington: Brookings Institution Press, 2004, p. 47).

Por outro lado, muitos autores aplaudiram a decisão judicial e a promulgação do Telecom Act.³⁷

Estudos quantitativos mostram resultados totalmente contraditórios, evidenciando que a assimetria de informações constitui uma grande dificuldade para os estudiosos da regulação em qualquer setor.

No entanto, deixando de lado tais estudos, pode-se ainda assim afirmar que a decisão de 1982, o seu monitoramento judicial e o Telecom Act de 1996 (que incorporou a lógica da decisão) tiveram o mérito de incrementar a concorrência nos mercados de telecomunicações de longa distância, de serviços de valor agregado e de equipamentos telefônicos. É evidente que a evolução tecnológica também contribuiu para isso, mas tal desenvolvimento somente foi possível porque não se permitiu que os monopolistas detentores das redes locais (e, portanto, da última milha) alavancassem suas posições para outros mercados, como vinha sendo feito até 1982.

Apenas os mercados de telecomunicações locais continuaram monopolizados, e não é possível discernir se condições estruturais foram as únicas responsáveis por isso (HAUSMAN, CRANDALL e KAHN), ou se também o foram políticas regulatórias equivocadas, alheias à decisão de 1982 (KEARNEY e ECONOMIDES).

Por várias razões, o caso AT&T apresenta-se, ainda hoje (passados 25 anos da decisão judicial que estabeleceu restrições estruturais e comportamentais à AT&T), como campo riquíssimo para o estudo das relações entre direito da concorrência e regulação em sentido estrito, sob um enfoque de cooperação entre autoridades.

Em primeiro lugar, ele mostra que, em determinados setores, como é o caso das telecomunicações, uma política regulatória firme e bem fiscalizada pelas autoridades competentes é fundamental para lidar com problemas de acesso.

37 O já citado J. Kearney entende que a decisão obteve êxito no que a regulação havia falhado até então: criar condições para o desenvolvimento da concorrência na indústria norte-americana de telecomunicações (ob. cit., p. 1437). Economides sustenta que a decisão de desmembrar a AT&T foi positiva no que se refere à longa distância, porém alguns regulamentos antiquados (regulamentos estaduais, que coexistiam com os regulamentos da FCC e com a decisão judicial) impediram que a concorrência se instalasse nos mercados locais. Defensor do Telecom Act de 1996, o autor alerta para perigos da desregulação, tão bem identificados na decisão de 1982, entre os quais se destaca a coexistência entre setores regulados e não regulados, com atuação das mesmas empresas, gerando incentivos para a adoção de condutas anticompetitivas (*Telecommunications regulation...*, cit.).

A ausência de uma intervenção *ex ante* das autoridades até a década de 1980 nos EUA certamente levou aos problemas concorrenciais enfrentados naquele país na referida indústria, e que tiveram que ser corrigidos, temporariamente, pelo Poder Judiciário. Se existisse uma política regulatória (efetivamente implementada pelas autoridades competentes), provavelmente não teria sido necessário aplicar à AT&T remédios estruturais radicais (cisão), que, ao final, mostraram-se fundamentais para conter o exercício do poder econômico no sentido de, reiteradamente, obstaculizar a atuação da concorrência e a sua introdução em certos mercados.

Em segundo lugar – e isso ganha particular importância em um país com forte ideologia contra a intervenção do Estado na economia –, a decisão AT&T mostra que a autoridade antitruste pode e deve intervir quando a regulação é omissa ou quando, embora existente, mostra-se inadequada ou insuficiente para coibir a adoção de práticas anticompetitivas.³⁸ No caso concreto, padecendo de tais problemas a regulação emanada da FCC e demais agências ou comissões estaduais criadas para disciplinar os mercados de telecomunicações nos Estados Unidos, o DOJ e o Poder Judiciário não hesitaram em exercer as suas competências, aplicando a legislação antitruste.

Por fim, está claro que a decisão AT&T – proferida em um processo antitruste, originado nas competências no DOJ – influenciou de forma marcante a regulação emanada posteriormente pela FCC e pelo Congresso norte-americano. A decisão e seu monitoramento determinaram que importantes elementos concorrenciais, em especial a idéia do acesso necessário, presente não apenas nas questões envolvendo interconexão, como também compartilhamento de linhas e outras infra-estruturas e desagregação de redes (*unbundling*),³⁹ fossem levados em conta na política regulatória.

38 Existe uma discussão sobre se as Cortes americanas atuaram como substitutas de órgãos reguladores (típicos do Poder Executivo) ou se a sua atuação foi estritamente necessária para que fizesse cumprir a decisão proferida (ou seja, um processo de execução que durou 12 anos). Essa discussão não nos parece relevante, já que, de uma forma ou de outra, é difícil sustentar que a Corte, ao exigir o estrito cumprimento do *consent decree* firmado, não implementou verdadeira regulamentação do setor de telecomunicações. Tal fato não deve causar estranheza, uma vez que o Judiciário integra os poderes estatais, cabendo-lhe, em última instância, decidir sobre a legalidade dos atos emanados dos demais (por ação ou omissão) e tutelar de forma concreta os direitos, individuais ou coletivos, dos cidadãos.

39 Há notícias de que tais princípios foram posteriormente mitigados, com a admissão, pelas autoridades reguladoras norte-americanas, de uma série de fusões na indústria

VII. Conclusão: complementaridade entre as políticas regulatória e antitruste para incrementar a concorrência nos mercados brasileiros de telefonia fixa local

Por princípio, nos mercados caracterizados pela existência de bens de utilidade pública (como ainda são as redes de telecomunicações), a regulação é instrumento mais apropriado que a aplicação do direito antitruste, estando apta, em tese, a proporcionar soluções mais céleres e eficazes aos problemas gerados pela atuação dinâmica dos agentes econômicos, inclusive em virtude das condições estruturais dos mercados.⁴⁰

Com efeito, em um cenário ideal, onde tanto a agência reguladora quanto o órgão antitruste encontram-se devidamente aparelhados e, acima de tudo, tendo claros seus objetivos, a intervenção *ex ante* via regulação proporciona maior agilidade em relação ao direito antitruste tradicional.⁴¹

O estudo do setor de telecomunicações, nos sistemas norte-americano (caso AT&T) e brasileiro, sugere que a aplicação do direito antitruste pode ser demasiadamente morosa,⁴² prejudicando concorrentes e consumidores.

de telecomunicações naquele país, retornando-se, em alguns casos, à verticalização existente anteriormente à decisão de 1982.

40 Nesse sentido, Calixto Salomão Filho aduz que a análise antitruste tradicional não é capaz de dar resposta conveniente ao problema do acesso (*Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 52). Em outro trabalho, o autor reitera que mercados onde há bens de utilidade pública são campo da regulação por excelência (*Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 236)

41 Segundo Salomão Filho, a diferença entre direito antitruste e regulação reside na forma de intervenção: no primeiro caso essencialmente passiva, controlando estruturas e sancionando condutas; no segundo, ativa, não se limitando ao controle, mas preocupando-se com a criação da utilidade pública, “que nos setores reguláveis, consiste exatamente na efetiva criação de um sistema de concorrência” (*Regulação...*, cit.).

42 No caso AT&T, a decisão judicial demandou 8 anos (1974-1982) e mais 2 (1982-1984) para ser implementada integralmente. Se não houvesse acordo entre as partes, a fase recursal demandaria período igualmente significativo. No que se refere à indústria de telecomunicações brasileira, os processos (encerrados ou suspensos por TCC) de que se tem conhecimento levaram entre 3 e 5 anos. E, por ser o CADE um órgão administrativo, as suas decisões estão sujeitas à análise judicial, como ocorre com a Comissão Européia, o que contribui para o aumento do tempo total transcorrido entre o início de um processo antitruste e a decisão final (não sujeita a recursos) a

E nem poderia ser diferente, já que os processos administrativos ou judiciais (inclusive em matéria antitruste) não se podem furtar à observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Mitigar tais garantias está fora de questão, mas não se pode olvidar que as mesmas implicam certa dilação das contendas no tempo, ainda que não houvesse quaisquer outras dificuldades (acúmulo de processos, falta de verbas, excesso de recursos etc.).⁴³

Não que as agências reguladoras não possam, na prática, demandar períodos longos para decidir determinados assuntos ou tomar providências de sua competência. Mas é difícil imaginar que a implementação e a fiscalização de políticas regulatórias possam efetivamente exigir mais tempo do que um processo antitruste.

Por esse motivo, agências reguladoras, por vocação, tendem a lidar com problemas relacionados ao acesso no setor de telecomunicações com maior rapidez e eficácia do que órgãos antitruste. A regulação é o meio mais adequado para a apresentação de respostas imediatas às dificuldades que surgem e à inegável capacidade de adaptação dos agentes econômicos a novas situações. Referimo-nos ao aperfeiçoamento de práticas anticompetitivas. Não é desnecessário lembrar que tal conclusão é aplicável porque se trata de indústria cuja estrutura fornece as condições, e os mercados *downstream* geralmente fornecem os incentivos para a adoção de práticas restritivas.

Pesa em favor da agência reguladora, ainda, o fato de ser a primeira destinatária da legislação da indústria que tutela, bem como de seus próprios regulamentos e normas, podendo não apenas aperfeiçoá-los quando se fizer necessário, mas também interpretá-los (segundo a lei e a Constituição, evi-

ser proferida. É evidente que o Poder Judiciário deve analisar as decisões do CADE – tal análise é essencial para a disseminação da cultura da concorrência no país, bem como para garantir a estrita legalidade das decisões administrativas –, mas consideramos mais interessante o sistema norte-americano, onde a questão antitruste é submetida desde logo às Cortes, atuando a autoridade administrativa como parte ou interessada. De qualquer modo, é natural que os processos antitruste de apuração de condutas demorem, variando apenas o tempo médio em cada jurisdição.

- 43 Nesse sentido, Alexandre De Streel exalta as vantagens da adoção do conceito de PMS pela regulação *vis-à-vis* o direito antitruste, destacando os prazos associados ao direito à defesa e o nível de prova necessário para a condenação de condutas anticompetitivas, mais elevado para a aplicação do direito antitruste (The new concept, cit.).

dentemente) de maneira a neutralizar ou mitigar o oportunismo dos agentes econômicos regulados.

Além da questão do tempo e da agilidade, pesando em favor da regulação, tem-se que as autoridades antitruste geralmente estão mais distantes da realidade do mercado em questão do que as autoridades reguladoras.

Não olvidamos que a proximidade pode trazer consigo o risco da “captura” ou da instrumentalização das agências reguladoras para atendimento dos interesses privados de certos grupos. Embora tais circunstâncias não devam ser utilizadas para explicar o porquê de toda a regulação estatal, não podemos ignorar que elas eventualmente ocorrem. Porém, para combater essa prática, não se deve pregar a desregulação (e a sua substituição completa pela aplicação do direito antitruste), mas fortalecer as instituições, criando mecanismos para que se mantenham independentes, atuando sempre para o interesse coletivo, e observando as finalidades para as quais foram criadas, sem perder de vista a própria Constituição Federal da República.⁴⁴

Não fossem suficientes as justificativas apresentadas, pelas quais nos inclinamos para a regulação, ainda invocamos outra, igualmente relevante: as autoridades antitruste – apenas as administrativas, e não o Judiciário, no caso brasileiro – estão adstritas à tarefa para a qual foram legalmente designadas, qual seja a tutela da livre concorrência.

Assim, não cabe a tais autoridades emitir juízo de valor sobre outros objetivos do ordenamento jurídico pátrio, ainda que previstos na Constituição Federal (v.g., a proteção da pequena empresa). As autoridades reguladoras, por seu turno, podem (e devem) fazer isso, observando sempre os valores que orientam as suas atividades, equilibrando a concorrência com outros objetivos da regulação (v.g., a universalização dos serviços, por vezes incompatível com a atuação de uma pluralidade de agentes ofertando o mesmo bem).

Por todas essas razões, independentemente de críticas que possam ser erigidas sobre a legalidade e sobre a transparência do processo que conduziu

44 Segundo Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, o Estado deve “... exercer sua capacidade regulatória de modo a preservar os interesses públicos em geral, mas com especial atenção aos hipossuficientes (o que envolve não só os interesses dos excluídos sociais, como também aquele plexo de interesses que, pela sua desagregação natural, não conseguem ser autodefendidos)” e “manter uma permanente interlocução, matizada por princípios de transparência radical, do poder público com os diversos atores sociais, erradicando-se o caráter autoritário da regulação” (*Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 188).

ao novo regulamento de EILD no Brasil, bem como sobre a decisão que determinou os grupos detentores de PMS à luz desse regulamento, acreditamos que, *conceitualmente*, a ANATEL caminhou na direção certa ao introduzir o conceito PMS no regulamento em questão. Com isso, a ANATEL avançou no sentido de prevenir condutas restritivas por meio de uma intervenção *ex ante*, que afeta apenas agentes econômicos que possuem situação especial em alguns mercados (regulação assimétrica), gozando de vantagens competitivas que não foram obtidas em virtude de maior eficiência de tais agentes (vide Lei 8.884/94, art. 20, § 1.º). O conceito de PMS, aliás, não deveria limitar-se a EILD, mas abranger todos os mercados em que o acesso à rede local ainda é fundamental para a implementação da concorrência no setor de telecomunicações.

As demais medidas adotadas pela ANATEL, na esteira de princípios concorrenciais estabelecidos em decisões do CADE, tais como novos planos de contas e o estabelecimento de metas de competitividade, também merecem aplausos.

Isso não significa que as autoridades antitruste não tenham nada a fazer quanto à tutela da concorrência, de maneira geral, e do acesso, especialmente discutido neste artigo, nos mercados regulados de telecomunicações. Muito pelo contrário.

As experiências norte-americanas (caso AT&T, que fixou alguns dos principais conceitos posteriormente adotados no Telecom Act de 1996), européia (no que tange à conceituação de PMS para fins regulatórios, adotando-se os mesmos parâmetros utilizados para o conceito de “dominância”, à luz do art. 82 do Tratado de Roma) e do nosso próprio país, no setor de telecomunicações, mostram que a interação entre as autoridades reguladora e de defesa da concorrência pode ser muito positiva.⁴⁵

Enquanto as agências reguladoras, por princípio, conhecem detalhadamente a indústria (e os diversos mercados) que lhes compete disciplinar, as autoridades de defesa da concorrência dominam os procedimentos para delimitar mercados relevantes (materiais e geográficos) e para identificar a

45 Não estamos, evidentemente, afirmando que todas as medidas adotadas pela ANATEL no sentido de introduzir ou incrementar princípios concorrenciais em seus regulamentos devem-se exclusivamente à atuação das autoridades antitruste. Mas seríamos ingênuos se desconsiderássemos a influência que tais medidas tiveram sobre a condução de vários assuntos pela agência. A própria agência credita ao CADE muitas de suas decisões.

existência de poder de mercado, já que estas estão entre as suas principais tarefas, em especial em um país como o Brasil, onde as infrações concorrenciais estão ligadas ao abuso de poder (CF, art. 173, § 4.º).

Em todos os exemplos citados, a atuação da autoridade antitruste exerceu um papel fundamental em direção à efetiva consideração dos valores concorrenciais pelas políticas regulatórias. É difícil avaliar se a aplicação desses valores foi efetuada corretamente em todos os casos e, ainda mais complicado prever se a regulação escolhida será suficiente para disciplinar o problema do acesso e introduzir a concorrência nos mercados ainda monopolizados, como ocorre com a telefonia fixa local no Brasil. Porém, acreditamos que já houve um avanço significativo e que nossas autoridades acertaram ao adotar as seguintes premissas, ainda que de forma incipiente e limitada a alguns mercados de telecomunicações:

- (i) ainda existem bens de utilidade pública no setor;
- (ii) os problemas concorrenciais relativos ao acesso a tais bens demandam intervenção *ex ante* (regulação), não sendo o direito antitruste tradicional capaz de resolvê-los rapidamente e de forma definitiva;
- (iii) não obstante a premissa “ii” supra, as autoridades reguladoras – e, em última instância, a própria sociedade – podem e devem contar com a experiência e a contribuição dos órgãos antitruste, inclusive no que se refere à incorporação de valores e procedimentos desenvolvidos no âmbito do direito concorrencial, como é o caso do conceito de PMS;
- (iv) finalmente, as autoridades antitruste, por seu turno, não devem fechar os olhos (como não têm fechado no Brasil) para práticas anticompetitivas nos setores regulados, já que a sua atuação pode ser fundamental para suprir omissões das autoridades reguladoras ou corrigir políticas equivocadas.