

REVISTA DO

IBRAC

Desde 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Doutrina
Jurisprudência
Legislação

volume 12 número 3
2005

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO



Viver sem fronteiras

São Paulo
Volume 12 número 3 - 2005
ISSN 1517-1957

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

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

CEP 05013-001 - São Paulo - SP - Brasil

Tel.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

Fax.: (011) 3872 2609 / 3673 6748

REVISTA DO IBRAC

EDITORIA

DIRETOR: Carlos Eduardo Monte Alegre Toro

Editor Assistente: José Carlos Busto

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

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

Periodicidade: 6 números em 2002

Catálogo

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

ISSN 1517-1957

CDU 339.19 / 343.53

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

IBRAC

Desde 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

INSTITUTO BRASILEIRO DE
ETCO
ÉTICA CONCORRENCIAL

**PRÊMIO IBRAC/ETCO DE MONOGRAFIAS
SOBRE CONCORRÊNCIA DESLEAL**

CARTA AOS LEITORES

Não é hábito da revista texto introdutório.

Cabe aqui uma exceção.

O ETCO -Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial promoveu, juntamente com o IBRAC, em julho de 2004, concurso de monografias.

Como diretor da revista e membro convidado para a banca que analisou os trabalhos apresentados, quero convidar nossos leitores a verificarem o alto grau qualitativo dos trabalhos vitoriosos.

Seus autores, sempre jovens, permitem entrever que o futuro do tema concorrencial está em boas mãos.

Analisar os fatores causadores da concorrência desleal no mercado, suas conseqüências nefastas e a propositura de mecanismos legais e éticos para combater tais práticas são motivos de alegria para o IBRAC. O trabalho do ETCO de promover a política sadia de concorrência não será em vão. Esse concurso é prova cabal desse espírito.

Cumprimentando autores e entidades envolvidas nessa importante missão, convido os leitores a conhecerem os trabalhos.

Boa leitura!

Carlos Eduardo Toro

**PRÊMIO IBRAC-ETCO DE MONOGRAFIAS EM DEFESA DA
ÉTICA CONCORRENCIAL**

COMISSÃO JULGADORA

Carlos Eduardo Monte Alegre Toro
César Costa Alves de Mattos
Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer
Gesner Oliveira
João Grandino Rodas
Marco Antonio Santos de Gregorio
Ruy Coutinho do Nascimento

CATEGORIA GRADUAÇÃO

1º colocado

Título: Os limites operativos do direito e a regulação jurídica por incentivos para a redução da concorrência desleal

Nome: Leandro Alexi Franco

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

2º colocado

Título: O impacto negativo da pirataria no cenário mercadológico e as dificuldades no combate a falsificação

Nome: Arilson Coelho de Carvalho

Instituição: UniverCidade - RJ

3º colocado

Título: O controle da colusão horizontal no mercado de combustíveis

Nome: Luiza Saito Sampaio

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

CATEGORIA PROFISSIONAL

1º colocado

Título: A ordem econômica e a propriedade intelectual

Nome: Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita

2º colocado

Título: Reflexões referentes à redução de custos decorrente da informalidade na economia brasileira e a prática de preços predatórios

Nome: Daniela Diniz Tavares

3º colocado

Título: O papel da atuação governamental nas relações de consumo e concorrenciais: quem protege a ética? Uma visão a partir da presença do mercado ilegal na indústria de cigarros

Nome: Rodrigo Holtermann Lagreca

INDICE

OS LIMITES OPERATIVOS DO DIREITO E A REGULAÇÃO JURÍDICA POR INCENTIVOS PARA A REDUÇÃO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL13

Leandro Alexi Franco

1. Introdução	13
2. Evolução da concorrência empresarial e a transformação do direito na economia globalizada	15
2.1. A industrialização no Brasil e a evolução da concorrência empresarial ...	15
2.2. Os limites operativos do direito: a evolução da regulamentação comando -e-controle e a regulamentação jurídica por incentivos	22
3. A base teórica das normas jurídicas como incentivos: a teoria da análise econômica do direito	27
3.1. Os fundamentos teóricos da análise econômica do direito	27
3.2. O surgimento da Economic Analysis of Law	28
3.3. O teorema de Coase e o problema do custo social	30
3.4. A consolidação da análise econômica do direito	33
3.5. O ambiente institucional e os incentivos e desincentivos	39
4. Considerações finais	47
5. Referências Bibliográficas	48

O IMPACTO NEGATIVO DA PIRATARIA NO CENÁRIO MERCADOLÓGICO E AS DIFICULDADES NO COMBATE A FALSIFICAÇÃO 51

Arlson Coelho de Carvalho

Resumo	51
Introdução	51
Capítulo 1 - Levantamento de dados sobre o problema da pirataria	53
1.1. O que é pirataria	53
1.2. Sobre a falsificação	54
1.3. A rota da pirataria	54
1.4. Resultados da CPI da pirataria	55
1.5. Indicadores internacionais e nacionais	57
Capítulo 2 - O “Mix de Marketing da Pirataria”	62
2.1. Praça/Distribuição - As aduanas	63
2.2. Produto - Avanços tecnológicos	65
2.3. Preço - A questão tributária	68
2.4. Promoção - Apoiada na divulgação oficial das marcas originais	74
2.5. A legislação	75
Capítulo 3 - O Combate à Pirataria: Uma questão de Ética e Responsabilidade Social	76
3.1. O Estado e a ética	76
3.2. A gestão ecocêntrica	78

3.3. A responsabilidade social no combate à pirataria	79
3.4. A pirataria “faz muito mal à saúde”	81
Análise final	84
Bibliografia	86
Referências eletrônicas	87

O CONTROLE DA COLUSÃO HORIZONTAL NO MERCADO DE COMBUSTÍVEIS

89

Luiza Saito Sampaio

Introdução	89
1. A Política de Concorrência no Brasil	90
1.1. A importância do controle concorrencial de condutas	91
2. A colusão horizontal	95
2.1. Definição	96
2.2. Caracterização	97
2.3. Formas de Manifestação	99
2.4. Justificativas possíveis para a colusão horizontal	102
3. A Defesa da Concorrência no Mercado de Combustíveis	102
3.1. O mercado de combustíveis no Brasil	103
3.2. Interface entre a atividade reguladora e a defesa da concorrência	107
4. A experiência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC em relação à colusão horizontal	114
4.1. A Jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	114
4.2. Inovações no controle de cartéis no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC	117
Conclusão	119
Referências Bibliográficas	120

A ORDEM ECONÔMICA E A PROPRIEDADE INTELECTUAL

123

Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita

1. Introdução	123
2. Do direito de exclusividade da propriedade intelectual	125
3. Contornos do exercício da titularidade da propriedade intelectual	126
3.1. Limitação ou restrição geral à propriedade intelectual: a função social	127
3.2. Limitações e restrições específicas dos direitos de propriedade intelectual	130
4. A ordem econômica e a propriedade intelectual	131
4.1. Pool de direitos de propriedade intelectual	132
4.2. Pools anti e procompetitivos	135
5. Equacionando a propriedade intelectual e a concorrência	137
5.1. Licenciamento compulsório de patente por exercício abusivo ou por prática de abuso de poder econômico	143

5.2. Caducidade de patente	146
5.3. Teoria do abuso de direito	146
5.4. Medida preventiva, compromisso de cessação e compromisso de desempenho	149
5.5. Direito de ação e ação civil pública	152
6. Conclusão	154
7. Bibliografia	156

REFLEXÕES REFERENTES À REDUÇÃO DE CUSTOS DECORRENTE DA INFORMALIDADE NA ECONOMIA BRASILEIRA E A PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS 159

Daniela Diniz Tavares

I. Introdução	159
II. Economia Informal	160
III. Preço Predatório na Perspectiva Brasileira	166
IV. Informalidade e Predação	186
V. Conclusões	196
VI. Bibliografia	198

O PAPEL DA ATUAÇÃO GOVERNAMENTAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E CONCORRENCIAIS: QUEM PROTEGE A ÉTICA? UMA VISÃO A PARTIR DA PRESENÇA DO MERCADO ILEGAL NA INDÚSTRIA DE CIGARROS 201

Rodrigo Holtermann Lagreca

1. Introdução	201
2. Metodologia	203
3. Referencial Teórico	203
4. A oferta ilegal de cigarros no mercado brasileiro	206
5. Evolução das formas ilegais de suprimento do mercado brasileiro de cigarros ..	209
5.1. contrabando proveniente de exportações brasileiras	209
5.2. contrabando a partir de fábricas nos países limítrofes e evasão fiscal com base em pequenos produtores brasileiros	210
5.3. Oferta ilegal mista: contrabando com origem nos países limítrofes e produção ilícita no Brasil	211
5.4. A estrutura de distribuição como apoio a oferta ilegal	214
5.5. Impactos da oferta informal na indústria, governos e sociedade	216
5.6. Experiências adquiridas no combate à atividade informal	222
6. Conclusões	223
Referências bibliográficas	225

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC 229

OS LIMITES OPERATIVOS DO DIREITO E A REGULAÇÃO JURÍDICA POR INCENTIVOS PARA A REDUÇÃO DA CONCORRÊNCIA DESLEAL

Leandro Alexi Franco

1. Introdução

A discussão acerca dos problemas decorrentes da concorrência desleal certamente não é um movimento novo tanto para a ciência jurídica como para a economia. Principalmente com a abertura econômica promovida nos anos 1990, o tema da concorrência empresarial ganha destaque não só nas literaturas econômicas e jurídicas, mas substancialmente como instrumento e objetivo de política econômica para o crescimento e desenvolvimento econômico e social do país.

É cada vez mais comum na sociedade notícias sobre a promoção e a defesa da concorrência no Brasil. A aquisição de empresas com forte presença no mercado chamaram a atenção para a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O caso Nestlé-Garoto trouxe novamente a política de concorrência ao centro das atenções na mídia, fenômeno em certa medida semelhante ao ocorrido com a criação da Ambev. Em outra vertente, a investigação, descoberta e punição de condutas anticoncorrenciais, principalmente sob a forma de cartéis, constituem hoje os principais focos de atuação das autoridades antitruste.

Embora esses sejam os problemas concorrenciais mais conhecidos e difundidos, a questão da concorrência desleal apresenta uma abrangência muito maior e bem mais preocupante. Abrangência que adquiriu uma dimensão de bilhões de reais em perdas para a economia brasileira decorrentes da redução do número de empregos formais, da utilização ociosa do parque industrial nacional, da diminuição na arrecadação de impostos dos governos federal, estadual e municipal, entre outros custos sociais. Entidades setoriais e institutos públicos e privados cada vez mais se preocupam com os aspectos nocivos das práticas ilegais de comércio e da concorrência predatória praticada por empresas que, em decorrência do não cumprimento de alguma legislação, obtém vantagens competitivas. São as famosas práticas de pirataria, contra-

bando, informalidade, sonegação fiscal, descumprimento de normas técnicas e ambientais, descumprimento de obrigações trabalhistas, entre outras.

A situação também é preocupante, pois muitas dessas práticas tornam-se difíceis de serem combatidas pela dificuldade de investigação por parte do Estado. Assim, por constituir um dos principais obstáculos ao crescimento econômico é preciso entender o que motiva o número significativo de práticas desleais no mercado brasileiro e a melhor forma de reduzi-lo. A questão deixa de ser uma análise de mérito se a conduta é ou não anticompetitiva e qual deve ser a punição para a prática, mas compreender as motivações que a incentivam, até mesmo como forma de evitar que ela ocorra desde o início.

Nesse contexto, a abordagem que se pretende no presente trabalho difere do amplamente discutido – porém não menos importante – impacto de práticas anticompetitivas na economia brasileira, assim como não tem por intenção analisar todas, ou alguma prática anticoncorrencial em espécie. Ao contrário, o enfoque proposto tem por objetivo chamar a atenção para uma questão preliminar: como criar um compromisso de harmonia entre os objetivos de política pública para o justo desenvolvimento econômico e o propósito do agente econômico em busca de menores custos e maiores lucros? Em outras palavras, como garantir que a legislação, que pretende garantir esses valores éticos no mercado, seja cumprida?

A questão que se pretende enfrentar, portanto, é entender por que a concorrência desleal se tornou um problema tão grave na sociedade brasileira. Parte dessa pergunta pode ser respondida se for analisado o pano de fundo jurídico e institucional que está por trás dessa discussão. Ao mesmo tempo em que estudar as transformações que sofreram a economia brasileira e o direito ajudam a entender a proliferação de práticas competitivas destrutivas e a dificuldade de evitá-las, entender o ambiente institucional que disciplina o mercado e o comportamento social permitirá compreender quais os motivos que incentivam ou desincentivam os agentes econômicos a agirem conforme ou não a lei.

Para alguns teóricos do Direito e da Economia, esses problemas descritos podem ser traduzidos como incentivos e desincentivos a um determinado comportamento social. Diante de um determinado ambiente institucional, o concorrente desleal vê-se incentivado a não cumprir a lei, pois os benefícios que irá auferir certamente serão maiores do que os custos que eventualmente poderá arcar. A atuação estatal repressora não funcionaria como um desincentivo ao comportamento desleal, não por não haver lei que proíba, mas por não haver meios eficientes que a faça ser observada. Por sua vez, o agente privado lesado

pelo concorrente desleal, que em tese poderia gerar um incentivo contrário à conduta ilegal ao denunciar essa prática, também é desincentivado a oferecer a denúncia, pois pode sofrer prejuízo maior com uma possível retaliação, ou não encontra/desconhece mecanismos pouco custosos e eficazes para tutelar o seu problema. Essas indagações serão debatidas no desenvolvimento do trabalho.

Embora pareça muito mais teórico do que prático, o tema não se faz menos importante, pois não se pode refletir ou encontrar soluções para o problema da concorrência desleal se ele não for contextualizado nas transformações recentes que sofrem o Estado e o direito.

Inicia-se o trabalho com uma breve contextualização acerca da evolução da industrialização no Brasil e a descrição histórica das mudanças de paradigmas na política da concorrência, análises que fornecerão subsídios para compreender as transformações na racionalidade estratégica empresarial e no papel do direito na sociedade moderna. Depois, destacar-se-á os limites de legitimidade e eficácia pelos quais atravessa hoje o sistema jurídico tradicional, típico do Estado do Bem-Estar Social. Em seguida, não como uma solução única ou mais correta, mas como instrumental analítico a ser utilizado, apresentar-se-á a análise econômica do direito como base teórica que se preocupa justamente em como garantir maior eficiência à atuação do Estado, não mais voltada ao estabelecimento rígido de metas e diretrizes unilaterais para o planejamento empresarial, mas produzindo regras bilaterais e procedimentais que incentivem os agentes econômicos a agirem com ética concorrencial e responsabilidade social.

2. Evolução da concorrência empresarial e a transformação do direito na economia globalizada

2.1. A industrialização no Brasil e a evolução da concorrência empresarial

Desde a metade do século XX, o setor industrial mundial sofreu uma série de mudanças em virtude de revoluções tecnológicas, modificações políticas e regulatórias e o fortalecimento do poder econômico. Em vista das novas exigências do cenário econômico mundial, o Estado passa a introduzir maciçamente políticas de aumento de competitividade industrial de forma a fomentar o desenvolvimento econômico interno. Surgiram os grandes conglomerados mundiais, muitas vezes influenciados pela própria política econômica interna de cada país. A necessidade por economias de escala e escopo, reduzindo os custos de transação e aumentando a capacidade produtiva das

empresas levou a uma concentração do poder econômico, seja através de fusões e aquisições entre empresas, ou a formação de grandes conglomerados, seja a participação societária ou financeira entre as empresas.

No caso do Brasil especificamente, desde a passagem do período colonial para a industrialização, o país sempre tendeu à proliferação de empresas desprovidas de poder competitivo. A estrutura industrial brasileira era marcada por uma multiplicidade de empresas nacionais, pequenas e com insuficiência de escala, ao lado de um número reduzido de empresas estrangeiras, com escala competitiva. No início da década de 1950, desde o novo mandato de Getúlio Vargas (1951-1954), o governo procurou incentivar o desenvolvimento econômico através de investimentos públicos em infra-estrutura de transportes e energia, da abertura de crédito externo, do estímulo ao financiamento de bancos privados nacionais e da criação, em 1952, do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico (BNDE), claramente direcionado para fomentar a industrialização nos mais diversificados setores da economia. Durante o governo de Juscelino Kubitschek seguiu-se o programa econômico nacional-desenvolvimentista (Plano de Metas), com a promoção da industrialização pela substituição de importações¹. Entretanto, já no final do governo de Juscelino, iniciava-se a crise que veio a desestabilizar o Plano de Metas, gerada, principalmente, pelo crescente déficit no balanço de pagamentos e o aumento da inflação devido aos excessivos gastos governamentais para sustentar a industrialização.

A economia brasileira somente se recuperou nos primeiros anos do regime militar. Com o objetivo de reformar o sistema econômico e modernizar o capitalismo nacional, entra em vigor o primeiro plano econômico para revitalizar a economia nacional, o PAEG (Programa de Ação Econômica do Governo)², que em pouco tempo retomou o crescimento da economia brasileira e formou as bases do desenvolvimento capitalista que se seguiu ao longo dos anos, e culminou com o “milagre brasileiro” no início da década de 1970.

¹ No modelo então adotado, o Estado tinha o papel de controlar e desenvolver os setores de indústria de base e de infra-estrutura (transportes, comunicação e energia), enquanto os demais setores ficariam a cargo da empresa privada. Entretanto, mesmo sendo chamado de nacional-desenvolvimentista, o plano dependia diretamente da parceria entre o Estado, a empresa privada nacional e, em larga escala, o capital estrangeiro. Em linhas gerais, essa política econômica constituiu as raízes daquela que seria adotada pelo governo militar.

² Entre suas principais medidas, o programa reduziu os gastos governamentais, para reduzir o déficit público, aumentou a arrecadação de impostos, contraiu o crédito privado e comprimiu os salários.

Na seqüência, o I° PND (Plano Nacional de Desenvolvimento³), implementado pelo governo militar, buscava promover o desenvolvimento econômico nacional através do processo de substituição de importações, aumentando as exportações de produtos industrializados e diminuindo a dependência em relação aos bens de consumo estrangeiros. Para o sucesso desse modelo econômico, imaginou-se necessária a concentração da produção em grandes unidades, principalmente nos setores industriais de dinamismo tecnológico e que necessitavam de economias de escala, através de parcerias entre o capital privado nacional, as empresas estatais e as multinacionais.

Motivado pelo sucesso do plano econômico implementado, período do chamado “milagre brasileiro” (1969 a 1973), o governo seguinte lançou o II° PND, com o objetivo de completar o processo de substituição de importações⁴.

Em conjunto e como complemento à política de concentração empresarial, o Estado também atuava diretamente no controle de preços. Em 1968, foi criado o CIP⁵ (Conselho Interministerial de Preços), com o objetivo de fixar e executar a regulação de preços na economia nacional. O objetivo do governo era controlar os preços dos monopólios e dos oligopólios – que existiam no país e que conseqüentemente se formariam em larga escala com a proposta concentracionista da política econômica – e com isso impedir o crescimento da inflação. Diante de uma estrutura econômica fortemente concentrada, não é difícil perceber que quase todos os setores da indústria brasileira estavam submetidos ao regime de controle de preços do CIP. O resultado foi uma cartelização induzida pelo governo. Basta compreender a sistemática do controle: o CIP requeria da associação representante de um setor industrial que apresentasse uma planilha de custos consolidada, com os custos diretos e indiretos de cada empresa proporcionais a sua participação no mercado. Essas informações de custos e de participações no mercado acabavam por serem divididas entre todos os concorrentes do mercado. Com o CIP criaram-se condições para o acordo de preços entre as indústrias, possibilitando a forma-

³ O I° PND foi implementado pela Lei 5.727 de 4 de novembro de 1971.

⁴ Entretanto, este segundo plano, diferente das propostas do I° PND que se concentravam nas indústrias de bens de consumo, focalizou suas atenções no avanço dos setores de insumos básicos e da indústria de bens de capital diante da preocupação em garantir uma autonomia nacional das fontes de energia diante da crise internacional do petróleo que havia estourado em 1973.

⁵ O Conselho Interministerial de Preços foi instituído pelo Decreto 63.196/1968.

ção de tabelas uniformes de preços e paralelismos de comportamento⁶. Os resultados dessa política econômica foram evidentes ao longo de muitos anos da economia nacional: inflação crônica, ineficiência da empresa nacional, falta de incentivo ao investimento em pesquisa e desenvolvimento tecnológico, prejuízo direto para o consumidor. De certa forma, o diagnóstico desses resultados motivou, entre outras razões, a necessidade de reforma do Estado e da economia que foi implementada no início da década de 1990.

Observe-se, através dessa breve descrição da industrialização nacional, que a estrutura empresarial brasileira foi planejada sob um regime de monopólio ou oligopólio, reduzindo, portanto, a participação da concorrência tanto como instrumento de política industrial, como estratégia empresarial. Quanto ao último aspecto, não havia, portanto, qualquer incentivo para uma política interna de competitividade empresarial. O controle de preços e a exploração monopolista de diversas atividades econômicas garantiam as margens de lucros e preservavam a participação de mercado – e conseqüentemente o poder de mercado – das grandes empresas nacionais. Se por um lado não havia a atual preocupação com práticas de competição desleal entre os concorrentes – até mesmo pela quase ausência de concorrentes em determinados mercados –, por outro lado, perdia-se a dimensão mais relevante da concorrência, ou seja, a de criação de inovações no processo industrial e novas formas de organização da produção. Como costuma afirmar Calixto Salomão Filho, impedia-se o desenvolvimento econômico oriundo da difusão do conhecimento econômico⁷.

⁶ No campo jurídico, a implementação desse modelo concentracionista foi se constituindo através de uma série de alterações legais, desde a revogação dos impedimentos fiscais para a formação de *holdings* (Decreto-lei 1.338/1974) até a apresentação do projeto de lei de S.A. de 1976.

⁷ Cf. Salomão Filho (2002). Ao procurar definir o desenvolvimento para a teoria jurídica e o papel do direito na busca desse objetivo, C. Salomão Filho concentra-se em torno da idéia de difusão do conhecimento econômico. Para ele, a difusão do conhecimento somente é possível com a diluição do poder econômico dos particulares, sendo que a melhor forma de adquirir conhecimento é (com base na teorização do conhecimento de F. Hayek) através de um processo concorrencial de escolha. “Para esse fim, o fundamento jurídico da regulação está exatamente na procedimentalização da atividade econômica”. (...) “Da mesma maneira, a concorrência é a garantia de uma contestação, de uma participação de todos os agentes econômicos, que garanta a tomada de uma decisão mais uniformizada pelos consumidores”. (pp. 45-46).

Nesse momento, o próprio direito concorrencial brasileiro aos poucos foi sendo influenciado pela política econômica de concentração empresarial⁸. Não é difícil perceber que a Lei 4.137/62 – legislação concorrencial vigente na época e que introduziu significativas inovações e razoáveis mecanismos sancionadores do abuso do poder econômico – tinha aplicabilidade bastante reduzida, principalmente pela dificuldade de sua interpretação e aplicação por parte do CADE. Com o início do governo militar e a introdução de políticas de fomento à concentração empresarial, nas poucas vezes em que a lei antitruste foi aplicada pelo órgão de defesa da concorrência, este passou a considerar o objetivo econômico do governo como um interesse a ser tutelado pelo próprio direito concorrencial, permitindo concentrações que beneficiassem a indústria nacional⁹.

No final dos anos 1980, os efeitos do processo de industrialização por substituição de importações e o plano de crescimento econômico implementado na década anterior levaram o país a uma forte crise econômica e política. A estrutura oligopolizada – ou muitas vezes monopolizada – da indústria nacional produziu empresas ineficientes, mas beneficiadas pelo controle de preços e pelas barreiras à entrada criadas pelo próprio governo.

⁸ A legislação concorrencial brasileira inicialmente surgiu com a promulgação do Decreto-lei 7.666/45, como forma de proteção do capital nacional frente ao poder econômico estrangeiro. Como descreve Paula Forgioni (1998: 108-112) o projeto de lei do então ministro Agamemnon Magalhães, que posteriormente se converteu no Decreto-lei 7.666 de 1945, representava o nacionalismo político e econômico do governo de Getúlio Vargas. Paula Forgioni (1998: 111) afirma ainda que, segundo a visão de Paulo Germano Magalhães, o Decreto-lei 7.666/45 era um instrumento protecionista utilizado por Getúlio Vargas contra reações políticas influenciadas por grupos financeiros nacionais e internacionais. Os dispositivos da lei permitiam ao governo intervir em empresas e controlar fortemente a atividade do poder econômico em território nacional. Seu caráter extremamente protecionista e intervencionista para a época foi objeto de críticas e protestos por parte do empresariado nacional e principalmente do capital estrangeiro. Tãmanha foram as críticas que a lei foi revogada assim que se encerrou o Estado Novo. Mesmo sendo criticada pelo seu protecionismo, a Lei Malaia (como era chamado o Decreto-lei 7.666/45) deixou um indício de cultura nacional de repressão ao abuso do poder econômico, não mais sob uma perspectiva de crimes contra a economia popular. Esse novo enfoque motivaria a inclusão desse princípio na Constituição Federal de 1946, primeiro diploma constitucional a expressar o princípio da repressão ao abuso do poder econômico. Entretanto, ao dispositivo constitucional não se seguiu nenhuma regulamentação em matéria de legislação infraconstitucional até a promulgação da Lei 4.137 de 1962. Fruto de uma industrialização que se iniciara nos anos 1950, a Lei 4.137/62 procurava reprimir o abuso do poder econômico, mas sob uma ótica de livre mercado.

⁹ Cf. Forgioni (1998: 131).

Em oposição, a globalização dos mercados intensificou a competição mundial entre as empresas multinacionais, com amplas vantagens competitivas geradas pela inovação tecnológica. Fortaleceu-se a necessidade por conglomerados de capital internacional com alta escala produtiva, mais eficientes e competitivos. Assim, a política econômica nacional passava a incentivar a modernização do parque industrial, promovendo eficiências e não as ineficiências que o processo de substituição de importações havia gerado. Entre outros motivos políticos, isso levou, nos anos 1990, a abertura do país ao capital internacional, principalmente, por meio do processo das privatizações.

No plano interno, o excessivo intervencionismo do Estado brasileiro provocou o seu inchamento burocrático e desgaste. Diante do crescimento distorcido da participação do Estado na promoção do desenvolvimento econômico e social, defendia-se, a partir do início dos anos 1990, a necessidade de adequação de suas funções e de sua capacidade institucional de governar para superar a crise. As propostas de redução das dimensões do Estado, de Reforma Administrativa, de delimitação de sua intervenção e a definição do seu papel de regulador em sentido estrito¹⁰ da atividade econômica faziam parte da chamada Reforma do Estado¹¹⁻¹².

¹⁰ O termo regulação utilizado no contexto deste trabalho refere-se, em seu sentido amplo, à atuação normativa (de disciplina jurídica) do Estado. Nesse caso, “regulação” se confunde com “regulamentação”. Em termos jurídicos, seria a concretização do que determina o artigo 174 da Constituição Federal, sobre o papel do Estado como agente normativo e regulador da ordem econômica. Em outras palavras, compreende a atividade estatal no domínio econômico em detrimento da atuação direta da exploração e produção de atividade econômica por parte do poder público. Por outro lado, em seu sentido mais estrito, a regulação está associada ao processo de reforma do Estado, com privatizações, flexibilizações e liberalizações da economia. Nesse sentido, o termo regulação somente é utilizado a partir do processo de desregulação do mercado, como uma nova forma de atuação do Estado na economia, como corretor de falhas de mercado e formulador de regras controladas por agências independentes.

¹¹ Cf. Bresser-Pereira (1998). Bresser-Pereira via na reforma do Estado, através da delimitação da área de atuação, da desregulação, do aumento de governança e conquista de governabilidade, uma forma de torná-lo “mais eficiente, que responda a quem de fato deve responder: o cidadão. Logo, será um Estado que estará agindo em parceria com a sociedade e de acordo com os seus anseios. Será um Estado menos voltado para a proteção e mais para a promoção da capacidade de competição. Será um Estado que não utilizará burocratas estatais para executar os serviços sociais e científicos, mas contratará competitivamente organizações públicas não-estatais” (p. 89).

¹² Apenas como ressalva, ao se pensar no Estado brasileiro atual, este novo paradigma do Estado Regulador não se aplica integralmente. Muito embora haja tendências que

Dentre as reformas estruturais que foram implementadas na economia, sociedade e instituições brasileiras, a política de defesa da concorrência surge como imperativo para a inserção do Brasil no cenário econômico mundial. Além de a política concorrencial transformar-se num instrumento essencial de política econômica industrial, como forma crucial para garantir o funcionamento adequado dos mercados ao coibir o surgimento de excessivo poder econômico e combater condutas abusivas dele decorrentes, a presença de regras transparentes e harmoniosas de regulação dos mercados e defesa da concorrência empresarial também era vista como condição necessária para o sucesso da política de abertura econômica e fator de atração para o capital internacional, principalmente por reduzir os riscos e incertezas que afastam o investidor externo.

Mas, se, por um lado, em ambiente econômico concorrencial as empresas encontram incentivos adequados para aumentar a produtividade e introduzir novos e melhores produtos com o objetivo de não perderem mercado, por outro lado, a difusão de maior competição interna aumenta o estímulo e a preocupação com práticas anticompetitivas de concorrentes que visam a dominar o mercado e ampliar os seus lucros. O crescimento industrial e a globalização, se impulsionaram o processo de inovação produtiva e tecnológica, também intensificaram as práticas predatórias e as estratégias empresariais em busca de uma vantagem competitiva sobre os demais agentes econômicos.

Da mesma forma, não é novidade afirmar que se vive hoje um momento de profundas transformações sociais, econômicas e culturais, decorrentes principalmente da globalização econômica, tendo como resultado uma sociedade extremamente complexa, cujos efeitos se refletem também num sistema jurídico carente de respostas e soluções efetivas de controle desses novos dilemas e conflitos. O aparato legal torna-se, em regra, inadequado e insuficiente para operar com os novos focos de insegurança social, identificados – principalmente no escopo desse trabalho – nos delitos econômicos e ambientais. Esses novos fenômenos do comportamento empresarial requerem modificações nos métodos de atuação e na racionalidade do sistema jurídico. Caminham as discussões não mais com base

sugerem a transição do modelo de Estado keynesiano para um modelo de Estado Regulador, a análise da cultura política nacional descaracteriza a atuação do Estado brasileiro como plenamente regulador da atividade econômica, assim como implementado nos Estados Unidos e Reino Unido, principalmente. A existência de um rol amplo e genérico de direitos sociais positivados na Constituição, acabam por impelir a prestações típicas de um modelo keynesiano, colocando o Estado brasileiro em uma situação de tensão, contraditória com um papel de mero Estado Regulador.

em um modelo de Estado clássico, marcado pela lógica do comando-e-controle a seguir analisada, mas por uma intervenção estatal mais flexível, voltada a instrumentos de prevenção, responsabilização e incentivo.

Essas limitações da lógica-formal do sistema jurídico tradicional, sintetizadas a seguir, têm como consequência a própria inefetividade da intervenção jurídica de controle e tipificadora do comportamento dos agentes econômicos e ajudam a responder parte da questão inicialmente elaborada: por que a concorrência desleal tornou-se um problema tão grave e difundido no Brasil?

2.2. Os limites operativos do direito: a evolução da regulamentação comando-e-controle e a regulamentação jurídica por incentivos

Essas alterações na economia impulsionadas pela globalização e pela imobilidade praticamente ilimitada da circulação dos capitais e da informação acabaram por gerar uma crise no Estado de Bem-Estar Social e, conseqüentemente, no direito positivo. José Eduardo Faria (2002) identifica essa crise pela incapacidade do Estado de ordenar, moldar e regular as novas relações econômicas surgidas com a transnacionalização dos mercados, questionando a própria efetividade do direito positivo. Diante do policentrismo que hoje caracteriza a sociedade moderna, o Judiciário, por exemplo, vê-se cada vez mais incapacitado de dar soluções satisfatórias e rápidas para esses conflitos. Como outra consequência, as organizações empresariais adquirem um poder de reação contra as imposições estatais e acabam por neutralizar, ou pelo menos frear, a ação do Poder Público. Ainda, a desregulamentação do mercado financeiro internacional, fruto das crises do petróleo e da quebra da paridade dólar-ouro, colocou os países em desenvolvimento, que procuravam suprir suas deficiências de capital com empréstimos externos, em uma endêmica crise fiscal. Assim, os Estados não têm recursos para financiar os gastos com reprodução econômica e pacificação social, dando espaço a crises de legitimidade.

No campo jurídico, Faria observa a incapacidade do Estado de impor a exclusividade de sua ordem jurídica, em outras palavras, a redução do grau de coercibilidade do direito positivo. Suas normas, tradicionalmente moldadas sob um perfil abstrato e generalista, tornam-se incapazes de lidar com uma pluralidade extremamente complexa de situações sociais, econômicas, políticas e culturais. Frente a sua incapacidade de regular de modo abstrato e a contento as relações sociais, nota-se uma inflação legislativa por parte do Poder Público. Surgem micro-sistemas dentro do sistema jurídico, dotados de princípios específicos e de caráter particularizante. Perde-se, com isso, a unidade e a coesão do

ordenamento, jogando-se alto grau de insegurança no sistema. Essa hiper-regulação, contudo, não consegue evitar a crescente ineficácia das normas estatais, uma vez que os agentes passam a selecionar o direito a ser aplicado, visando à satisfação rápida de suas necessidades regulatórias.

Observe-se, como exemplo, o reduzido número de agentes econômicos que ingressam no Judiciário para denunciar práticas de concorrência desleal¹³. Embora o custo de acesso à justiça seja uma concreta e plausível justificativa, o poder de coerção – financeiro ou não – que outras empresas possuem em um determinado mercado também constitui uma forte barreira. As regras emanadas dentro desse subsistema, do qual podem fazer parte as empresas de um determinado setor em uma certa área, possuem um grau de efetividade maior do que aquelas oriundas do poder público pela própria crença de que o direito estatal poderá oferecer uma resposta para o problema. Criam-se inúmeros micro-sistemas informais e distintas cadeias normativas independentes do direito positivo.

Embora esse tema em específico não seja objeto de aprofundamento neste trabalho, é importante destacar que, como afirma José Eduardo Faria, criam-se três ordens de dilemas. De um lado, direito e sociedade passam a se relacionar com indiferença, admitindo cada sistema somente as regulamentações internas, e desconfirmado as emanadas do Poder Central. Nesse aspecto, os efeitos das normas jurídicas adquirem um mero caráter simbólico. Por outro lado, dá-se uma tentativa de “colonização”, de invasão, da sociedade pelo direito, que, na busca por regular os subsistemas sociais, acaba por destruir a autenticidade das relações, esmagando a espontaneidade do sistema regulado¹⁴. Por fim, há um processo de desintegração do direito pela sociedade, na medida em que, sendo composto por regulações específicas e particularizantes, inexistente um conjunto minimamente unitário dos pressupostos decisórios. Dessa forma, o Estado, para não se deslegitimar com a desconfirmação social, omite-se, dando origem a um processo de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização.

Com a globalização, no entanto, surge também uma nova forma de racionalidade normativa. Essa se baseia no pluralismo jurídico contemporâneo, entendido esse como a intersecção e interpenetração de vários espaços jurídicos, como a chamada *lex mercatoria*¹⁵, por exemplo. Tenta-se, nesse sentido, integrar

¹³ A constatação foi retirada de pesquisa que será fornecida e analisada em tópico seguinte.

¹⁴ Cf. Faria (2002: 185).

¹⁵ A *lex mercatoria* é um direito costumeiro internacional formado de usos e costumes

os sistemas normativos altamente diferenciados, proporcionando uma acoplagem, um engate estrutural. Esse engate, nos termos desenvolvidos por Teubner (1985: 339), entre outros autores, é conhecido como direito reflexivo ou relacional. Parte ele do postulado de que uma sociedade altamente complexa como a contemporânea não pode ser regulada pelos instrumentos normativos tradicionais. Passam, então, os teóricos do novo direito a propor uma reestruturação da intervenção jurídica e a trabalhar com o conceito de norma procedimental.

A norma procedimental tem por objetivo balizar a interação e assegurar o equilíbrio entre as diferentes organizações complexas, através da coordenação de seus processos decisórios e de suas racionalidades normativas¹⁶. Sendo assim, é dotada de baixo grau de coercibilidade e imperatividade, não estruturando nem dirigindo a sociedade, mas apenas induzindo as organizações a levarem em conta as expectativas divergentes de fora do sistema. A norma procedimental deve garantir a autonomia dos demais sistemas que compõem a sociedade. Neutraliza, portanto, a propensão natural dos agentes de invadir os outros sistemas, impedindo que tome uma posição hegemônica sobre os demais e mantendo, assim, a funcionalidade do sistema como um todo¹⁷. A regulamentação jurídica do Estado não se destaca mais pelo seu *enforcement* como um comando *a priori* que obriga os agentes a observarem as regras do jogo, mas através de uma regulação indireta e por incentivos de sistemas auto-regulados que façam com que o jogo se desenvolva da maneira mais justa e eficiente possível. Para utilizar uma linguagem usual à teoria dos sistemas, a racionalidade formal do sistema jurídico traduzida no seu código operacional “proibido/permitido” – de coerção e sanção penal – tornou-se incapaz de regular a complexi-

do comércio internacional, de cláusulas contratuais que disciplinam operações internacionais. Esse conjunto de regras “quase-legais” é oriundo de organismos internacionais e entidades privadas desvinculadas de jurisdições específicas ou de sistemas legais nacionais.

¹⁶ Cf. Teubner (1983: 239-285).

¹⁷ Conforme explica Faria (2002: 185), “[e]m termos práticos, portanto, o que essa norma procedimental ou processual ora em questão tem condições de fazer é apenas e tão-somente induzir as diferentes ‘organizações complexas’ a levar em conta, nos seus respectivos processos de tomada de decisões, as exigências antagônicas e conflitantes oriundas do ambiente, campo ou esfera em que atuam. (...) Em síntese, essa não é uma norma que se *deve* utilizar; é, isto sim, uma norma que se *pode* utilizar conforme as circunstâncias, respeitando-se a autonomia de cada organização e de suas respectivas cadeias produtivas e procurando levá-las a evitar disputas predatórias e competições disfuncionais, partindo da premissa de que elas podem acarretar a perda de possibilidades de expansão e de riqueza”.

dade da sociedade moderna¹⁸. Contudo, a baixa imperatividade dessas normas procedimentais não significa ausência de coercibilidade na organização social, mas implica um meio sutil e mais eficaz de estratégia dos controles sociais pelo uso, por exemplo, de mecanismos privados de *enforcement*.

Diogo Coutinho (2003: 233-237), ao procurar transcender o maniqueísmo entre o que chamou de uma regulação comando-e-controle¹⁹ e um liberalismo excessivo (Estado mínimo), descreve uma série de críticas à intervenção estatal pela imposição de restrições e condições para o comportamento das empresas. Em primeiro lugar, destaca a associação entre esse rígido controle do Estado à idéia de captura²⁰. Além disso, há ainda o problema da

¹⁸ A radicalizada modernidade da sociedade contemporânea, na qual a característica dominante é um elevado grau de reflexividade, foram temas debatidos por Ulrich Beck e Anthony Giddens. Em linhas gerais, as sociedades modernas chegaram a um ponto em que são obrigadas a refletir sobre si mesmas e que, ao mesmo tempo, desenvolveram a capacidade de refletir retrospectivamente sobre si mesmas. Os antigos modelos são agora problemas e dilemas tão fundamentais que questionam qualquer movimento de acordo com esses princípios. É a chamada modernização reflexiva.

¹⁹ Segundo Diogo Coutinho, a regulação comando-e-controle é “uma espécie de intervenção em que o regulador determina e especifica unilateralmente o que firmas reguladas podem ou não podem fazer, sob pena de serem sancionadas por meio da imposição de penalidades”. Segue ainda a afirma que “[o] traço marcante da regulação comando-e-controle é o esforço de exercício de influência determinante sobre o comportamento da empresa regulada com o respaldo de sanções, em alguns países de natureza criminal”.

²⁰ Para os teóricos da Escola de Chicago, a regulação, ao contrário de seu objetivo de busca do interesse público, seria utilizada – capturada – em nome e em benefício da indústria. A teoria da captura tem suas bases teóricas na obra de George Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 1971. Segundo Stigler, a regulação é adquirida e desenhada em benefício da indústria. Através de um sistema político racionalmente planejado e aplicado como instrumento apropriado para a realização dos desejos de grupos de interesses organizados, o Estado não servirá ao interesse público (como imaginava a Escola do Interesse Público), mas sim será usado pela indústria para os seus propósitos. Assim, se em um mercado não regulado a influência de cada firma sobre o preço e a produção é proporcional à sua participação no total da produção, em um mercado regulado o papel de cada empresa depende de sua força política. É o que Stigler identifica como demanda por regulação, ou, em outras palavras, um mercado por regulação; grupos mais organizados e com maior poder de barganha exercem influência e pressão sobre o Estado. Políticos, por sua vez, também representam um grupo de interesse, atrás de recursos e apoios que os mantenham no poder. Dessa forma, tanto uns como os outros obtêm suas vantagens. Para as indústrias, essas vantagens se revestem sob a forma de (a) subvenção direta do Estado; (b) controle sobre a entrada de novos concorrentes, através de quotas, políticas de preços e tarifas protetivas; (c) incentivo a produtos complementares; e (d)

produção de normas de alta complexidade e pouca flexibilidade, provocando um excesso de regras descabidas e com baixa eficácia. Outra crítica é feita ao tratamento generalizado do problema. Normas que definem padrões gerais e abstratos para o comportamento empresarial nem sempre são viáveis e desejáveis em razão de peculiaridades próprias de cada setor.

Porém, a crítica mais relevante para o objeto do presente estudo é o problema relativo ao cumprimento da legislação por parte das empresas e o próprio limite da regulamentação jurídica na definição da conduta dos agentes e dos objetivos pretendidos para o mercado. Como explica Diogo Coutinho (2003: 234), a atuação comando-e-controle “(...) é comumente associad[a] a mecanismos de *enforcement* caros e complexos além de (...) mais suscetíveis à prática de *creative compliance* (isto é, o ato de burlar o ‘espírito’ ou a ‘intenção subjacente à norma de regulação sem a violação, contudo, de seus termos objetivos)”.

Ora, dentro desse contexto até certo ponto pessimista, como solucionar o problema de práticas anticoncorrenciais justamente decorrentes do não-cumprimento de normas jurídicas se estas justamente perdem o seu caráter de coagir certas condutas? Como fazer com que a empresa seja “coagida” a atuar com responsabilidade social e ética concorrencial e não apenas buscar o lucro?

Diante do que já foi aqui exposto, parece ingênuo crer que a disciplina jurídica tradicional seja capaz de cumprir essa função. Pelo contrário, o que se procurou demonstrar é que o arranjo institucional do Estado atual enfrenta muitos problemas para coibir a proliferação desse tipo de crime organizado. É ingênuo também acreditar que os agentes econômicos ajustam seus comportamentos dentro do padrão estabelecido pelas normas jurídicas simplesmente pelo comando abstrato que delas deriva. Assim, se se constatam esses limites, faz-se necessário que a compreensão e a produção de regras para o mercado levem em consideração não só aquilo que é socialmente desejado (ou seja, o objetivo valorativo que fundamenta a produção de qualquer norma), mas também quais são as condutas que essas normas são capazes de induzir. Em outras palavras, pensar em estabelecer regras, principalmente quando se trata de comportamento de empresas no mercado, depende essencialmente em também se pensar nas suas conseqüências sobre os agentes e até que ponto pode-se incentivá-los a cumprir essas regras. Não se trata mais em acreditar, intuitivamente ou ideologicamente, que as normas

fixação de preços. A conclusão de Stigler é a negação da regulação da atividade econômica. Para ele, em regra, a atuação regulatória do Estado é ineficiente, pois será adquirida por certas empresas na obtenção de seus interesses.

são cumpridas por seu poder coativo apenas, mas a pensar que elas podem ser cumpridas por haver incentivo aos agentes a agirem dessa forma.

Em grande medida, essa visão bastante realista do problema do *enforcement* das regras jurídicas é fornecida pela teoria da análise econômica do direito e pelo institucionalismo da Nova Economia Institucional. A partir desse ponto, outra questão se coloca: como criar esse incentivo de modo eficiente?

O que se pretende a seguir é abordar com maior detalhe os fundamentos teóricos da análise econômica do direito, sem pretender esgotar suas mais diversas correntes, mas de forma a identificar os aspectos centrais e a estrutura de uma maneira diferenciada de se pensar o direito e buscar soluções para os complexos conflitos sociais. Desde já, faz-se importante ressalva de que não se busca aqui uma resposta pronta, simples e objetiva às indagações feitas, mas apenas reflexões e propostas para possíveis soluções. Nem mesmo a análise econômica do direito está isenta de críticas, limitações e de problemas ideológico-valorativos, como será analisado. Mas não resta dúvida de que buscar uma racionalidade jurídica capaz de lidar com esses conflitos é um importante instrumento para o combate às perdas sociais decorrentes da concorrência desleal.

3. A base teórica das normas jurídicas como incentivos: a teoria da análise econômica do direito

3.1. Os fundamentos teóricos da análise econômica do direito

A idéia de se aplicar conceitos econômicos para entender, analisar e prescrever funções para o sistema jurídico deriva de uma série de diferentes correntes e tradições da teoria econômica. Sua origem, ainda que muitos a atribuam às premissas neoliberais da Escola de Chicago dos anos 1960-70, decorre de princípios formulados nos séculos XVIII e XIX, sob influência de doutrinas econômicas marcadas pela Revolução Industrial e pelos pressupostos da filosofia clássica.

Como pode ser observado no desenvolvimento da teoria da análise econômica do direito, constata-se claramente as influências que esta sofreu, principalmente, da escola econômica clássica de Adam Smith²¹, das teorias marginalistas²²

²¹ Em linhas gerais, para Adam Smith, cada pessoa busca apenas maximizar o seu próprio ganho, escolhendo racionalmente aquilo que lhe seja mais favorável ou menos

e do equilíbrio geral²³ e do utilitarismo de Jeremy Bentham e John Stuart Mill.

É importante ressaltar que a análise econômica do direito não se limita a essas correntes econômicas e nem mesmo pretende ser uma evolução de suas críticas ou inconsistências. Trata-se apenas de identificar, *grosso modo*, os pressupostos e a estrutura teórica que incentivaram os primeiros estudos de uma disciplina que procurou aplicar conceitos econômicos para entender e aperfeiçoar o sistema jurídico.

3.2. O surgimento da *Economic Analysis of Law*

O fortalecimento da análise econômica do direito não é um movimento isolado, mas se consolida justamente em um momento em que o direito, enquanto disciplina independente, vinha sendo cada vez mais contestado

danoso. Assim, da soma de interesses de cada indivíduo agindo de maneira egoísta acaba-se por aumentar a riqueza e o bem-estar de toda a coletividade.

²² Para os marginalistas, os homens apresentam escalas de preferência decorrentes de motivos muito variados. Os objetos desejados pelos consumidores têm geralmente menor valor do que as necessidades que deles se retiram, o que leva o indivíduo a classificar seus desejos de acordo com a importância que a eles atribui. Procurou-se, dessa forma, superar os conceitos clássicos que se limitavam a estudar os problemas dos preços de uma economia de troca e que acreditavam que o valor dos bens dependia da quantidade de trabalho neles incorporado. Em oposição, a principal característica do marginalismo foi o abandono da teoria clássica do valor-trabalho, substituída pelo conceito de utilidade. Utilidade é a medida do prazer ou satisfação de um consumidor por um bem. Segundo os marginalistas, o valor de um bem não depende em última análise da quantidade de trabalho a ele incorporado, mas sim da utilidade da última unidade produzida e consumida desse bem (utilidade marginal). Cf. Napoleoni (1990: 14).

²³ De certa forma paralela à teoria marginalista, outra corrente neoclássica a influenciar a análise econômica do direito é a teoria do equilíbrio. L. Walras desenvolveu a teoria do equilíbrio geral enfatizando a interdependência de todos os preços dentro do sistema econômico, bem como da micro e da macroeconomia. Para aquele economista, as unidades de produção (famílias, firmas, empresas) não podem ser compreendidas de forma isolada. O equilíbrio walrasiano evidencia um processo de contínua repetição tanto no campo da produção como no consumo: uma vez que a concorrência tenha impellido o sistema para a posição de máximo rendimento, atinge-se uma configuração que se repete indefinidamente em um ciclo sempre idêntico a si mesmo. Cada empresa deve produzir sempre os mesmos tipos e as mesmas quantidades de bens, combinando sempre do mesmo modo os fatores necessários à produção. Como se verá da teoria de Posner, sua análise econômica do direito assume a clara separação entre eficiência e considerações distributivistas, própria da teoria neoclássica do equilíbrio econômico geral. Cf. Napoleoni (1990: 15).

principalmente pelos teóricos do chamado *Legal Realism*. No início do século XX, a chamada escola “realista do direito” afirmava que a capacidade de se prever resultados de casos concretos com base nas normas jurídicas era extremamente limitada. Nos casos mais difíceis (*hard cases*) as normas jurídicas, por si só, não conseguiriam prever o resultado do conflito. Se os juristas estão interessados na previsibilidade do que as cortes decidirão, necessitam incorporar uma pesquisa sociológica e psicológica, desenvolvendo ferramentas teóricas que os permitiriam a prever resultados legais. Assim o *Legal Realism* era uma tentativa de introduzir outras ciências sociais no campo do direito²⁴. No entanto, é a análise econômica do direito que adquire maior destaque na interdisciplinaridade entre o direito e outras ciências.

Ainda que se possam encontrar as raízes da análise econômica do direito na filosofia e economia clássicas, foi somente após os anos 1960 que o pensamento adquire corpo de teoria e passa, até mesmo, a constituir, em algumas universidades norte-americanas, disciplina autônoma nas faculdades de direito e economia. Isso se deve, principalmente, ao surgimento de duas obras que, se não definidas ainda como análise econômica do direito propriamente dita (*Economic Analysis of Law* enquanto disciplina autônoma), significaram um fortalecimento da interdisciplinaridade entre direito e economia. São os trabalhos de Ronald Coase, “The Problem of Social Cost”, publicado no *Journal of Law & Economics* em 1960, e de Guido Calabresi, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, publicado no *Yale Law Journal*, de março 1961²⁵.

²⁴ Para uma descrição mais atual da teoria, ver Brian Leiter. “Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence”. *Texas Law Review* 76, pp. 267-315, 1997 ou “Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered”. *Ethics* 111, pp. 278-301, 2001.

²⁵ Ressalta-se, mais uma vez, que é praticamente impossível a tarefa de identificar as origens precisas e as bases teóricas que deram nascimento a chamada teoria da Análise Econômica do Direito. Trabalhos como o de John R Commons, *Legal Foundations of Capitalism*, de 1924, e de Robert Hale, *Freedom Through Law: Public Control of Private Governing Power*, de 1954, entre outros, também contribuíram significativamente para a análise do sistema jurídico sob um enfoque econômico. Porém, destacam-se os artigos de R. Coase e G. Calabresi não só pela grande repercussão que obtiveram, mas também por terem influenciado mais especificamente a principal escola dessa teoria, a Universidade de Chicago. Ver, para uma evolução histórica detalhada da teoria da análise econômica do direito, Ejan Mackaay, “History of Law & Economics”, *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, disponível [online] em <http://encyclo.findlaw.com/tablebib.html> [20-08-2003].

A partir daquelas duas obras, consolida-se a necessidade de um processo contínuo de abordagens e estudos que procuram explicar a interação entre direito e economia, pesquisa marcadamente influenciada pelos seus ideais econômicos neoclássicos. A análise econômica das regras e de institutos jurídicos, que em sua origem praticamente se limitava no campo da defesa da concorrência (sem dúvida a influência mais marcante), espalha-se por diversos outros ramos do direito, como contratos, responsabilidade civil, direito penal, direito internacional, entre outros²⁶.

3.3. *O teorema de Coase e o problema do custo social*

Considere o seguinte exemplo. Um pecuarista desenvolve sua atividade ao lado de um agricultor de milho. A linha divisória entre a plantação e o rebanho é extensa, embora não haja nenhuma cerca entre ambos. Ocorre que, de tempos em tempos, parte do rebanho invade a propriedade do agricultor e danifica sua plantação de milho. Esse dano poderia ser reduzido de diversas formas: (i) construindo-se uma cerca entre uma propriedade e outra, (ii) reduzindo-se o número de gados do rebanho ou (iii) cultivando uma menor quantidade de milho, mais afastado do rebanho. Entretanto, todas essas soluções representam um custo.

Para resolver esse problema, o sistema jurídico poderia atribuir responsabilidade a cada uma das partes por esse dano causado. Assim, as regras jurídicas de responsabilidade podem ser de duas ordens: (i) a responsabilidade poderia ser atribuída ao agricultor por manter o gado fora de sua propriedade, e deverá suportar os danos causados pelo gado, ou (ii) o pecuarista poderia ser responsável por manter o gado em sua propriedade e deve pagar os danos causados por este. Num sistema de responsabilidade definido no item i, o agricultor não teria nenhum recurso legal contra o dano causado pelo rebanho. Se quiser reduzir o seu prejuízo, deverá reduzir a extensão de sua plantação, ou cercar sua propriedade. Pelas regras de responsabilidade do item ii, a solução jurídica imporá a responsabilidade ao pecuarista, devendo-

²⁶ Apenas como exemplo de alguns desses estudos: R. Posner, *Antitrust Law – An Economic Perspective* (1978), W. Landes e R. Posner, *The Economic Structure of Tort Law* (1987), G. S. Becker, *Crime and Punishment: An Economic Approach* (1968), S. Shavell, *An Economic Analysis of Accident Law* (1987), J. Dunoff e J. Trachtman, *An Economic Analysis of International Law – An Invitation and a Caveat* (1998), entre outras tantas.

se, para tanto, determinar o valor monetário do dano ocorrido, assim como coagir o pecuarista a ressarcir o agricultor²⁷.

A questão que Coase propõe é: qual sistema jurídico é melhor? No entanto, para responder esta questão, o economista pretende romper com a visão tradicional do direito – segundo a qual aquele que causa o dano deve responder pelo mesmo – e abordar o problema sob o ponto de vista da eficiência. Ou seja, na ausência de custos de transação²⁸, a regra jurídica deve estimular a eficiência, tanto para o agricultor, como para o pecuarista. Para justificar o argumento, Coase estabelece, por hipótese, que o dano causado custa ao agricultor \$100 de perdas em relação ao cultivo de milho a cada ano. O custo para construir e manter uma cerca ao redor da plantação é de \$50 por ano, enquanto que se ela for construída para cercar o rebanho, terá um custo anual de \$75. Conseqüentemente, supõe-se que o prejuízo de \$100 por ano pode ser evitado a um custo de \$50 para o agricultor, ou de \$75 para o pecuarista. Ora, se observado pelo critério da eficiência, a solução mais viável seria o agricultor instalar a cerca ao redor de sua plantação.

Por outro lado, Coase estende o mesmo exemplo segundo os sistemas jurídicos de atribuição de responsabilidade. Se a responsabilidade for atribuída ao agricultor, este assumirá o prejuízo de \$100 por ano, podendo reduzi-lo em até \$50 se construir a cerca. Ou seja, esse sistema impõe que o agricultor construa a cerca por conta própria. Já com relação ao segundo sistema legal, o pecuarista reduz o seu prejuízo de \$100 para \$75, sendo este o seu real custo. Dessa forma, essa regra de responsabilidade fará com que o pecuarista construa uma cerca ao redor de sua propriedade. A conclusão que parece óbvia é que a primeira regra jurídica é mais eficiente, embora menos justa, que a primeira. Porém, para Coase, essa eficiência é apenas aparente, pois não incentiva a solução cooperativa, em que o agricultor e o pecuarista poderiam negociar livremente entre si para decidir como devem suportar esse custo. Se o pecuarista produz um custo social quando prejudica a plantação do agricultor, esse custo pode ser compensado pelo próprio mercado, através

²⁷ Como destaca Faraco (2003), ao descrever as soluções propostas pelos dois modelos de sistema jurídico, Coase acabou por relativizar o conceito de externalidade. “O problema subjacente não seria como obrigar o criador de gado a prevenir tais danos e a internalizar esse custo, mas saber quem deveria ser autorizado a impor um dano a outrem” (p. 177).

²⁸ Custos de transação são todos os custos que o agente econômico incorre por ir ao mercado oferecer e procurar bens e serviços. De mais amplo, são os custos de negociação.

da negociação privada entre os agentes. Como afirma Cooter e Ulen (1998: 116) acerca do teorema de Coase, ao negociar um acordo, ambas as partes podem evitar custos e dividir as ganâncias entre eles²⁹.

Com base nesses e outros exemplos apresentados em seu artigo, Coase afirma que indivíduos racionais e bem-informados alocarão, em negociações privadas e na ausência de custos de transação, direitos de propriedade de forma mais eficiente que os resultados da atuação do Estado poderiam provocar. Essa proposição passou a ser conhecida como Teorema de Coase.

É claro que Coase não nega a presença de custos de transação nas negociações. Nesse ponto, destaca o papel do direito para se obter eficiência: na presença de custos de transação, a eficiência na alocação dos recursos depende da definição de direitos de propriedade imposta pelo direito. Como explica Alexandre Faraco (2003: 179-180), Coase “não recusou a possibilidade de a regulação vir a mostrar-se eficiente. Procurou destacar, porém, a necessidade de considerar-se cada situação de forma específica, questionando a presunção, com base em

²⁹ Tradicionalmente, como forma de solução possível ao problema de externalidades produzidas, prevalecia a concepção de uma regulamentação estatal através da cobrança de uma tarifa ou tributo. Essa intervenção do Estado através da cobrança de tarifas e tributos é conhecida como *taxação pigouviana* devido às bases doutrinárias da obra *The Economics of Welfare* de Arthur C. Pigou. Parte-se da concepção de que o mercado ideal age no sentido de maximizar o bem-estar social, o bem comum. Entretanto, o mercado apresenta falhas e nem sempre os custos e benefícios são alocados da forma mais eficiente possível (ou seja, com base no ótimo de Pareto), de maximização do bem-estar social. Quando os custos e benefícios não são maximizados pelo mercado, a tarefa de buscar esse bem comum torna-se função do Estado, através de impostos, subsídios, regulação de quantidades, etc. A função do Estado seria internalizar as externalidades negativas, identificando qual agente econômico gerou o prejuízo social e impondo uma forma de tributação que fosse correspondente ao dano causado. De certa forma, a política de impostos e taxas serviria também como forma de sinalização para os agentes econômicos sobre os efeitos de suas condutas. Ora, da visão de Coase, percebe-se que o primeiro problema dessa ação regulatória é que, para transferir renda de “beneficiados” para “prejudicados”, é preciso, em primeiro lugar, identificar quem constituiria o grupo cuja renda seria transferida e quem comporia o grupo beneficiário. Além disso, é preciso definir métodos de distribuição que possibilitem que a renda seja transferida com o mínimo de perda possível. Sabe-se, no entanto, que a formulação desses métodos é um trabalho custoso cujo cumprimento pode demandar mais prejuízo que os benefícios obtidos. Ademais, como constata Coutinho (2003: 10), a cobrança de tarifas ou tributos provoca o paradoxo de que “se o Estado tributa alguém por ter produzido um custo social suportado por outrem, aquele que produziu o custo também sofrerá uma perda (o tributo)”.

uma perspectiva ideal de Estado, de que a ação estatal sempre permitirá superar as situações que comprometem o funcionamento ótimo do mercado”.

As idéias de Coase adquiriram um caráter de dogma para uma série de juristas e economistas que pretendiam analisar o sistema jurídico com base em premissas econômicas. Para autores como Richard Posner, o sistema legal afeta custos de transação privados e o objetivo de tal sistema deve ser minimizar os prejuízos e custos. Se os custos de transação forem significativos, o sistema jurídico deve alocar direitos de propriedade para aqueles agentes que a valorizem mais, ou seja, que maximizem a sua utilidade, conforme será demonstrado na visão de Posner.

3.4. A consolidação da análise econômica do direito

Em linhas gerais, a análise econômica do direito pretende ser um modelo de compreensão da realidade, em sua vertente positiva (descritiva), uma forma de observar e prever como funciona, e em sua vertente normativa (prescritiva), como deve funcionar a sociedade com base em premissas econômicas e como o sistema jurídico estimula ou não o comportamento social tendo em vista princípios econômicos.

Ainda que existam diferentes correntes e teóricos da análise econômica do direito, foi Richard Posner, com sua obra *Economic Analysis of Law* (1972), quem transformou a análise econômica do direito num dos debates mais controvertidos entre economistas e juristas. Seja normativa ou positiva, ambas as vertentes de estudos da análise econômica do direito adotam, em regra, as premissas do pensamento econômico neoclássico.

Cada indivíduo procura maximizar suas preferências individuais. As necessidades humanas conseguem ser racionalmente maximizadas pelos indivíduos, que são capazes de saber o que lhes agrega mais utilidade. Idealiza-se um ser humano guiado por uma racionalidade extrema, cujas ações não se fundam em causas emocionais, mas na capacidade desse indivíduo em basear suas escolhas na adequação racional e eficiente entre meios e fins. Nesse sentido, o agente, racional e bem-informado, estaria sempre apto a analisar se o benefício obtido ao praticar determinada conduta seria maior que o custo com o qual deverá incorrer. Como expôs o Prof. Jairo Saddi em palestra ministrada na Sociedade Brasileira de Direito Público ao exemplificar o pressuposto da racionalidade neoclássica, o motorista de um veículo somente teria incentivo de parar em um sinal vermelho se o custo da multa de trânsito fosse maior que o benefício que poderá obter se não respeitar as regras de trânsito. Toda opção

por comportamentos ilícitos ou respeito às regras dos indivíduos em sociedade seria determinada por essa análise de custo-benefício por parte de agentes racionais, que têm como objetivo último maximizar a satisfação individual.

Como decorrência da premissa anterior, pressupõem os neoclássicos que, sendo os indivíduos capazes de maximizar suas satisfações pessoais através de uma análise custo-benefício, conseqüentemente esses indivíduos agiriam racionalmente em função de incentivos de preços. Deste modo, seria o sistema de preços do mercado que serviria de parâmetro para a análise de custo-benefício e, em última instância, pelo comportamento dos indivíduos. Tendo em vista o exemplo da nota anterior, as sanções impostas pelo direito (multa pecuniária, prestações de serviços comunitários, detenção) seriam os preços estabelecidos pelo sistema jurídico em função de comportamentos ilícitos, que seriam quantitativamente confrontados com os benefícios auferidos. Assim, segundo Posner, nesse ponto, caberia ao direito estabelecer a correta relação de equivalência entre o comportamento ilícito do indivíduo e a sanção imposta, pois essa “justa”, ou melhor, eficiente proporção – quase que uma lógica econômica de prestação e contraprestação, através de punições e recompensas – incentivaria os comportamentos humanos³⁰. Disso retira-se uma das principais funções do sistema jurídico, qual seja, a de estimular o comportamento dos indivíduos em termos de utilidade e maximização de eficiência para todos.

Por fim, como conseqüência lógica das premissas anteriores, as normas jurídicas devem ser formuladas e interpretadas em função da eficiência de sua aplicação. As regras de direito devem ser eficientes e com base nesse valor devem ser interpretadas. E eficiência, nesse contexto, significa a

³⁰ Observe outro exemplo formulado por Posner (1998b: 5-6), com base na famosa decisão do juiz Learned Hand (United States vs. Carroll Towing Co., 159 F.ed 169, 2nd Cir. 1947). Considere a decisão de um indivíduo de evitar um acidente. O acidente ocorrerá com uma probabilidade P , e assumindo que se ele ocorrer terá um custo L (*loss*). Assume-se também que eliminar a possibilidade desse acidente ocorrer representa um custo B (*burden*) sobre o potencial infrator. Tem-se assim que o custo de se evitar o acidente será menor que o custo do acidente (ou o benefício de se evitar o acidente) se B for menor que L multiplicado por P ($B < PL$). Se forem observadas essas condições, o “potencial infrator” será considerado negligente se não incorrer nos custos de evitá-lo, seja a probabilidade do acidente ocorrer muito pequena (caso o custo do acidente “ L ” seja muito alto), ou mesmo o custo de se evitar o acidente seja muito alto (caso o custo do acidente ou sua probabilidade forem maiores ainda). Percebe-se claramente que essa fórmula depende essencialmente do fato do indivíduo racional conhecer todos os valores e ter todas as informações.

maximização do bem-estar social, ou seja, obter o maior resultado possível dos recursos escassos³¹.

Para Posner, portanto, o principal objetivo do sistema jurídico deve ser a “maximização da riqueza”, obtida através dos incentivos que o sistema jurídico provoca no comportamento dos indivíduos (e é nesse sentido que as normas jurídicas devem ser interpretadas e aplicadas pelo juiz). Deve o direito, desde seu processo legislativo até a sua concretização pelos tribunais, incentivar a escolha individual e voluntária dos agentes de forma a maximizar suas utilidades individualmente, pois a somatória da maximização dos interesses individuais terá como consequência a maximização do bem-estar coletivo³². Se para Posner eficiência é

³¹ Ainda que o autor em diversas obras negue o rótulo de utilitarista, parece clara a influência dessa filosofia nas formulações de Posner. Dois são os principais fundamentos de sua estrutura. Em primeiro lugar, nas bases das teorias utilitaristas se encontram fins coletivos aos quais devem ser subordinados os interesses individuais. Em segundo lugar, o utilitarismo encara o indivíduo como a expressão da utilidade, da satisfação. Quando se analisa o valor de uma ação, seja o consumo de um certo bem, uma contribuição à caridade, a votação em algum candidato, a utilidade do ato é o fundamento da sua moralidade, não só para o agente que o pratica, mas também para todos os afetados por suas consequências, na medida em que promove o maior bem-estar ou felicidade da coletividade. Decorre disso que as decisões tomadas são boas ou ruins se suas consequências forem as melhores possíveis. Essa é justamente a proposição de grande parte das teorias normativas da escola da análise econômica do direito, que pretendem avaliar qual resultado é socialmente mais desejável, com base em comparações de bem-estar individual. Essas medidas de bem-estar foram associadas a métodos econômicos como o ótimo de Pareto e, posteriormente, o teorema de Kaldor-Hicks, que se transformaram em importantes instrumentos da análise econômica do direito. Na definição de ótimo de Pareto, atinge-se um ótimo grau de bem-estar se cada indivíduo ficar em melhor situação, ou pelo menos um sujeito ficar em melhor, e nenhum outro ficar prejudicado. Dito em outras palavras, são todas aquelas alocações de recursos em que o aumento de utilidade (bem-estar) de alguém não reduza a utilidade (bem-estar) de outro. Não é difícil perceber que essa realização é praticamente impossível, pois a aplicação de uma norma jurídica acaba sempre tendo um resultado de soma não zero, com ganhadores e perdedores. Procurando solucionar esse problema, o teorema de Kaldor-Hicks identifica o resultado mais eficiente na somatória das utilidades individuais, ou seja, se a soma dos agentes beneficiados for maior que a perda dos onerados, e aqueles puderem, em tese, compensar estes, o resultado será eficiente. Ressalta-se que essa compensação é sempre potencial, bastando que em tese possa ocorrer, e não necessariamente real, pois a vantagem provém do ganho líquido final. Segundo o teorema de Kaldor-Hicks, a aplicação de uma norma jurídica é mais “eficiente” quando maximiza a riqueza global, mesmo que isso implique prejuízo para um indivíduo. Cf. Coleman (1984).

³² Como explica Jules Coleman acerca da teoria de Posner: “Posner’s most basic contribution is the following. Where the condition of the Coase theorem – zero

“maximização de riqueza”, essa é vista por ele como a medida da disposição agregada dos agentes em pagar por aquilo que desejam (*willingness to pay*). Assim, os juizes devem escolher a norma judicial que maximize a relação custo-benefício mensurada pela soma individual de “disposição em pagar”. Mais eficiente será alocar bens para aqueles que o valorizem mais.

Diversas foram as críticas sofridas pela visão que a teoria da análise econômica do direito pretendia incorporar ao sistema jurídico. Muitas dessas críticas se devem aos pressupostos utilitaristas de suas ideologias³³.

transactional costs and cooperative behavior – are satisfied, the law need not assign any particular property rights. Market exchange will always insure efficiency. When these condition are not met, the law should promote efficiency by ‘mimicking the market’. By ‘mimicking the market’, Posner means that the relevant legal authorities ought to assign property rights to those parties who would have secured them through market exchange. (...). That just means, assign the right to the party who would have paid more for it”. Coleman (1984: 658-662).

³³ Para o filósofo liberal John Rawls (1971), um dos mais expressivos críticos do utilitarismo, a justiça individual e distributiva tem prioridade sobre a eficiência, já que a função mais importante do sistema jurídico é a garantia dos direitos individuais. Rawls parte da idéia de que todas as leis, instituições e políticas devem ser pautadas pelo ideal de justiça. Por outro lado, identifica um problema: como os membros de uma sociedade poderiam concordar com o que seria a justiça? Para solucionar o problema, ele propõe a construção hipotética da “posição original”, claramente de influência contratualista. Imagine-se que ao nascermos são escolhidos os princípios de justiça social, ou seja, somente nesse momento inicial, a “posição original”, são formuladas as regras de justiça distributiva daquilo que será produzido pela sociedade. Ninguém sabe, portanto, qual será o destino da riqueza e qual será sua posição na sociedade. Essa ignorância do indivíduo na “posição original” é o que Rawls chama do “véu da ignorância”. Assim, colocado nessa situação de ignorância quanto à distribuição da riqueza, o indivíduo concluirá que o melhor para ele será dividir os bens de uma maneira mais justa do que correr o risco de sair no prejuízo e com possibilidade de estar em último na distribuição de renda. Desse modo, ao estabelecer qualquer política social, ao invés de maximizar a soma de todas as utilidades, deve-se preocupar em aumentar o bem-estar daqueles que estão em pior situação social. Essa regra é chamada de critério *maximin*. O utilitarismo estaria exclusivamente voltado para a maximização da felicidade coletiva, sem se preocupar com o modo como esta é distribuída, se justa ou injusta, tendo em vista uma distribuição inicial. Dessa forma, Rawls acredita que nenhum objetivo que sirva a um dito bem-estar geral pode justificar uma violação aos direitos individuais. Portanto, a solução mais justa – e de caráter menos utilitarista – é de que as desigualdades sociais e econômicas devem ser organizadas, de modo que a maior vantagem seja em favor dos menos privilegiados. Essa teoria individualista, ainda que pareça excessivamente radical, tem seu mérito na crítica aos excessos utilitaristas e consequencialistas.

A premissa do agente racional capaz de maximizar suas satisfações também procurou ser rebatida pela teoria da racionalidade limitada. Segundo o conceito de racionalidade limitada, desenvolvido por Herbert Simom (1998), os indivíduos nem sempre são racionais e capazes de ter uma idéia clara do que traz satisfação. Não são capazes de estabelecer um ranking de satisfação (utilidade) para se fazer cálculos de custo-benefício e adequar seus comportamentos numa coerência entre meios e fins³⁴. A incerteza do ambiente institucional e a informação imperfeita de que dispõe os agentes representam limitações ao raciocínio e a uma possível maximização de suas preferências. Procura-se rejeitar, portanto, a premissa neoclássica de escolhas racionais e maximizadoras.

Além disso, as maiores críticas ao pensamento neoclássico tradicional vieram da chamada “nova economia do bem-estar”, em antítese aos estudos utilitaristas de maximização da utilidade total e das análises de custo-benefício, e da “teoria da escolha social” e de suas evoluções, procurando incorporar o elemento ético ao pensamento econômico. A teoria da escolha social nasceu com os estudos de Kenneth Arrow (1951), ao pretender conhecer como podem se agregar as preferências individuais a uma preferência social. No caso geral de interesses diferentes, a teoria da escolha social procura analisar a relação entre preferências individuais e decisões coletivas, que afetam a todos. No entanto, no caso da análise econômica do direito, interessa-nos muito mais a evolução dessa teoria, desenvolvida principalmente por Amartya Sen (1997). Em linhas gerais, o economista indiano procura negar a racionalidade das escolhas motivadas na pura maximização do interesse individual. O comportamento humano, diferente do que defende os neoclássicos, é movido por uma pluralidade de motivações – muitas vezes altruístas e ilógicas – e não apenas pelo egoísmo ou auto-interesse. Para Sen, diante de uma realidade complexa, modelos econô-

³⁴ Em primeiro lugar os abstratos níveis de preferência não possuem nenhum significado. Se o indivíduo A estipula um índice 2 para uma situação X, um índice 4 para uma situação Y, e um índice 16 para uma situação Z, não se pode concluir nada sobre suas preferências. Não se pode dizer que este indivíduo irá preferir Z a Y seis vezes mais que ele prefere Y a X. Além disso, a análise de custo-benefício pretende adotar um método de comparação entre as preferências de cada indivíduo tendo em vista a distribuição de renda existente no momento. Entretanto, esse critério não identifica objetivos políticos e sociológicos, como a distribuição de riqueza. Deste modo, a maximização da eficiência, alocando recursos naquilo que for mais valioso (no sentido de *willingness to pay*), não levaria a uma maximização do bem-estar. Cf. “Economic Analysis of Law”, verbete da *Stanford Encyclopedia of Philosophy* disponível [online] em <http://plato.stanford.edu/entries/economic-analysis-of-law/> [20-08-2003].

micos devem incluir outros elementos na base de suas decisões. Seu modelo pretende incorporar novos elementos à própria racionalidade neoclássica, como valores éticos e princípios distributivistas.

Entre os juristas, um dos maiores críticos e interlocutores da análise econômica do direito é Ronald Dworkin³⁵. O jusfilósofo rebate fortemente a busca da eficiência como um valor em si mesmo. Para Dworkin, a teoria da análise econômica do direito carece de fundamento moral; eficiência não é um valor democraticamente estabelecido em sociedade, mas apenas um instrumento do valor social. Assim, enquanto eficiência representa um meio, a equidade constitui um valor, esse sim a ser perseguido pelo sistema jurídico.

Mas a análise econômica do direito não se limitou às formulações de Posner e aos criticados pressupostos neoclássicos. Ocorre que, mesmo a despeito das críticas à racionalidade neoclássica, o direito não pode desprezar o imenso ferramental que a economia – e outras ciências – fornece para melhor compreender a conduta dos agentes econômicos. Não resta dúvida de que reduzir o objetivo do sistema jurídico à busca da eficiência econômica carece de fundamentação moral ou mesmo constitucional. Da mesma forma que explicar e mover a conduta humana através de métodos econômicos de custo-benefício ignora a complexidade das motivações que formam a vontade subjetiva de cada indivíduo.

Contudo, não se pode negar um grande mérito do enfoque proposto pela análise econômica do direito: incorporar uma nova racionalidade ao pensamento jurídico, que procura romper com a pura análise *ex ante* da norma jurídica – que vê o tempo do presente para o passado – para se perguntar quais os incentivos e conseqüências que irá provocar no futuro. Suas formulações mais modernas e realistas pretendem incorporar – e ressalta-se, não substituir – uma nova racionalidade ao direito (“*economics matter*”) que será aplicada em conjunto com outros objetivos e valores.

É claro que, como ressalta Gary Becker (1976: 5), com a racionalidade econômica não se pode explicar todos os aspectos da diversidade da conduta humana. Entretanto, o objeto de estudo é compreender as condutas de empresas que atuam no mercado, típicos agentes econômicos maximizadores de

³⁵ Com as críticas de Dworkin, inicia-se um interessante debate acadêmico entre este, de um lado, e Posner e Calabresi, de outro. Cf. Dworkin (1980a: 191-226). Como contestação a Dworkin, ver Calabresi (1980: 553-562). E para as respostas de Dworkin (1980b: 573-590).

utilidade individual para os quais se pode, com certa segurança, prever uma racionalidade neoclássica motivada pelo custo e benefício monetário de suas ações. Esses agentes atuam de acordo com o sistema de motivações e incentivos que surge dentro do conjunto de regras institucionais que se desenvolve ao longo da sociedade. A disciplina do mercado funciona em uma estrutura de incentivos (normas e ambiente institucional), através de punições e recompensas econômicas, que influenciam no comportamento das empresas.

Dessa forma, a partir do momento em que se constata que a motivação pode ser um fator determinante do desempenho da economia, as categorias econômicas podem ser utilizadas como instrumento para extrair o máximo de utilidade do sistema jurídico. E utilidade nesse contexto não deve ser entendida como maximização de riquezas, como pretendem alguns teóricos da análise econômica do direito, mas sim como fazer com que a lei seja aplicada de modo a melhor satisfazer os valores democraticamente estabelecidos em sociedades e que justificaram a sua produção.

3.5. *O ambiente institucional e os incentivos e desincentivos*

Seja como solução a essas críticas, seja como evolução das teorias de Posner, diversas outras correntes propuseram novas formas de estudar a relação entre direito e economia³⁶. Várias são as contribuições, por exemplo, da teoria

³⁶ Uma interessante reformulação da teoria da *Law and Economics*, é a revisão de algumas de suas bases teóricas proposta por Steven Shavell (2002 e 2003), chamado de teórico moderno da análise econômica do direito. O principal contraponto de sua teoria sobre a análise econômica do direito é que Shavell adota o critério de bem-estar (*welfarism*) ao invés da comparação posneriana de custo-benefício. Para Shavell, a medida de bem-estar social requer a análise do bem-estar de cada um dos indivíduos, diferindo da análise de custo-benefício pretendida por Posner. Para este, cada indivíduo possui uma identificação particular de seus interesses, em ordem de preferência. *Grosso modo*, como visto, a utilidade de cada indivíduo é medida pela sua disposição em pagar por determinado bem ou serviço (*willingness to pay*). Depois, as preferências de cada indivíduo são agregadas em um ranking de preferências de toda a coletividade. Para agregar as preferências individuais, o critério de custo-benefício simplesmente pretende a somatória de cada *willingness to pay*. Por outro lado, para o argumento do bem-estar como critério para a análise econômica das normas jurídicas, a utilidade é medida através do bem-estar individual de cada agente, incluindo tudo o que forme essa preferência (suas preferências econômicas, morais, sentimentais, etc). Por exemplo, as escolhas preferenciais de um indivíduo podem incorporar considerações de justiça social e, até mesmo, de preservação do próprio bem-estar de outros indivíduos. Com base

dos jogos³⁷ e da teoria dos comportamentos estratégicos³⁸ para a evolução da teoria da análise econômica do direito, mas merece destaque principalmente a chamada *New Institutional Economics* (Nova Economia Institucional), que procura justamente estudar o papel das instituições e organizações sociais sobre os impactos econômicos que dela derivarão e seus efeitos sobre a alocação de recursos e os incentivos sobre o comportamento dos agentes privados. Nesse enfoque, a análise econômica deve levar em consideração o ambiente normativo no qual vivem os indivíduos³⁹. A questão para esses teóricos é como criar um ambiente institucional favorável ao desenvolvimento e qual o papel do direito e economia para promover a justiça e equidade do sistema social.

nessas premissas, afirma Shavell que a forma de distribuição da renda torna-se importante para o bem-estar social. A distribuição de renda afeta a distribuição de utilidade. Primeiro, para uma pessoa pobre um dólar a mais vale muito mais do que um dólar a mais para uma pessoa rica. Segundo, a distribuição de renda afeta o bem-estar social, pois a utilidade individual pode depender da distribuição de renda da população como um todo, simplesmente por um sentimento de altruísmo ou compaixão. Nesse sentido, mesmo se um indivíduo rico e um indivíduo pobre percebem a mesma utilidade marginal por um dólar a mais, ainda assim o bem-estar social pode ser aumentado com uma distribuição de renda mais igualitária, que beneficie o indivíduo pobre. Conclui-se dessa forma que o que vale não é simplesmente a maximização da satisfação coletiva, mas também o modo como esta é distribuída, pois este modo determina a proporção da felicidade e a medida do bem-estar. Como a justiça na distribuição da felicidade é condição do bem-estar, o caráter distributivo estaria implícito. Entretanto, para Shavell, a distribuição de renda ou recursos escassos não deve ser feita através da aplicação de normas jurídicas pelos tribunais. Utilizá-las como instrumento de distribuição de rendas acabaria por distorcer os incentivos dos indivíduos, além de ser uma técnica trabalhosa e de difícil operacionalização, cujos resultados podem demandar mais prejuízo que os benefícios obtidos. Não poderia um juiz – não por falta de competência conferida por lei – definir métodos de distribuição que possibilitariam que o bem-estar fosse transferido com o mínimo de perda possível. A função de alocar recursos escassos de maneira equitativa e eficiente ficaria a cargo do sistema tributário e de políticas públicas específicas e devidamente estruturadas para tal fim. O tratamento individualizado dado pelo Poder Judiciário a questões de natureza eminentemente coletiva muitas vezes despreza os efeitos que gerariam para além do processo.

³⁷ Ver C. Gertner, D. Baird e R. Picker, *Game Theory and the Law*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1994.

³⁸ Ver A. W. Katz. *Foundations of the Economic Approach to Law*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1998.

³⁹ Ver Douglass C. North. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

De forma bastante resumida, o argumento central da Nova Economia Institucional é o de que as instituições formais e informais de uma sociedade promoverão o desenvolvimento econômico quanto mais elas permitirem e incentivarem o potencial produtivo e criativo dos agentes. Para que isso ocorra, o direito, as organizações e os usos e costumes sociais devem favorecer a iniciativa individual e a cooperação através de mecanismos impessoais, principalmente garantindo os direitos de propriedade e gerando uma estrutura de preços relativos que incentive as atividades produtivas e reduza os custos de transação. O direito desempenha o papel, portanto, de garantir as regras do jogo e geralmente o faz através das já citadas normas procedimentais. Mas ainda que no núcleo do novo institucionalismo esteja o teorema de Coase, a preocupação essencial dessa teoria – e o que a difere da análise neoclássica – é o funcionamento das instituições e como elas afetam os custos de transação⁴⁰.

Douglass North (1990), um dos principais representantes da Nova Economia Institucional, afirma que o comportamento econômico dos agentes está associado a um conjunto de motivações determinado por esse arranjo institucional. Para o autor, as instituições são os limites que as sociedades se impõem para estruturar as relações políticas, econômicas e sociais. Essas instituições compreendem as regras formais do jogo, as regras informais que limitam o comportamento (normas informais, convenções e códigos de conduta auto-impostos) e os mecanismos responsáveis pela eficácia desses dois tipos de normas (as instituições constituem as “*regras do jogo*” e as organizações são os *jogadores*). Dentro desse esquema, as limitações que são impostas pelo arranjo institucional contribuem para a definição do conjunto de oportunidades e, como consequência, as condutas das organizações. Portanto, alterações neste ambiente institucional podem levar a mudanças na forma de conduta das organizações.

O arranjo institucional deve ser formado de um conjunto de motivações que incentivem os agentes a um comportamento que crie o máximo de bem-estar para todos. Como destaca Cláudio Machado Filho (2002: 23) “North sugere que as instituições e a efetividade do *enforcement* (fazer valer) determinam os custos de transação entre agentes em um determinado mercado. Instituições efetivas são aquelas que elevam os benefícios de soluções cooperativas ou os custos de defecção, em termos de teoria dos jogos. Quanto aos

⁴⁰ No entanto, não se pode ignorar – com base no reducionismo da análise econômica do direito para descrever o comportamento humano – que os agentes no mercado são motivados por regras culturais e valorativas. As instituições também envolvem não só regras legais e econômicas, como os valores dos indivíduos que compõem a sociedade.

custos de transação, reduzem os custos de funcionamento do sistema econômico (trocas), aumentando os ganhos do comércio. Neste sentido, instituições efetivas são aquelas que motivam uma conduta ético/legal das empresas”.

Qualquer violação das regras jurídicas deve ser acompanhada de punição que imponha uma sanção ao infrator de forma a desmotivá-lo; mas apenas uma sanção não é suficiente para criar esse incentivo. Assim, numa sociedade marcada pelo desrespeito e pela impunidade, os agentes não possuem motivação para alterar seus comportamentos e agirem conforme a lei. Legislações tributárias complexas e mal formuladas são propícias para evasão fiscal, pois além de dificultarem a ação fiscalizadora, desincentivam o cumprimento voluntário das obrigações fiscais. Da mesma forma que, se a legislação trabalhista impõe custos elevados à contratação, utilização e demissão de trabalhadores, ou seja, custos de transação elevados, o resultado será ou ineficiência econômica com a perda de recursos que poderiam ser aplicados para outros objetivos, ou estímulo para o não cumprimento dessas regras.

Em recente estudo desenvolvido pela McKinsey Global Institute⁴¹ comprovou-se que o Brasil possui alto índice de informalidade em sua economia porque oferece condições para sua proliferação. Segundo a pesquisa, três aspectos contribuem para tal proliferação: (i) a realidade sociodemográfica, que cria uma ampla força de trabalho de menor capacitação disposta a ingressar no mercado de trabalho informal; (ii) os elevados custos da atuação formal, em função dos níveis de tributos de contribuições trabalhistas e previdenciárias, da complexidade dos processos empresariais e da carga regulatória; (iii) e a insuficiência de instituições e mecanismos de coibição para tais práticas. Os próprios autores do trabalho chegam a afirmar que “a equação econômica de custo e benefício realizada por trabalhadores e empresários acaba por favorecer a atuação informal”.

Em recente pesquisa desenvolvida pela Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro (FIRJAN)⁴² no ano de 2004, constatou-se que 59% dos consumidores entrevistados compravam produtos no comércio informal, estimulados principalmente pelo baixo preço, acesso fácil e pela flexibilidade

⁴¹ *McKinsey Global Institute*. “Eliminando as barreiras ao crescimento econômico e à economia formal no Brasil”. São Paulo, junho de 2004, disponível [online] em <http://www.etco.org.br> [26-12-2004].

⁴² Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro. Nota Técnica nº 5/2004, 25 de maio de 2004.

para negociar o valor do produto. Mesmo cientes dos riscos que produtos falsificados ou contrabandeados e mal acondicionados podem causar – além de apresentarem pior qualidade e menor durabilidade –, essas consequências não são suficientes para reduzir o hábito de consumo no comércio informal.

Conseqüentemente, o crescimento do consumo nesse mercado estimula novos agentes a ingressarem na informalidade ou a praticarem outras condutas ilícitas para obterem essa mesma fatia do mercado e aumentarem seus lucros. Entretanto, não parece ser uma solução viável aumentar gastos com campanhas publicitárias e informativas para alertarem os consumidores sobre os perigos desse tipo de hábito, pois dificilmente surtirá benefícios que compensem esse investimento. O número de 83,7% de consumidores cientes dos riscos que produtos falsificados causam à saúde, segundo essa pesquisa da FIRJAN, reflete o baixo poder aquisitivo da população brasileira e somente seria reduzido com a diminuição da desigualdade de renda⁴³.

Em outro estudo anterior também desenvolvido pela FIRJAN⁴⁴, com o objetivo de identificar as principais e mais nocivas práticas de concorrência desleal praticadas, a pesquisa demonstrou que 45% dos produtos piratas são comercializados tanto em estabelecimentos formais como naqueles informais. Ademais, 25% desses produtos falsificados são vendidos somente no mercado informal, enquanto 35% saem do próprio mercado formal.

No entanto, os dados mais preocupantes são os apresentados ao final desta pesquisa de 2003. Apenas 37% das empresas adotam algum tipo de medida contra a concorrência desleal em função dos altos custos para implementá-la. Depois, mais reduzido ainda é o número de empresas que já ingressaram no Judiciário contra alguma prática desleal, somente 14%, justificado, em parte, pelo alto custo de acesso aos tribunais. E se não bastasse o número reduzido de casos que chegam ao Judiciário, mais preocupante é a decisão final: em 67% desses casos não se consegue nenhum resultado concreto, nenhuma prova cabal e conclusiva acerca da conduta que justifique uma punição e a cessação da prática.

⁴³ Mais preocupante ainda é pensar em outro dado da pesquisa: 59,7% dos consumidores entrevistados afirmaram que não pretendem alterar seus hábitos de consumo e deixar de comprar produtos no mercado informal.

⁴⁴ Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro. Nota Técnica n° 9/2003, 03 de novembro de 2003.

O quadro brevemente descrito reflete um dilema da sociedade atual: a atuação tradicional do Estado através de seu poder coativo e a imposição de penalidades vem perdendo sua capacidade de determinar ou influenciar o comportamento dos agentes no mercado, pois estes – assim como os próprios consumidores ao adquirirem produtos no mercado informal – se vêem mais do que motivados a descumprir a lei, reduzir os custos e ganhar fatias de mercado. A definição geral e abstrata de regras jurídicas para determinar o comportamento empresarial ou a própria intervenção estatal, utilizando-se de sua força coercitiva para impor obrigações e deveres aos agentes, possuem hoje um reduzido grau de eficácia, pois a investigação é altamente custosa para os cofres públicos e a quantidade de denúncias privadas é pequena em função do custo de acesso ao Judiciário ou mesmo do medo de retaliação por parte do concorrente desleal.

A indagação que permanece é como obter esse arranjo institucional favorável ao desenvolvimento econômico. No âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e tendo em vista as questões anteriormente abordadas nesse trabalho, uma interessante proposta a ser analisada é a incremento de mecanismos que possibilitam o acesso de agentes privados para oferecer denúncias de práticas anticompetitivas ou informações que possibilitem à Secretaria de Direito Econômico instaurar uma investigação *ex officio*, o chamado *private enforcement of antitrust law*. A primeira preocupação da autoridade antitruste deve ser com a promoção ou advocacia da concorrência, ou seja, o papel educacional dessas autoridades na disseminação da cultura da concorrência para que os empresários percebam que o recurso ao Judiciário não é a única, e nem mais eficiente e barata, forma de se obter a tutela pretendida. O acesso ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência apresenta custos bem menores e pode trazer solução mais eficaz e rápida para o problema. Porém, o órgão público muitas vezes encontra-se impossibilitado de identificar as inúmeras práticas desleais em todo e qualquer mercado, seja decorrência da natural assimetria informacional entre regulador e regulado, seja em função da falta de recursos disponíveis para implementar uma investigação profunda em diversos setores. Dessa forma, a ação privada, como um verdadeiro fiscal da lealdade no mercado, pode ser mais eficiente do que a atuação estatal e propiciar uma melhor aplicação das regras antitruste. Ademais, a ameaça de que condutas anticoncorrenciais serão delatadas pelos concorrentes atingidos cria um ambiente de maiores incentivos ao cumprimento da lei, além de difundir a própria cultura da concorrência no mercado. É claro que também se faz necessário criar condições para que a ação privada ocorra – mais uma vez a questão dos incentivos. Uma importante medida recentemente implementada na legislação brasileira é o acordo de leniência, programa de redução de penas para os infratores à

ordem econômica que se apresentarem espontaneamente às autoridades antitruste. Por esse programa, agentes que cooperarem com as autoridades antitruste, identificando os demais co-autores da infração e apresentando provas concretas, serão excluídos do processo administrativo ou terão suas penas reduzidas de um a dois terços. Outra medida a ser estudada – embora bastante controversa e de legalidade questionável – é a possibilidade de sigilo para o agente que oferecer a denúncia, justamente para evitar possíveis retaliações posteriores por parte do concorrente acusado ou condenado contra seu denunciante. A implementação de um fórum eletrônico, recebendo informações via e-mail também pode auxiliar na facilidade de acesso aos mais diferentes tipos de empresários e consumidores, assim como representa uma importante ferramenta de coleta de dados para a autoridade antitruste.

Entre outras possibilidades, a idéia é que informações derivadas do próprio mercado – ou seja, também de consumidores e não somente empresas – tornem-se cada vez mais importante na investigação da autoridade antitruste. Na verdade, encorajar consumidores e empresários a denunciar práticas supostamente ilegais deve ser acompanhado de condições para que a autoridade esteja preparada para lidar com o número grande de informações e o crescimento da demanda, mesmo que o órgão selecione apenas aquelas que apresentem maiores indícios de infração à ordem econômica para instaurar uma investigação. Se por um lado o poder público possibilita o acesso à iniciativa privada, por outro lado, esta passa a exigir uma resposta para o conflito que postulou.

Qualquer mecanismo de *private enforcement* (ou qualquer outra medida) somente será efetivo e estimulará novos agentes a atuarem como fiscais da ética concorrencial se o próprio Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência atuar no jogo do mercado. Para comprovar essa afirmação, basta analisar a questão sob o prisma da teoria dos jogos. A teoria dos jogos tem como objetivo a análise de problemas em que existe uma interação entre os agentes, onde as decisões de um indivíduo, empresa ou governo afetam e são afetadas pelas decisões dos demais agentes ou jogadores. Em teoria dos jogos, trabalha-se com o chamado ambiente estratégico, no qual o resultado de uma determinada ação depende não apenas dela, mas também das ações dos outros tomadores de decisão. Ao tomar suas escolhas de produção, cada uma das empresas deverá levar em consideração o modo pelo qual sua decisão afeta o mercado. Para Salomão Filho (2003: 27), o agente econômico racional não direciona o seu comportamento por uma observância de um princípio individualista, mas por uma compreensão das formas de interação econômica, ou seja, primeiro o agente adquire conhecimento do funcionamento do

mercado, depois oriente seu comportamento. Portanto, mais uma vez constata-se que os sinais emitidos pelo mercado formam o conhecimento do agente econômico para a tomada de sua decisão. Dessa forma, como lembra Salomão Filho (2003: 283), havendo uma sanção comportamental por parte da autoridade antitruste, os agentes econômicos compreenderiam que existe um outro jogador no mercado (a própria autoridade antitruste), que reage a seus comportamentos, evitará uma prática desleal e desincentivará a conduta anticompetitiva futura. Nesse caso, o jogo será de duração finita, sendo o fim a intervenção da autoridade antitruste e com base nesse conhecimento as empresas definirão suas estratégias de atuação no mercado.

Pouco adianta a existência de mecanismos sancionadores ou de condições para que agentes privados se utilizem desses meios para barrar práticas ilícitas se essas empresas não “acreditarem” na eficácia da atuação do órgão regulador. Para o mercado, a decisão da autoridade antitruste é um ato de comunicação que procura, ao mesmo tempo, solucionar o caso concreto de modo imperativo e motivar/direcionar condutas futuras. O discurso que se traz nessa decisão jurídica deve ser acreditado pelos seus destinatários, ou seja, induzir comportamentos no sentido da argumentação que fundamenta a própria decisão e refletir a sua legitimidade perante a sociedade.

No entanto, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência enfrenta sérios problemas para garantir esse efetivo cumprimento das regras concorrenciais e em sua capacidade de agir como um ator dominante no jogo do mercado. Enquanto a divisão antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos contava, ainda no ano de 1999, com um número de 763 funcionários (351 profissionais do direito, 59 economistas, 123 paralegais e 230 outros profissionais), as autoridades brasileiras, em 2002, somavam somente 398 agentes públicos, dos quais 60 eram economistas e 50 profissionais jurídicos (divididos entre SEAE, SDE e CADE). E mais preocupante ainda é se for observado o orçamento anual de cada país destinado à defesa da concorrência, que para a autoridade norte-americana girou em torno de mais de cem milhões de dólares já em 1999, enquanto o sistema antitruste brasileiro teve um orçamento de pouco mais de 10 milhões de dólares para o ano de 2002⁴⁵.

Importante iniciativa é a ampla publicidade das decisões tomadas pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A garantia de publicidade e divulgação das decisões do CADE em toda a sociedade é não só uma forma de

⁴⁵ Os dados referem-se ao relatório anual sobre política de concorrência da OECD (2003: 9).

controle social da atuação do órgão, como também uma forma de legitimá-la e ampliar a sua eficácia. O conhecimento difundido no mercado de uma punição por prática desleal pode causar uma imagem negativa da empresa junto ao consumidor, fornecedores, publicitários, o que é sinônimo de menores lucros e desincentivo para o próprio infrator cometer nova prática ou exemplo para que outras empresas não sofram o mesmo prejuízo ao também serem condenadas.

Outra importante medida preventiva que pode sinalizar positivamente como um incentivo à lealdade competitiva é o lançamento de certificados de “bom comportamento concorrencial”. Da mesma forma que selos de qualidade da marca atestam a aprovação e confiança em determinado produto, um certificado corroborando a responsabilidade concorrencial da empresa, embora não seja garantia de que não ocorrerá prática ilícita no futuro, representa uma boa imagem dessa empresa no mercado e pode ser utilizada por ela para atrair clientela (consumidores, fornecedores, investidores)⁴⁶. Como estímulo, o certificado, por exemplo, pode oferecer algum tipo de vantagem para o empresário, seja de natureza tributária, seja facilidade de obtenção de crédito ou negociação de eventuais dívidas.

4. Considerações finais

Ao contrário da tentativa de se apresentar uma conclusão final para todo o trabalho, este sucinto capítulo final tem o objetivo de expor pretensões.

Em primeiro lugar, ao apresentar a evolução da industrialização na economia brasileira, pretendeu-se demonstrar as transformações no comportamento empresarial moderno e até que ponto essas mudanças provocaram um impacto nos paradigmas do direito positivo tradicional. Essas alterações, aliadas a fortes mudanças sociais, políticas e culturais, colocaram em xeque a

⁴⁶ Em recente estudo desenvolvido por Cláudio Machado Filho (2002), o autor conclui, com base em uma série de estudos de casos práticos, que, embora com motivações distintas, as empresas analisadas percebem retornos positivos à imagem corporativa decorrentes das ações de responsabilidade social, o que as leva a incorporar esta temática em seus modelos de gestão estratégica. Dessa forma, mudanças institucionais com os novos marcos regulatórios nas questões ambientais e sociais possuem grande potencial indutor para as empresas desenvolverem ações visando a manter ou ganhar reputação, o que faz crescer a preocupação das empresas com o comportamento ético e socialmente responsável. A reputação das empresas é o fruto da prática efetiva e constante de valores como respeito ao consumidor, honestidade, transparência nas relações com seus públicos, integridade nas demonstrações financeiras e preocupação com o meio ambiente e comun

eficiência dos mecanismos jurídicos e institucionais de controle regulação, direção e planejamento.

Ao analisar esse quadro, a intenção foi demonstrar que a atuação tradicional do Estado através de seu poder coativo e a imposição de penalidades vem perdendo sua capacidade de determinar ou influenciar o comportamento dos agentes no mercado – o que se chamou de limite operativo do direito –, pois estes se vêem mais do que motivados a descumprir a lei, reduzir os custos e ganhar fatias de mercado.

Dentro desse contexto, procurou-se compreender justamente esse aspecto essencial para que se pudesse pensar em como solucionar o problema da concorrência desleal: a motivação dos agentes econômicos como um fator determinante do desempenho da economia e as instituições como fator motivacional indutor da forma de conduta dos agentes, em aspectos econômicos, legais e éticos.

Após a constatação de que instituições são mecanismos sociais que coordenam o comportamento dos agentes econômicos, o propósito, portanto, foi construir uma análise descritiva e prescritiva, com base na teoria dos incentivos no âmbito da análise econômica do direito e da Nova Economia Institucional, de como difundir os valores éticos e concorrenciais no mercado e contribuir para um melhor desenvolvimento econômico e ético dos agentes na sociedade.

5. Referências Bibliográficas

Arrow, Kenneth. *Social Choice and Individual Values*. New York: Wiley, 1951.

Becker, Gary S. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: Chicago University Press, 1976.

Bresser-Pereira, Luiz Carlos. “A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle”. *Lua Nova*, n° 45, pp. 49-95, 1998.

Calabresi, Guido. “Some Thoughts on Risk-Distribution and the Law of Torts”. *Yale Law Journal*, n° 70, pp. 499-553, 1961.

Coase, Ronald H. “The Problem of Social Cost”. *The Firm, the Market, and the Law*, Chicago: University of Chicago Press, pp. 95-156, 1990.

Coleman, Jules L. “Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law”. *Ethics* 94, pp. 649-679, 1984.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. Trad. de Eduardo

L. Suarez, México: Fondo de Cultura Econômica, 1998.

Coutinho, Diogo Rosenthal. *Regulação e redistribuição: a experiência brasileira de universalização das telecomunicações*. 2003. 325 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

Dworkin, R. “Is Wealth a Value?”. *The Journal of Legal Studies* 9, pp. 191-226, 1980a.

“Why Efficiency?”. *Hofstra Law Review* 8, pp. 573-590, 1980b.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial (as telecomunicações)*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

Faria, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Forgioni, Paula. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FIRJAN. Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro. Nota Técnica nº 9/2003, 03 de novembro de 2003, disponível [online] em www.firjan.org.br/notas/media/nt9-2003.pdf [16-12-2004].

Nota Técnica nº 5/2004, 25 de maio de 2004, disponível [online] em www.firjan.org.br/notas/media/NT5-2004.PDF [20-12-2004].

Leiter, Brian. “Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered”. *Ethics* 111, pp. 278-301, 2001.

“Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence”. *Texas Law Review* 76, pp. 267-315, 1997.

MACHADO FILHO, Cláudio Antonio Pinheiro. *Responsabilidade Social Corporativa e a Criação de Valor para as Organizações: Um Estudo Multicasos*. 2002. 204 f. Tese (Doutorado em Administração) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

McKinsey Global Institute. “Eliminando as barreiras ao crescimento econômico e à economia formal no Brasil”. São Paulo, junho de 2004, disponível [online] em <http://www.etco.org.br> [28-12-2004].

Napoleoni, Claudio. *O Pensamento Econômico do Século XX*. Tradução de Aloísio Teixeira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.

North, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development). *Annual Report on Competition Policy Developments in Brazil – 2002*. April, 2003, disponível [online] em www.oecd.org [21-06-2004].

Pigou, Arthur C. *The Economics of Welfare*. 4th ed. London: Macmillan and Co., 1932.

Posner, Richard. *Economic Analysis of Law*. 5th ed., New York: Aspen Law & Business, 1998a.

“Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law”, *Chicago Working Paper in Law & Economics*, 1998b.

Rawls, John. *A Theory of Justice*. Massachusetts: Harvard University Press, 1971.

Salomão Filho, Calixto. *Direito Concorrencial – as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2003.

– “Regulação e Desenvolvimento”. *Regulação e Desenvolvimento*, C. Salomão Filho (org.). São Paulo: Malheiros, 2002.

Sen, Amartya. *Choice, Welfare and Measurement*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1997.

Shavell, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

“Welfare Economics, Morality and the Law”. Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, Discussion Paper n° 409, 2003, disponível [online] in http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/ [20-08-2003].

Simom, Herbert. “Rationality in Psychology and Economics”, in *Foundations of the Economic Approach to Law*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1998.

Stigler, George. “The theory of economic regulation”. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, n° 2, pp. 3-21, 1971.

Teubner, Gunter. *Dilemmas of Law in the Welfare State*. New York: W. de Gruyter, 1985.

“Substantive and reflexive elements in modern law”. *Law and Society Review*, v. 17, n° 2, pp. 239-285, 1983.

O IMPACTO NEGATIVO DA PIRATARIA NO CENÁRIO MERCADOLÓGICO E AS DIFICULDADES NO COMBATE A FALSIFICAÇÃO

Arilson Coelho de Carvalho

Reflexões e Soluções no Âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência para a Questão da Concorrência Predatória Praticada por Concorrentes que, em Decorrencia do Não Cumprimento da Legislação, Obtém Vantagens Competitivas.

Resumo

Esse trabalho monográfico tem por finalidade discutir o tema da pirataria e seu impacto negativo no cenário mercadológico brasileiro. Para tanto, diversos aspectos que circundam a questão são abordadas, especialmente as falhas na estrutura do governo e das empresas no combate à pirataria.

O estudo busca entrelaçar o tema com os princípios básicos do marketing, adaptando o mix de marketing tradicional às variáveis presentes no problema da pirataria. Além disso, é realizada uma discussão da questão sob o ponto de vista da ética e da responsabilidade social, sinalizando o fato de que as mudanças de comportamento em relação à pirataria requerem ações educativas que devem mobilizar a sociedade como um todo.

Introdução

A pirataria não é nada de novo no mercado globalizado, existe há muito tempo e tem se intensificado no Brasil devido à falta de fiscalização nas fronteiras e nas questões como o baixo poder aquisitivo da população em geral, que se vê excluída do mundo do consumo. Trata-se de um problema de dimensão alarmante, envolvendo os setores econômico e social, e que demanda ações em conjunto do poder público e da iniciativa privada.

O objetivo dessa monografia é discutir o tema da pirataria esclarecendo diversos aspectos associados a essa atividade ilegal, chamando a atenção para o impacto negativo do problema na economia formal. Trata-se de um trabalho que utiliza como metodologia a revisão de literatura, sendo que, em grande parte, essa literatura está restrita a revistas e cadernos especializados de jornal, já que a dis-

cussão do tema é bastante atual e não foi muito explorada pelos autores acadêmicos. Este fato demonstra, inclusive, a relevância do presente estudo.

Grande parte da população confunde pirataria e falsificação. O primeiro capítulo tenta explicar essa diferença, embora haja, na prática, muitas vezes uma associação entre os dois atos ilegais. Neste capítulo serão também apresentados dados sobre o problema no mercado internacional e nacional, além de uma análise da CPI da pirataria, incluindo a rota que os produtos ilegais seguem para entrar no país e uma exposição sobre o problema pela ótica do setor produtivo.

O segundo capítulo constrói uma associação entre os 4Ps do mix de marketing e as atividades da pirataria, que podem ser avaliadas a partir desse ponto de vista, representando as variáveis que escapam ao controle de uma empresa legalizada e são aproveitadas pelo mercado informal. O estudo questiona a administração aduaneira e relata o conflito da fiscalização dos produtos importados; faz uma análise do avanço tecnológico que prejudica o setor fonográfico e relata a importância do Selo Holográfico no combate à contrafação, indicando a necessidade de desenvolvimento de novas tecnologias para combater o descaminho. São relatados, neste segundo capítulo, os investimentos por parte do setor empresarial para criar artifícios que controlem a falsificação ou adulteração de seus produtos.

A análise tributária relata o quanto foi pago de impostos pela população e compara os encargos no Brasil e o peso da carga tributária no PIB com outros países. A “divulgação” das mercadorias ilegais aproveita a divulgação feita pelas empresas formalmente legais. Nesse cenário, em outros países, empresas brasileiras de sucesso sofrem com a pirataria. A questão da sonegação fiscal ajuda a pirataria e atrapalha as empresas.

A ética e a responsabilidade social estão diretamente ligadas ao consumo dos produtos falsos, e o terceiro capítulo aborda essa questão. O comportamento ético por parte da empresa gera funcionários comprometidos com a empresa e sociedade. A responsabilidade social deve ser contemplada de forma abrangente, deixando de embasar apenas para atitudes filantrópicas, e buscando alternativas de investimentos que integrem a população de baixa renda no mercado de consumo. Ou seja, para que haja uma mudança de comportamento frente ao produto pirateado é fundamental a realizações de projetos de ação transformadora, que atinja a base do problema, com iniciativas ligadas à educação e à inserção social.

Capítulo 1 - Levantamento de dados sobre o problema da pirataria

Os produtos pirateados estão em toda cadeia produtiva. Da agricultura, com o contrabando e a falsificação de sementes de soja, até a cópia de CDs, que é a falsificação mais facilmente encontrada pelo consumidor. Os serviços também são pirateados, o que é tratado por alguns comentaristas como concorrência desleal. A notoriedade nesses casos acontece quando a justiça é acionada, como aconteceu no caso da disputa entre Mr.Cat e Mr.Foot em Goiânia, Brasil (Christovão, 2001). Este exemplo demonstra que alguns conceitos de lojas são trazidos de outros países, e os detentores da marca ou modelo desconhecem que eles são plagiados, não atentando para a real importância da marca, produto ou serviço em um outro país.

Mas se existe a pirataria é porque existe demanda. A demanda existe porque alguns produtos, que conferem status ao consumidor, têm o custo muito elevado, não sendo acessíveis a grande parte da população. As falsificações são desenvolvidas em cima de produtos que despertam o desejo de consumo, por terem, explicitamente, um alto valor agregado. As questões que envolvem a pirataria e a falsificação são diversas. Algumas delas serão refletidas neste capítulo, na medida em que forem apresentados os principais dados e definições referentes ao assunto.

1.1. O que é pirataria?

Segundo o dicionário Silveira Bueno, pirataria é: “roubo; vandalismo; extorsão; cópia indevida de programas de informática, fitas de vídeo ou som, etc; levar vida de pirata” (Silveira Bueno, 1996, p. 507).¹ Quanto à definição de pirata, encontra no mesmo dicionário os seguintes termos: ladrão, gatuno, sujeito audacioso, espertalhão, malandro, indivíduo que comete pirataria, que não respeita os direitos de autoria ou de reprodução que vigoram sobre determinadas obras ou produtos (literários, musicais, de informática e outros), seja produzindo ou utilizando cópias ilegais dessas obras ou produtos. Dessa forma, pode-se afirmar que a pirataria consiste na violação de direitos autorais. Portanto, todo aquele que copiar, comercializar ou usar produtos pirateados é considerado um pirata.

Para compreender a definição de pirataria é ainda necessário abordar outros dois termos que aparecem muitas vezes entrelaçados nesse contexto:

¹ Silveira Bueno, Francisco, minidicionário da língua portuguesa, SP:FTD, 1996, p.507.

contrafação e falsificação. A falsificação consiste no ato ou efeito de falsificar, de adulterar. Nem sempre falsificação e pirataria podem ser consideradas atividades que têm o mesmo sentido. Por exemplo, quando se infringe a lei no setor de combustível, trata-se, exclusivamente, de falsificação. Quando isso acontece, é correto dizer que o combustível foi adulterado e não pirateado. Já no caso do CD, ele é falsificado e também pirateado, passando pelo contrabando. Quanto ao termo contrafação, este tem o mesmo significado da palavra falsificação. Logo, o questionamento do termo deixa caracterizado que a conscientização de pirataria e suas derivações sinônimas não são bem esclarecidos para população.

1.2. Sobre a falsificação

A noção de falsificação está intrinsecamente relacionada ao tema da pirataria, e foi muito discutida por diversos autores. Percebe-se, a partir dos autores pesquisados, que há uma evolução aprimorada do termo. Bamossy e Scammon² abordam o tema sob o ponto de vista da falsificação de marcas para fins comerciais, e descrevem esse fato como a prática fraudulenta de afixar uma denominação comercial para um produto. Dois outros conceitos ajudam a delimitar essa idéia: imitação e “*knockoffs*”. A imitação é relacionada à falsificação mas não é exatamente idêntica, pois diz respeito a uma cópia original, que não é suficientemente similar. Um exemplo disso seria um champanha mexicano, com rótulo e nome de um produto francês de alta qualidade, que adicionasse, porém, escritos em espanhol. Nesse caso haveria uma imitação da embalagem, mas não uma falsificação do produto.

“*Knockoffs*” são itens que são apenas ligeiramente diferentes do original, mas não são vendidos como artigos genuínos. Trata-se de marcas criadas em cima de outras já registradas e famosas como, por exemplo: Bulovia (Bulova), Cimega (Omega). Nesse caso um traficante pode remover ou alterar as letras para criar um produto falsificado depois de passar pela alfândega. Bamossy e Scammon reconhecem que existem compradores que, mesmo cientes da falsificação, adquirem o produto assim mesmo.

1.3. A rota da pirataria

O mapa da pirataria é amplo e segundo dados do Sindicato Nacional dos Técnicos da receita, o Brasil é o quarto país que mais consome produtos

² Disponível: http://www.pucmmsti.edu.do/cladea/papers/pdf/track1/t1_15.pdf

pirateados, depois de China, Rússia e Paraguai. O dado é impressionante e o levantamento da CPI da pirataria apenas mostrou a noção real e fundamentada da extensão do prejuízo que à pirataria causa.

Quando produzidas internacionalmente, as falsificações chegam ao Brasil por diversas rotas, com destaque para os portos de Santos e Paranaguá, através do Depósito Franco Paraguaio, localizado no interior desses portos, mas que na verdade é um território paraguaio dentro do Brasil. Os produtos seguem para o Paraguai e depois voltam para o Brasil. Os produtos trazidos do Paraguai (“made in China”) representam vendas superiores a 88% do mercado informal.

A pirataria deve ser combatida na educação. O atual Presidente do Paraguai, Nicanor Duarte³, está disposto a mudar essa situação, e para isso têm investido em educação. As escolas do país estão ministrando aulas de conscientização sobre os problemas relacionados à pirataria. Mas essa é uma medida que pode surtir efeito em longo prazo. O problema do Paraguai é que a cultura está enraizada com ilegalidade, até os dados da história contribuem para que isso ocorra. Porém, a pirataria está em quase todos os setores produtivos do país e o contrabando não vem apenas de nossos vizinhos. China, Taiwan e Rússia, ao lado do Paraguai, são os países que mais traficam e fazem contrafação.

De fato, o camelô não é o principal responsável pela indústria da pirataria. Normalmente, estas são pessoas que, estando à margem do mercado legal, caem na informalidade por questões de sobrevivência. Porém, trazer essas pessoas para a formalidade, com carteira assinada ou firma reconhecida, não é tarefa das mais fáceis, muito pelo contrário. A grande maioria resiste pelos “entraves institucionais”.

1.4. Resultados da CPI da pirataria

A pirataria no Brasil está associada ao crime organizado. Números apresentados pela CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) da pirataria, que durou mais de um ano e teve o seu início em junho de 2003 e o término em agosto de 2004, comprovaram que o país deixou de gerar mais de dois milhões de postos de trabalho com carteira assinada, nos últimos anos.

A CPI abordou o tema com dimensões amplas, olhando para o cenário da pirataria industrializada e a sonegação fiscal. A CPI procurou ouvir todas as entidades que sofrem com a pirataria, obtendo informações impor-

³ Vasconcellos, N. Paraguai S/A, Jornal O Globo

tantes para a construção de sugestões de combate à ilegalidade. Foi recomendado, por exemplo: criar novos órgãos normativos, aumentar as penas referentes a esse tipo de contravenção e providenciar mudanças na legislação (que não prevê delitos como falsificação de software).

É necessário que ações desse tipo sejam realizadas com urgência. Além de ser importante para o comércio interno, o combate à pirataria se faz urgente também para a manutenção de relações externas de interesse nacional. O governo americano, por exemplo, ameaça adotar represália contra o Brasil, no âmbito do Sistema Geral de Preferência. O SGP consiste em países em desenvolvimento como o Brasil terem o benefício de vender vários produtos para os EUA sem pagar tarifas de importação. No caso específico do Brasil as renovações dos benefícios são feitas anualmente.⁴

Outro dado significativo foi que a pirataria está inserida em todos os setores do país, inclusive no poder público. O relatório da CPI citou as autoridades que foram denunciadas. Nesta lista estão: o deputado federal Pedro Corrêa, o delegado Paulo Sérgio Oppido Fleury, o investigador de São Paulo Jorge Devaí Alcântara, o juiz federal João Carlos da Rocha Mattos, o delegado federal José Augusto Bellini, e vários policiais civis de São Paulo.

A CPI da pirataria terminou e deixou um rastro preocupante quanto ao envolvimento do crime organizado. Em matéria publicada no Jornal O Globo, 15/09/2004,⁵ relatou que foi descoberta pela Polícia Federal a intenção da máfia chinesa de matar o deputado Luiz Antônio Medeiros, que presidiu a CPI. O serviço de inteligência da Polícia Federal recebeu informações sobre o plano há duas semanas. Desde então, 12 policiais federais fazem a segurança pessoal do deputado em São Paulo.

O secretário-executivo do Ministério da Justiça, Luiz Paulo Barreto, determinou a abertura do processo de expulsão dos estrangeiros citados no relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Pirataria. A idéia do governo é expulsar todos os estrangeiros envolvidos com o contrabando e pirataria de produtos industrializados, principalmente os que prestam serviço à máfia chinesa.⁶

⁴ Jornal O Globo de 15/09/2004.

⁵ Ibidem

⁶ Caetano, V, Contra ataque a pirataria, Jornal O Globo, 20/09/2004

1.5. Indicadores internacionais e nacionais

O número de indicadores Internacionais e Nacionais sobre a pirataria é estimado e portanto os números podem ultrapassar os apresentados. Há órgãos que dão números diferentes, mas muito próximos. Apesar do desencontro dos dados, eles são alarmantes e mostram o quanto à sociedade e o país perdem com a prática da pirataria.

Estudo apresentado sobre os impactos da falsificação em todo o mundo, pela *International Data Corporation (IDC)*, demonstrou que uma redução de dez pontos percentuais na taxa mundial de pirataria de software poderia promover, até 2006, um crescimento de US\$ 400 bilhões no setor de tecnologia da informação, isso geraria 1,5 milhão de novos empregos, apenas no setor de TI.⁷ Se o mesmo acontecesse apenas no Brasil, onde no ano de 2002 teve um índice de pirataria de 55% , agregaria mais US\$ 3,2 bilhões na economia nacional.

Dados preocupantes e divulgados pelo Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial, apresentou uma estimativa de que com a pirataria o Estado deixa de arrecadar R\$ 5 bilhões em imposto ano (dados de abril de 2004).⁸

A contrafação é muito expressiva no cenário internacional. Segundo a Câmara de Comércio Internacional, nos últimos 10 anos a contrafação provocou uma perda de 100 mil postos de trabalho por ano na União Européia, e de 120 mil nos Estados Unidos. Outro dado significativo da Câmara Internacional é que 5% a 7% do comércio mundial é constituído por atividades relacionadas à contrafação. Nesse ponto, destaca-se a Indústria Americana dos direitos autorais, que avalia as suas perdas anuais em cerca de U\$12 a U\$15 bilhões de dólares.

As áreas tecnológicas mais afetadas mundialmente são: Indústria de informática (hardware)- 35%, Indústria audiovisual - 25%, Indústria de brinquedos - 12%, Indústria de perfumes - 10%, Indústria farmacêutica - 6%, Indústria de relojoaria - 5% e a Indústria de softwares - 46%.

Como se vê, a contrafação e a pirataria são uma mazela mundial de conseqüências extremamente negativas para todos os setores produtivos e, conseqüentemente, para a economia dos países, para os consumidores e para o conjunto da sociedade. O cenário nacional possui números significativos. É

⁷ <http://www.bsa.org/brazil/pre.../CPI-DA-PIRATARIA-E-EXEMPLO-DE-SERIEDADE.cf>

⁸ <http://www.etc.org.br/midia.php?Id=35>

possível analisar os dados, enfocando, separadamente, alguns setores onde a pirataria é expressiva.⁹:

a) Setor agrícola - O país produz 43 milhões de toneladas de soja por ano. Se todos fossem sementes legais, a produtividade passaria para 52 milhões de toneladas ao ano. No caso do feijão, constata-se que sua lavoura é a que apresenta menor taxa de utilização de semente legal: apenas 20% do total. Esse dado demonstra que, se não houver um maior controle daqui pra frente, a produção desta semente no país pode chegar, em 2005/2006, a ser 30% ilegal.

b) Setor têxtil – A pirataria elimina, anualmente, 75 mil empregos neste setor do país. A cada ano são vendidas no Brasil pelo menos 6 milhões de peças falsificadas. O prejuízo por ano chega a US\$ 1,56 bilhões, o que equivale 7,5% do seu faturamento total, que foi igual a US\$ 20,8 bilhões, em 2001. A cidade de Jaraguá, em Goiás, é a capital brasileira da pirataria de jeans e camisetas. Os produtos vão para Brasília e Belo Horizonte, e cerca de 150 mil peças têm Goiânia como destino todo mês. Entre dois e três milhões de pares de tênis da Nike são falsificados no Brasil, por ano. No mesmo período, a Nike gasta cerca de R\$ 400 mil com assessoria jurídica para tentar conter a pirataria sobre os seus produtos. A pirataria em marcas esportivas representou 20% do que o mercado formal movimentou em 2001, o equivalente a US\$2,5 bilhões anuais. A marca mais pirateada é a do Flamengo, representando 60% da pirataria em marcas de futebol. Estima-se que o clube deixa de arrecadar R\$ 10 milhões em *royalties* por ano.

c) Setor fonográfico – O mercado brasileiro já ocupou o 7º lugar no ranking mundial e hoje é o 12º mercado do mundo, gerando oito mil empregos diretos e 55 mil empregos indiretos. Em 2001, foram vendidos cerca de 80 milhões de unidades, gerando um faturamento em torno de R\$ 998,4 milhões. A pirataria responde por 50% do mercado de CD e 100% do de fitas cassetes. O Brasil é o segundo país em pirataria no mercado fonográfico, perdendo apenas para China. O prejuízo gerado pela pirataria em 2001, em perda de impostos, foi de R\$ 600 milhões para o setor, e de R\$ 200 milhões para a União, Estados e Municípios.

⁹ Todos os dados que serão citados foram apresentados pelos respectivos setores durante o seminário “Contra a Pirataria e contrabando: uma proposta de cidadania”, realizado em 27 e 28 de agosto de 2002”.

d) Setor de Software – Neste ramo houve um recuo dos índices de pirataria nos últimos anos: de 90% em 1989 para 58% em 2000. O índice mostra que entre cada 10 programas de computador em uso, apenas quatro são originais. O prejuízo em 2000 foi de R\$ 2,76 bilhões. Estudos mostram que se os índices de pirataria diminuíssem em 25% seriam gerados 40 mil empregos diretos e indiretos no país. 80 mil empresas estão sendo investigadas no Brasil.

e) Setor de Tabaco – Em 2001 a pirataria representou 1/3 do mercado (cerca de 51 bilhões de unidades), gerando uma perda na arrecadação tributária de R\$ 1,3 bilhões. Com este valor o governo poderia alfabetizar 13 milhões de pessoas, construir 33 mil creches ou 130 mil ambulatórios. Em 47% das contrafações foram encontrados corpos estranhos: grãos de areia, pedaços de barbaante, fios de algodão, semente de ervas, capim, fumo verde, inseto, material plástico e bicho de fumo. Além disso, 43% desses produtos apresentaram resíduos de organoclorado, substância proibida para uso em fumo.

f) Setor autopeças – Cerca de 30% dos acidentes de carros com vítimas são decorrentes do uso de autopeças falsificadas. O segmento de reposição de peças representa 18% das vendas totais neste setor, projetadas no ano de 2002, para cerca de US\$12,3 bilhões. O código de defesa do consumidor, que instituiu o sistema de garantia, revelou que 45% das reclamações de defeitos nos veículos são por causa de peças falsas. Em relação aos acidentes, 75% são causados por falha do motorista, 12% por problemas nos veículos, 6% por deficiência das vias e 7% por causas diversas.

O mundo da pirataria é vasto e os setores acima citados apenas representam a ponta o iceberg. Existem outros setores que são amplamente afetados pela pirataria e de pouco conhecimento para as pessoas, o setor de jóias é um deles. No mercado mundial de jóias, a concorrência traz números assustadores, o negócio movimentava valores altíssimos. Somente no ano de 2003, segundo Vasconcelos, o setor exportou US\$ 613 milhões, contra US\$ 140 milhões em importações.¹⁰

Decerto que o setor de jóias tem se preocupado cada vez mais com o crescente número de cópias piratas. Ainda não há números fechados a respeito, mas o governo está estudando a cadeia produtiva de gemas e metais preciosos, na tentativa de diminuir a informalidade na área. Em entrevista ao

¹⁰ Vasconcelos, N. Os Soldados Piratas, Jornal O Globo, 23/09/2004

Jornal O Globo¹¹, edição de 23/09/2004, Marcelo Goyanes, especialista em propriedade intelectual do escritório Veirano Advogados, afirma que um dos problemas encontrados é que os piratas desse setor sequer têm consciência de que estão desrespeitando direitos autorais.

Ao representar designers do Rio e de São Paulo que se queixam de ter as jóias copiadas indevidamente, Goyanes acabou descobrindo que a maioria das lojas notificadas desconhece o registro dessas criações no Instituto Nacional de Propriedade Intelectual (Inpi). O processo de registro de desenhos industriais só entrou em vigor em 1997, com a Lei da Propriedade Industrial. Antes desta lei esses produtos eram tratados como patentes e o Inpi demorava uns quatro anos para concedê-las. Com a Lei, os desenhos passaram a ser protegidos por registros e o tempo médio da concessão caiu para cerca de seis meses, sob medida para produtos que têm vida útil atrelada à moda da vez.

Esse detalhe é importante porque o consumo de produtos piratas está ligado diretamente à moda. O CD do momento, a bolsa, o relógio, os óculos, etc... Todos esses produtos têm demanda concentrada por período. Assim, as estratégias de determinados produtos devem ser mais bem analisadas. A empresa ao investir maciçamente em um determinado produto deve analisar as variáveis que possibilitem a pirataria. Às vezes é melhor vender três a quatro produtos diferentes, que dê escala a produção e um resultado comercial satisfatório do que investir em apenas um produto e vê-lo se perder com a pirataria e contrafação.

Analisando os dados apresentados neste capítulo, é possível vislumbrar a dimensão e a complexidade do problema. Os países em desenvolvimento sofrem com a pirataria, pois perdem a credibilidade no cenário internacional. Empresas de grande porte deixam de investir nestes países, não acreditam na seriedade dos governantes, autoridades e sociedade.

O setor mais prejudicado pela pirataria aos olhos dos leigos é o fonográfico. A situação se agrava a cada ano, segundo dados da ABPD (Associação Brasileira dos Produtores Discos), que reúne as maiores gravadoras do país como BMG, Sony Music, Universal e Warner Music., em 1997 foram distribuídos 21 discos de platina (para vendas de mais de 500 mil cópias de CDs) entre cantores, compositores e grupos musicais.¹² Em 2002 os prêmios

¹¹ Ibidem

¹² Caetano, V. Contra-ataque à pirataria, Jornal O Globo, 20/09/2004

caíram para quatro e, no ano de 2003, foram entregues apenas dois discos de platina. Neste setor a pirataria está mais em contato com o consumidor, e um grande problema relacionado a isso é o fato de que o consumidor, em geral, não se importa em comprar um produto é pirata. O que importa é ter o produto tocando, mesmo que traga problemas para o aparelho de som.

A feira dos importados¹³, realizado na cidade de Brasília em setembro de 2004, considerada a maior no gênero no país, e localizada em uma área cedida pelo governo local, mostrou a legitimidade convivendo com a ilegitimidade. Nesta feira, representantes da grife Louis Vuitton concluíram que seu produto está desmoralizado no Brasil. Enquanto uma bolsa legítima custa até US\$ 10 mil, na feira o produto pode ser encontrado por R\$ 50. Os vendedores utilizam argumentos como: “são falsificadas, mas de boa qualidade”, e isso parece ser encarado com naturalidade pelo consumidor.

O setor tabagista também é muito afetado, com proporções assustadoras. O detalhe é que esse setor não pode fazer campanhas publicitárias para a venda de cigarros, o que também inviabiliza a propaganda de combate à pirataria e contrafação. Com a falsificação de cigarros, o Brasil perde cerca de R\$ 2,4 bilhões por ano, dados do Ministério da Justiça.

Esses crimes farão com que o país perca em torno de dois milhões de empregos para China e Paraguai - onde são fabricados os produtos falsificados – com prejuízo geral de R\$ 30 bilhões. Em um país como o Brasil, onde se encontra um número significativo de desempregados e de pessoas trabalhando na informalidade, é importante combater essas distorções. Outra característica marcante é que o PIB de 2003 do Brasil teve um recuo de 0,2%, enquanto a China cresceu 7% no mesmo ano, graças também a pirataria. Enfim, quando o país deixa de realizar operações legais de comércio todos deixam de se beneficiar dessa situação. O caso do Paraguai, por exemplo, que importa uma quantidade representativa de CDs sem controle, leva o governo brasileiro a absorver as conseqüências desse contrabando, prejudicando o setor produtivo e a cadeia de impostos nele inserida pelo governo.

No dia 25 de maio de 2004 o Sistema FIRJAN (Federação das Indústrias do Rio de Janeiro)¹⁴ divulgou pesquisa realizada com 300 pessoas, sobre o comportamento do consumidor em relação ao comércio informal. A pesquisa foi realizada de 18 a 20 de maio deste ano, no Centro do Rio de

¹³ Ibidem

¹⁴ <http://www.firjan.com.br>

Janeiro e complementa outra anterior, realizada no fim do ano de 2003 com 192 empresas fluminenses, de 24 setores, quando 91% delas informaram ter seu faturamento prejudicado pela concorrência desleal.

A pesquisa serviu para desmistificar que quem compra produtos piratas é o consumidor de baixa renda. O resultado foi surpreendente e mostrou que todas as classes adquirem produtos pirateados. Na pesquisa com os consumidores, os dados mostraram que 59% das compras feitas em camelôs são de produtos pirateados e sacoleiros. A concentração maior é na classe C e D, que correspondem a 66% e 60%, respectivamente, da amostra entrevistada. A classe A e B, dos entrevistados da classe A, 47% declararam que compram no comércio ilegal e a classe B compareceu com a participação de 49%. Os dados da classe A e B traz a surpresa de mostrar, que embora o poder aquisitivo alto, a utilização de produtos pirata faz parte do seu cotidiano.

Outro paradigma, na pesquisa, foi quebrado. O produto mais consumido não é os CDs e sim os relógios que representam (17,9%), seguidos pelos perfumes (15,3%), acessórios (13,4%), CDs, DVDs, e fitas de vídeo (12,5%), brinquedos (10,8%), óculos (8%), produtos eletrônicos (3,5%), pães (2,8%), produtos de higiene pessoal (0,9%), e remédios (0,7%).

A pesquisa analisou outros dados significativos e o principal motivo de compra para os produtos vendidos no comércio ilegal é o preço (31,9%). Outro dado a destacar na análise da pesquisa é que o mercado informal atrai a flexibilidade de negociação (11,4%), onde se aceita tíquete refeição e vale transporte. Entretanto, os entrevistados reconheceram que a baixa qualidade do produto e a menor vida útil (36,7%, as duas) são as principais desvantagens.

Com esses números se tem uma idéia real do comportamento de quem compra os produtos da pirataria. A busca pelo preço é o primeiro item de destaque, porém o que chama mais atenção é que 80% dos entrevistados admitirem que o consumo no comércio ilegal pode apresentar danos a saúde, e que a metade declaram que irão continuar comprando produtos fabricados sem fiscalização das normas de higiene e com material de origem duvidosa.¹⁵

Capítulo 2 - O “mix de marketing da pirataria”

O Mix de Marketing diz respeito as variáveis ambientais controladas pela empresa que se posiciona no mercado, a partir de um planejamento

¹⁵ Ibidem

estratégico definido. A abordagem do tema neste capítulo visa discutir não as variáveis controláveis pela empresa e sim aquelas que fogem ao controle, atingindo diretamente as suas estratégias de marketing no posicionamento.

Kotler e Armstrong (1998) definem o mix de marketing a partir dos quatro Ps: Preço, Praça, Produto e Promoção. Nesse contexto, o significado de cada um desses termos seria:

Produto - é a combinação de bens e/ou serviços que a empresa oferece ao mercado-alvo.

Praça - envolve as atividades da empresa que tornam o produto disponível para o público-alvo.

Preço - significa a soma de dinheiro que os clientes devem pagar para obter o produto.

Promoção – diz respeito às atividades que comunicam os atributos dos produtos/serviços e convencem os consumidores a adquiri-los

Quanto um contraventor comete o crime de pirataria ele não cria estrategicamente um Mix de Marketing, porém a demanda do mercado indica o que ele deseja para “lucrar” com a sua estratégia de “penetração de mercado”¹⁶ Sendo assim, é possível estabelecer uma associação entre o Mix de Marketing tradicional, utilizado pelas empresas, e as ações desenvolvidas pela “indústria” da pirataria. Trata-se de um recorte escolhido para expor os diversos aspectos envolvidos na produção e distribuição de produtos pirateados.

2.1. Praça / Distribuição – As aduanas

A rota da pirataria é conhecida e abrange países como Paraguai, China, Taiwan, etc. O Brasil tem várias portas de entrada de produtos pirateados, oriundos de várias partes do mundo. Não há contingente de pessoal da polícia federal, nem tecnologia disponível para cuidar das fronteiras e fazer a verificação de todas as cargas que entram em nossas fronteiras. Sendo assim, a aduana – fiscalização das fronteiras - é um canal forte na distribuição de produtos pirateados. É possível, dentro do contexto da pirataria, associar o

¹⁶ No que se refere a “Penetração de mercado” na pirataria, consiste em preço abaixo o de mercado. Motivo que leva muitos consumidores a comprarem no mercado informal.

“p” de praça à aduana, já que sua atuação facilita a distribuição dos produtos nas praças. Essa situação se deve, em grande parte, a problemas burocráticos, favorece amplamente o comércio ilegal no país.

A questão das aduanas faz pensar sobre a metodologia de verificação dos produtos que chegam ao país. Há uma ação civil pública ajuizada pela Procuradoria da República/RJ em 2002 que questiona o processo de verificação de importados nas alfândegas. Vasconcelos, em sua coluna no O Globo de 7/10/2004¹⁷ afirma que: *“a confusão começou quando em 1998 a Receita Federal instituiu novas normas de fiscalização alfandegária”*.

As importações são direcionadas para quatro canais, a partir da Declaração de Importação pelo importador. Os quatro canais são: verde, amarelo, vermelho e cinza. O mais flexível é o verde, que nem sequer exige exame da documentação dos importadores e sua carga. Os três demais canais são mais rigorosos, e mesmo assim estão sujeitos a malandragens.

O procurador José Augusto Vagos, no Jornal O Globo de 7/10/2004, em entrevista a Vasconcelos diz que:

“o maior problema é que 80% das importações vão diretamente para o canal verde. Para o importador mal-intencionado é uma tentação, a sua carga com algum tipo de irregularidade tem 80% de chances de cair no canal verde. Como é comum acontecer, o lucro futuro vale o risco se eventualmente descoberto, processado entre outras eventualidades. O grande ponto desta questão é atacar o atacado”.¹⁸

Esse tipo de fiscalização permite que um grande volume de produtos importados circule sem ser verificado de fato. Esse processo de importações diminui o custo para o Brasil ao reduzir o tempo de permanência nos portos, porém o sistema deve ser ágil e eficiente.

A fiscalização faz parte da regra institucional, esse é o ponto da ação civil pública ajuizada pela Procuradoria. Vagos explicou que, em consultas a auditores fiscais, ficou claro que, mesmo quando há suspeitas sobre determinadas cargas, nada se pode fazer.

¹⁷ Vasconcelos, N. Vacilos da Lei, Jornal O Globo, 7/10/2004.

¹⁸ Ibidem

“Quem tentar fiscalizar algo que tenha seguido pelo canal verde corre o risco de ser processado por abuso de autoridade. Sorte para o importador de produtos piratas e afins. Até porque numa improvável revisão aduaneira, é muito difícil que os produtos importados sejam localizados depois de terem entrado no país. Pior: a documentação referente a eles também já terá desaparecido...”¹⁹

É fácil perceber que os aspectos acima questionados aumentam o poder dos “piratas” no país. Fiscalizar é preciso, dentro dos parâmetros de uma legislação mais severa.

2.2. Produto - Avanços tecnológicos

O “p” de produto está associado aos investimentos tecnológicos que as empresas fazem para desenvolver novos negócios. Mas muitas vezes os avanços tecnológicos prejudicam os negócios. Por exemplo, o gravador CD do computador, que em tese serviria para o usuário de informática arquivar seus trabalhos, acabara servindo de ferramenta na pirataria para gravação de CD, DVD, jogos eletrônicos e programas de informática. O custo de investimento tecnológico na pirataria é zero.

Os avanços tecnológicos interferem diretamente na pirataria. Alguns setores têm sofrido drasticamente com os aspectos tecnológicos. O mercado fonográfico encolheu. O Brasil já foi 6º no ranking mundial de vendedores de CDs, arrecadando cerca de US\$1,17 bilhão por ano. O país caiu no ranking para a 12ª posição entre os consumidores no mundo, passando a arrecadar US\$ 390 milhões por ano. Dados da Associação Brasileira de Produtores de Discos (ABPD) informam que em cada três CDs vendidos, dois são piratas.²⁰

O fenômeno da pirataria de CDs foi intensificado com a participação de Shawn Fanning Napster, o jovem americano que criou por brincadeira, em 1999, o serviço de troca de músicas on-line no formato mp3, que comprime os arquivos para ocupar pouco espaço. O site registrava mais de 1.400 mil cópias gratuitas de canções por minuto e chegou a ter 600 milhões de usuários.

Dados das gravadoras estimam que mais de três bilhões de canções eram baixadas mensalmente. Essa situação foi contornada em Julho de 2001,

¹⁹ Ibidem,

²⁰ Asmar, t. Disponível: http://www.terra.com.br/istoe/1798/ciencia/1798_pret_a_porter.htm

quando o Napster foi tirado do ar após a EMI, gigante do setor fonográfico, entrar com processo judicial, com base na legislação de direitos autorais. Logo depois surgiram outros sites que disponibilizam o mesmo processo de cópias de arquivos, entre eles estão o Audiogalaxi, o Kazaa e o Grokster. Todos já sofrem processo judicial, tal como Napster nos EUA.

Isso mostra que a música pela internet ficara presente na vida dos apreciadores desse produto. Em entrevista à Revista Isto é²¹, o músico Kiko Zambianchi afirmou que “*o internauta deveria pagar uma taxa ao artista e ao compositor a cada música baixada da rede*”. Para tentar controlar a desordem que existe na internet, as gravadoras investem em disco com código de proteção. A Sony Music lançou um disco da cantora Celine Dion com um sistema que o impede de ser tocado em computadores.

Porém, um fato curioso é que os dois principais sites pagos de música, o Musicnet e o Pressplay, que cobram taxa mensal de US\$ 9,50 para arcar com os direitos autorais, pertence a gravadoras de grande porte, tais como EMI, Warner, Bertelsmann, Sony e Universal.

O mp3 incrementou o mercado de produtos eletrônicos, como o Ipod, produto criado para computadores Macintosh, que custa em média R\$ 1.600,00 e tem capacidade de armazenar 2.000 músicas. O tamanho é menor que um maço de cigarros.

O mercado de produtos para armazenar e reproduzir sons em formato digital cresce 51% ao ano. Em 2001 rendeu US\$ 3,3 milhões e em 2002 a estimativa foi superior a US\$ 5,1 milhões, o que incluiu a venda de telefone celular, computador de mão e relógio que acessa a internet via telefone e toca músicas digitais. Essa crescente habilidade de se compartilhar tecnologia permite baixar filmes na internet antes mesmo que eles entrem em circuito comercial no Brasil. Atualmente, vende-se filme como *Olga* no camelô. O filme se encontra em cartaz e não existe a sua venda em formato de DVD e VHS. Esse exemplo acontece com *Kill Bill 2*, filme de Quentin Tarantino, que estreou nos EUA há meses atrás e foi lançado em outubro de 2004 no Brasil. O filme em cartaz acaba concorrendo com o mercado “informal”, que vende o DVD pirata.

O uso da tecnologia pela pirataria não está restrito ao setor fonográfico e à indústria cinematográfica. A Bic, empresa que produz canetas e isqueiros,

²¹ http://www.terra.com.br/istoe/1699/economia/1699_camelos_cap_2htm

também sofre com a falsificação e a pirataria. Uma das medidas que a empresa adotou para combater a pirataria foi à criação de um selo holográfico do inmetro.

Outro setor que enfrenta problemas com a pirataria e a falsificação é o da comercialização dos produtos vinculados a formula 1, onde existe um glamour especial. No grande prêmio Brasil, de 2003, produtos falsificados da marca Ferrari foram muito vendidos. Havia bonés, camisas, bandeira, almofadas, etc. A polícia de São Paulo foi acionada por funcionários da escuderia de Maranello, que apreenderam cerca de 6 mil produtos.

Até produtos que têm objetivo social, como as camisetas da campanha “O Câncer de Mama no Alvo da Moda”, sofrem o efeito da pirataria, o que demonstra a total falta de sensibilidade de quem atua nesta área. Existem milhares de modelos falsificados das camisetas citadas. O Instituto Brasileiro de Controle do Câncer, que recebe de R\$ 6,50 a R\$ 25,00 por peça legítima vendida, estima que deixou de arrecadar mais de R\$ 500 mil do ano de 2000 ao ano de 2002 por conta da falsificação²².

O mercado está lançando um novo aliado, a Unic Tecnologia Digital. Uma das associadas do Centro Incubador de Empresas Tecnológicas (Cietec), da Universidade de São Paulo, criou uma máquina gravadora de Cds. O aparelho chama-se Mix For Me, e tem como finalidade imprimir discos que não infringem direitos autorais, com boa qualidade sonora, com músicas escolhidas pelo próprio consumidor, a preços que variam entre R\$ 1 e R\$ 1,50 por faixa. São armas que a empresa utiliza para diminuir os danos causados pela pirataria no mercado audiovisual.

O Mix For Me guarda um moderno sistema tecnológico para combater a ilegalidade. Com uma velocidade de gravação 52 vezes maior do que as impressoras de disco convencionais e uma impressora 1.200 vezes mais rápida, a máquina grava um CD em apenas quatro minutos.

O Governo Federal está financiando novos projetos antipirataria. Segundo dados do Comitê Interministerial de Combate à Pirataria, publicado no site do Ministério da Justiça²³ em 21 de julho de 2004, o Ministério da Ciência e Tecnologia acertou a liberação de R\$ 500 mil para fomentar o desenvolvimento de tecnologias que impeçam ou dificultem a reprodução ilegal de som e imagem. Entre as medidas de repressão já adotadas contra a pirataria no país, esta será

²² Araújo.G.A, Mercado |Negro Revista Marketing, Julho de 2002.

²³ <http://www.justica.gov.br/pirataria/default.asp?dir=005>

a primeira voltada para a inovação tecnológica. A quantia disponível deverá contar com uma contrapartida das empresas do setor para constituição de um fundo. A idéia é prospectar tudo o que os institutos de pesquisa no Brasil e no Exterior dispõem nessa área, e criar mecanismos em conjunto que possibilitem a implementação de técnicas de combate à pirataria.

Tecnologia antipirataria para discos com certeza não é novidade, porém é um desafio constante para a indústria criar novos mecanismos de segurança. Para cada dispositivo de segurança desenvolvido contra hackers, rapidamente criam-se artimanhas capazes de descobrir falhas e violar a nova tecnologia.

Para Mário Daud Filho, do departamento jurídico da Videolar, que domina 75% do mercado nacional de CDs e DVDs, “*É uma corrida de gato e rato o tempo todo*”²⁴. Ele considerou “louvável” a iniciativa, especialmente no momento em que o Brasil é questionado por sua aparente “leniência” no combate à pirataria.

2.3. Preço - A questão tributária

O custo para a fabricação de uma série de produtos é alto, e o custo para a fabricação pirata é infinitamente menor. Com isso o preço no mercado informal muita das vezes chega a ser 10% do valor do mercado formal. Uma bolsa da Vitor Hugo, por exemplo, que custa R\$ 600,00 nas lojas, pode ser encontrada por R\$ 60,00 nos camelôs, em qualquer esquina de grandes cidades no Brasil.

O crescimento da economia informal tem cada vez mais colaborado com a pirataria. As relações informais, a pirataria e o contrabando respondem por nada menos que 40% da renda nacional, “empregando” 55% dos trabalhadores brasileiros, segundo estudo da consultoria McKinsey, a pedido do Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO)²⁵.

Um país como o Brasil, que tem uma taxa de desempregados altíssima, e precisa criar empregos dentro de um nível de crescimento sustentável, não pode onerar tanto o setor produtivo do país. Portanto, se faz necessário analisar a questão e observar que o consumidor acaba comprando produtos com o custo menor, em grande parte, por causa da carga tributária, que torna muito alto os preços de uma série de produtos do mercado formal e diminui a renda líquida do consumidor. Assim, a fidelidade à marca ou produ-

²⁴ Ibidem

²⁵ Assef, A., Os desafios do Brasil Paralelo no século 21, Revista ETCO, agosto de 2004.

to fica comprometida, o que aumenta a informalidade. Nesse sentido, a questão tributária é preocupante e contribui imensamente para a pirataria.

Na questão de tributos o Brasil é um dos recordistas. Dados do IBPT²⁶ (Instituto Brasileiro do Planejamento Tributário) informa que o brasileiro precisou trabalhar até o dia 15 de maio de 2003 para pagar impostos e contribuições federais, estaduais e municipais. Este estudo do IBPT mostra que no ano passado o brasileiro trabalhou quatro meses e 15 dias para pagar impostos. Esse período representa um aumento de dois dias em relação a 2002, quando o brasileiro precisava de quatro meses e 13 dias para ficar em dia com os débitos tributários. Com essa avaliação, percebe-se que só a partir de 16 de maio é que o trabalhador trabalhou para si próprio. “*Antes disso o que ele recebeu foi destinado ao pagamento de impostos*” disse o presidente do IBPT, Gilberto Luiz do Amaral.

Segundo Amaral, de cada R\$ 1.000 recebido pelo trabalhador brasileiro no ano passado, R\$ 361, 11 foram para o governo em forma de impostos. O cálculo foi feito com base na carga tributária, que subiu de 35,84% em 2002 para 36,11% do PIB (Produto Interno Bruto) em 2003. Em 2002, de cada R\$ 1.000 recebido, R\$ 358, 40 eram destinados ao pagamento de impostos, segundo o IBPT. Em 2003, a arrecadação tributária das três esferas governamentais totalizou R\$ 546,97 bilhões. Desse total, R\$ 384,85 corresponderam aos tributos federais (70,36 do total), R\$ 139,13 bilhões aos estaduais (25,44%) e R\$ 22,99 bilhões aos municipais (4,20%). Em 2002, a arrecadação atingiu R\$ 482, 39 bilhões.

Mesmo dispondo desses dados, o Governo Federal continua aumentando a carga tributária no País. No primeiro semestre de 2004 a carga tributária teve um aumento de 1,20%, ou seja, saltou de 36,91% em 2003 para 38,11% em 2004, segundo o IBPT. O cálculo da carga tributária levou em conta o PIB do primeiro semestre, que atingiu R\$ 816,8 bilhões, de acordo com o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). No mesmo período de 2003, o PIB totalizou R\$ 723, 5 bilhões.

O estudo mostra que o aumento da carga tributária foi puxado, principalmente, pela arrecadação de tributos federais. Do total arrecado no primeiro semestre, 68,57% corresponderam à receita com tributos federais, 25,68% a impostos estaduais e 5,75% foram arrecadados pelo município.

²⁶ <http://www1folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u82654.shtml>

A carga tributária per capita do primeiro semestre de 2004, em comparação ao período do ano de 2003, apresentou, sem descontar a inflação, um crescimento de 14%. Para o ano de 2004, a previsão é de aumento nominal de 16%. Dessa forma, segundo o IBPT²⁷, cada brasileiro deverá pagar de tributos em 2004 um valor de R\$ 3,589,14. Em 2003, cada um pagou, em média, R\$ 3.092,47 em impostos.

A Receita Federal contestou esses números apresentados pelo IBPT. Segundo a Receita, “causa estranheza à periodicidade adotada pela análise. Na literatura técnica especializada, bem como nas divulgações de órgãos oficiais ou não, predomina o uso da periodicidade anual para o cálculo da carga tributária”²⁸.

A Receita informou que a periodicidade é adotada porque existem fatores sazonais relacionados à arrecadação e ao comportamento da economia que dificultam a análise num período menor de tempo. Esse informativo divulgou que o valor nominal do PIB só é divulgado no segundo trimestre do ano seguinte ao que se refere. Portanto, “estimar a carga tributária em periodicidade inferior a anual é exercício temerário”²⁹.

Polêmicas à parte, esses dados não justificam a compra de produtos piratas pela população, mas mostra o quanto deve ser feito para diminuir a carga tributária. Essa receita (os tributos) deveria ser mais bem aproveitada pelo consumidor, ou seja, com encargos menores tanto para o contribuinte quanto para empresas. O governo ganharia em escala na compra de produtos pela população. Provavelmente, o número de compradores de produtos pirateados cairia.

Os tributos arrecadados pelos governos são inúmeros; o governo federal arrecada o PIS, Cofins, CPMF, IR, IPI, etc; os governos estaduais arrecadam ICMS; e os governos municipais arrecadam ISS, IPTU. Ainda há outros tributos que são cobrados diretamente ao setor produtivo e repassados ao consumidor. Os impostos fazem parte da vida de qualquer cidadão; na conta de telefone, por exemplo, está inserido o ICMS. Enfim, são tantos tributos que poucos são aqueles que sabem para que se destina essa cobrança.

Um país como o Brasil, que tem uma desigualdade de renda tão grande, não pode ter uma carga tributária como a dos países nórdicos, por exemplo. E os impostos nesses países são revertidos na melhoria de vida do contribuinte, o que não acontece no Brasil. Aqui esses tributos não são repas-

²⁷ <http://www1folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u89621.shtml>

²⁸ <http://www1folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u89624.shtml>

²⁹ *ibidem*.

sados de forma adequada para a melhoria de vida da população e poucos são os governantes que utilizam o dinheiro público com bom senso.

O país cobra imposto para uma finalidade e acaba não direcionando o dinheiro corretamente. Um exemplo é o caso da Cide, contribuição que é cobrada na compra de combustível por quem tem veículos. Apesar desta arrecadação, as estradas nacionais estão em péssimo estado. A Cide tem por finalidade melhorar as condições das rodovias nacionais, e isso não ocorre. A falta de manutenção das rodovias gera aumento de custo para as empresas e, conseqüentemente, para o consumidor. O consumidor, que é afetado por esse esquema, acaba propenso à compra de produtos não afetados por esse aumento de custo, que é o caso dos produtos pirateados.

A questão da reforma tributária se faz fundamental, porém, enquanto isso não ocorre, o resultado é a aplicação de criatividade por parte das empresas para chamar a atenção do consumidor sobre a necessidade dele adquirir produtos com garantias, que gerem emprego e renda ao trabalhador.

É importante que o país diminua a carga tributária para que possa ter um crescimento sustentável em torno de 7% ao ano, e a partir daí, distribuir renda para que o consumidor possa comprar produtos que tenham origem e qualidade procedente. Se isso não ocorrer, a tendência é a informalidade crescer e a renda diminuir. Em conseqüência, a economia legal tende a sumir e o país passará a viver de produtos que não geram retorno para sociedade, na qual os cidadãos pagam seus impostos e esperam ter a contrapartida dessa contribuição.

A sonegação fiscal também contribui para pirataria. Enquanto uma empresa paga corretamente seus impostos e a outra não paga, a tendência é aquela que sonega oferecer produtos com o custo menor. Por sua vez, o consumidor não sabe se adquire o produto da empresa que sonega imposto. Logo, a questão tributária é complexa está além da informalidade.

Por um lado está o governo, que não diminui os tributos porque ficaria sem dinheiro em caixa para pagar servidores, fornecedores e investir no social. Do outro estão as empresas e o consumidor. As empresas que alegam não diminuir os preços porque o custo de impostos é alto. Boa parte do mercado consumidor, que tem a renda achatada pela carga tributária alta, não consegue comprar o produto legal e acaba comprando o produto ilegal.

2.3.1. Sonegação fiscal / concorrência predatória

A sonegação fiscal, segundo o Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial, em sua revista de agosto de 2004, apresenta números que também auxiliam o aumento da pirataria. Quando uma empresa da indústria de cerveja sonega 50% dos impostos a sua margem de lucro aumenta em 125%. Para se ter uma dimensão do problema tributário no setor, 33% do preço é imposto. No ano de 2002 a Ambev e a Kaiser tinham 81% do mercado e pagaram juntas 94% de impostos do setor. A sonegação federal é de R\$ 305 milhões e a estadual é de R\$ 415 milhões, sem considerar impostos de renda e encargos trabalhistas.

Uma cervejaria recebe 2 milhões de notas fiscais e emite 62 milhões de notas fiscais por ano. Ou seja, a empresa sonegadora economiza em dois aspectos: imposto e burocracia. No setor de refrigerantes, as perdas com a arrecadação passam de R\$600 milhões ao ano. Como se vê, a informalidade escolhe setores em que o consumo é grande, onde é possível ganhar mais por menos.

Outro setor afetado pela concorrência predatória é o dos cigarros. Não colocando em discussão o fato de o cigarro fazer mal à saúde, a abordagem dessa questão trata do aspecto legal da comercialização do produto. No último ano (2003), cerca de 30% dos cigarros consumidos no Brasil eram ilegais. Metade das empresas no varejo do país, cerca de 170 mil, vende produtos falsificados. O contrabando vem de 33 fábricas paraguaias e uma uruguaia. O maço de cigarros ilegal custa R\$ 1 enquanto o legal custa R\$ 1,60, em média. O preço mínimo de venda do maço de cigarros para cobrir os custos de produção, incluindo os impostos (IPI, ICMS, PIS e Cofins), é de R1,40. As empresas brasileiras que praticam evasão fiscal possuem cerca de 12% do mercado e respondem por menos de 1,3% do IPI arrecadado pelo setor.

O setor de combustível passa também pela tormenta da adulteração de seus derivados. De maneira geral, para cada 20 litros de gasolina que são comercializados no Brasil, 1 litro é adulterado, E há casos em que a sonegação aumenta o problema. Em São Paulo, por exemplo, para cada 20 litros 2 são adulterados. A sonegação no setor está estimada em torno de R\$ 2,6 bilhões. O faturamento do setor em 2003 foi de R\$ 115 bilhões. O total de impostos recolhidos foi de R\$ 45 bilhões, sendo R\$ 19 bilhões em impostos federais e R\$ 26 bilhões em impostos estaduais. Diretamente e indiretamente o setor gera 300 mil empregos. Para se ter uma idéia do problema nesse setor, 40% do álcool hidratado comercializado é clandestino.

Para se ter uma idéia do que representa as perdas para os quatro setores acima mencionados, a ilegalidade gera perda estimada em R\$ 6 bilhões, um valor que representa três vezes os recursos que são utilizados para subsidiar, por ano, o programa de assistencialismo do Governo Federal - o Fome Zero - ou o suficiente para construir 500 mil casa populares no mesmo período.

A sonegação fiscal motiva à concorrência desleal e aumenta a falsificação e a pirataria, principalmente dos setores de combustíveis e cigarros. Mediante a essa situação, soluções devem ser analisadas para diminuir a evasão fiscal. A homologação do primeiro medidor de vazão de cerveja, na fábrica da Ambev, em Jaguariúna, São Paulo, ajudará no combate a sonegação no país. Sem dúvida, com a implementação desse medidor, os setores de cerveja e refrigerantes saem fortalecidos, mas as demais categorias, que trabalham de forma legal e combatem a informalidade no país, ganham com a utilização do medidor.

O medidor de vazão é moderno e o sistema tem três funções: mede a quantidade de líquido que passa pela tubulação da enchedora, identifica o tipo de líquido - cerveja, refrigerante, água ou CIP – (produto de limpeza) - e envia os dados criptografados on-line para a Receita Federal. Cada medidor tem de ser habilitado pela Receita após uma serie de testes e análises. O lacre final é colocado pela própria Receita Federal.

A partir de 21 de Julho de 2004, conforme publicação do Diário Oficial da União, as indústrias de cervejas terão o prazo de 180 dias para instalação de medidores em todas as linhas de produção. Este é um exemplo em que a tecnologia ajuda no combate à ilegalidade e favorece uma concorrência mais transparente, diminuindo, conseqüentemente, a falsificação e sonegação de impostos. Com essa medida, segundo Victorio De Marchi, copresidente do conselho de administração da Ambev:³⁰

“O Brasil se iguala aos países desenvolvidos no controle da produção e dos impostos da cerveja, pois até momento isso era realizado apenas através da nota fiscal e agora passa ser feito por meio eletrônico e tecnologia”.

Enfim, a concorrência desleal atinge todos os setores, não apenas o consumidor final que compra produtos falsificados, mas também os setores legalmente constituídos.

³⁰ Assef. A, Revista ETCO, Agosto de 2004

2.4. *Promoção – Apoiada na divulgação oficial das marcas originais*

Enquanto a ilegalidade não tem custo com promoção, pois sua divulgação se faz principalmente através do “boca a boca”, a empresa tem que investir em pesquisa para saber qual o melhor canal para atingir o seu público-alvo, desenvolver campanhas que conduzam ao desejo de consumir o produto, e, em alguns casos, contratar pessoas públicas para a divulgação de seus empreendimentos, aproveitando de suas imagens. São contratadas, muitas vezes, pessoas de renome no cenário nacional ou internacional para a divulgação da marca ou do produto.

Favorecida por essa divulgação, a pirataria ganha carona na “notoriedade” do produto registrado. Com isso, a margem de lucro do produto pirata é infinitamente maior que a da empresa legalizada, que fez todo o investimento na divulgação. Dos 4ps do “mix de marketing” da pirataria, o que mais demonstra o baixo custo da produção falsificada é a promoção.

A empresas que gastam verdadeiras fortunas em divulgação de suas marcas. As sandálias Havaianas, por exemplo, contratou a atriz Malu Mader como garota propaganda e também o ator Rodrigo Santoro, mediante ao pagamento de cachês altíssimos. Atualmente a marca é divulgada pela modelo internacional Naomi Campbell, considerada como símbolo das sandálias Havaianas. No cenário internacional a marca brasileira mais pirateada é a das sandálias Havaianas, que pertence a São Paulo Alpargatas.³¹ Nos EUA e na Europa uma sandália Havaiana original chega a custar R\$500,00 reais, um verdadeiro sucesso de marketing.

Houve um tempo em que a pirataria era amadora e demorava a chegar ao consumidor. Hoje se percebe uma logística invejável neste setor. O sistema de produção é em escala e a tecnologia muitas vezes de ponta. Quanto uma empresa investe em desenvolvimento de novos produtos e chega a lançá-lo, o custo são enormes e o retorno financeiro tem um certo período para acontecer, muitas das vezes a médio e longo prazo.

O que se nota é que na pirataria isso não ocorre, o mercado ilegal não investe em desenvolvimento de produtos, e enquanto o produto legal está sendo lançado no mercado a pirataria aproveita os canais de comunicação expostos da divulgação e oferecem o produto falsificado em qualquer lugar,

³¹ Correa, C. Por que a pirataria pode acabar com o seu negócio, revista Exame, Setembro de 2003.

sem recolher impostos e sem gerar empregos legais. Além disso, o lucro é rápido e não em longo prazo.

O preservativo Jontex da multinacional Johnson & Johnson é uma vítima do sistema montado em bases legais, porém com intuito de atividade ilegal. Desde 1997 os preservativos se beneficiam de isenção de alíquota de ICMS, imposto estadual. Com a isenção, os preservativos ficaram apenas 3 centavos mais barato. Dois anos depois do início da suspensão da cobrança de ICMS, a Johnson & Johnson fez a maior apreensão de preservativos falsos da marca Jontex. Segundo Ricardo Alves Bastos, diretor de assuntos legais e governamentais da J&J “encontramos um distribuidor credenciado no Paraná que também distribuía produtos falsos”³². A J&J teve que cortá-lo da lista de distribuidores. A investigação feita pela J&J revelou um sistema sofisticadíssimo e com uma logística de alta envergadura, onde o preservativo era fabricado na Malásia, e a embalagem na China. A falsificação entrava no Brasil pelo canal mais conhecido por todos, o Paraguai.

2.5. A legislação

Um aspecto importante, que envolve o combate à pirataria, é relativo às leis de direito autoral, intelectual e de propriedade. As leis existem e devem ser cumpridas por todos. É dever do Estado defender os direitos daqueles que perdem com a comercialização de produtos falsificados. Por não haver uma fiscalização mais severa, a pirataria ganha vida própria, e apesar dos esforços de algumas instituições como a Polícia Federal, o sincronismo entre as polícias dos estados e as guardas municipais são primordiais para o cumprimento da carta magna do País.

Diz a constituição brasileira na seção de Direitos e Garantias Fundamentais, no seu artigo 5ºss 27 – “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, reprodução ou publicação de suas obras”.³³ Os direitos autorais estão garantidos na Lei nº 9.610 de 19 de Fevereiro de 1998 que atualiza e consolida tais direitos no art. 5º ss 7, art. 7º ss 5, art. 9º, art. 29º, art. 87º e art. 93º; O não cumprimento da Lei é um total desrespeito não só ao autor de uma obra, como também às autoridades constituídas.

Segundo o artigo 334, o ato de importar ou exportar mercadoria proibida, ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto

³² Ibidem

³³ www.1folha.uol.com.br/folha/sinapse/ult.1063u299.shtml

devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadorias está sujeito à seguinte pena: reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Além disso, está previsto que incorre na mesma pena quem vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente o que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem³⁴.

Como se vê as leis existem, mas se fazem necessárias adaptações para o cenário atual. Criar uma diferença entre contrabandistas, que vende em escala, e o camelô, traria uma melhor forma de intervir no problema atual. Quanto aos consumidores de produtos falsificados, criar leis para os usuários não seria eficiente pela escala do problema que atinge a todas as classes sociais, mas a criação de campanhas educacionais poderia auxiliar na conscientização do problema

Capítulo 3 - O combate à pirataria: Uma questão de ética e responsabilidade social

O combate aos produtos pirateados deve ser um alvo na mira dos governos, sejam eles federais, estaduais ou municipais. Para isso é importante um trabalho com finalidades éticas dentro do governo, com o objetivo de atingir toda a sociedade, que vê a pirataria como algo normal, muitas vezes sem saber que o produto vem da lavagem de dinheiro do narcotráfico.

Hoje deve ser trabalhado o lucro em parceria com a ética. Ética da empresa que remunera corretamente os seus funcionários, que são leais com os seus parceiros, que mantém uma concorrência saudável ao mercado e que não engana o consumidor. Essa empresa, por sinal, é bem vista pela população e, por obrigação, a sociedade deve dar respaldo ao que ela produz.

3.1. O Estado e a ética

O Estado deve ser o principal instrumento de orientação para a ética acontecer. Se os exemplos de ética não vêm de cima para baixo, o alicerce fica contaminado. Como consequência, a falta de ética do Estado leva as empresas

³⁴ www.dgp.com.br/leis/leisdraut.htm

a sonegarem impostos, corromperem autoridades, enfim, tudo aquilo que não deve ser aceito pela sociedade.

Maria Cecília Coutinho de Arruda, coordenadora do centro de estudos de ética nas organizações da FGV-EAESP, defende uma tese difícil e muito original. Ela considera que a ética vai ganhar força não do governo para sociedade, mas das empresas para sociedade; cita como exemplo, em entrevista a revista ETCO³⁵, o filósofo grego Aristóteles, lembrando que ele foi o primeiro a aliar a capacidade de criar riquezas à responsabilidade social. Aristóteles afirmava, que: “*se tenho potencial para mais, tenho obrigação de fazer*”. Ou seja, para Arruda “*Aristóteles aliou a capacidade realizadora à responsabilidade por meio das virtudes*”.

Isso significa que quando uma empresa dispõe de tecnologia de ponta, talentos, condições humanas, ela tem a obrigação moral de contribuir com a sociedade com recursos a um preço justo. E não especular o preço como muitas fazem e acabam afastando o consumidor da compra de seu produto, levando-o a comprar o produto na informalidade. Arruda afirma, na mesma reportagem, que: “*A empresa deve agir eticamente, porque ela é livre, segundo a filosofia de Aristóteles. E não porque a lei obriga, mas porque quer ser um bom instrumento da sociedade*”.

Com isso, a sociedade ganha em todos os aspectos; todos lucram com uma forma clara de gestão. Fica transparente o objetivo da empresa no trato com o mercado, a sociedade e as leis, o que cria valores para sociedade conduzindo-a a adquirir produtos de empresas corretas. Quanto mais pirataria, menos distribuição de renda. Um outro tema analisado por Arruda foi à questão tributária e os juros altos, que afetam diretamente o consumidor quando ele vai comprar um produto. Muitos consumidores não têm nem trabalho de ir à loja legal verificar preço, correm diretamente para os camelôs e compram o produto com o preço menor. Arruda considera que “*o importante é que a empresa tente ao máximo viver a lei corretamente, cumprir tudo o que é preciso, ser leal com os concorrentes e seus funcionários, fazer um lobby bem feito*”.

Enraizando esse sentimento na sociedade, o próprio participante da cadeia produtiva da empresa (funcionários, fornecedores, colaboradores, ou seja *stakeholders*) começa a tirar suas próprias impressões sobre o que ocorre quando uma empresa não é responsável socialmente. Ele, o colaborador, pas-

³⁵ Viana, Blanco e Viana, A. ética bem vivida dá lucro, revista ETCO, Agosto de 2004.

sa também a burlar a ética pensando que se sua empresa sonega impostos, ele não precisa comprar produtos de origem legal.

3.2. A gestão ecocêntrica

A gestão ecocêntrica é onde estão inseridos os *stakeholders*, que visam a sustentabilidade e qualidade de vida em conjunto. A cobrança dos *stakeholders* é mais completa é ética, pois a gestão trabalha todo processo operacional, que aborda a empresa com responsabilidade social. Sendo assim, quanto maior o comprometimento da empresa com os *stakeholders*, melhor para sociedade, que aprende a importância de um comportamento ético da empresa de forma atual e honesta.

Arruda³⁶ afirma que se faz necessário que os concorrentes busquem caminhos e oportunidades para os setores que atuam. E conclui que as empresas são um pouco omissas. “*Quando há interesse econômico, fazem lobby positivo. Se for uma questão ética, a mobilização não é tão forte*”.

Tendo em vista essa análise, deve-se considerar que o combate à pirataria está na união de todos e que para cobrar do governo esse combate, a estrutura da empresa tem que ser ilibada, não comprometida com sonegação e outras artimanhas. Para tanto, está faltando uma liderança ética e positiva. “*Existem pessoas que querem agir corretamente e não fazem porque muitas das vezes o concorrente mais forte não o faz*”, define Arruda. Para esta estudiosa, a ética pode entrar nas empresas de diversas maneiras, tais como *workshops*, congressos, e pesquisas entre os setores empresariais. Ela afirma na entrevista citada acima: “*Se o tema da ética chega com mais conteúdo, as empresas olham com seriedade. Nos EUA existem mais de 800 profissionais que respondem pela ética nas empresas*”.

Essa forma de educação empresarial forma os próprios participantes da empresa como sensores críticos de combate à pirataria. O empregado, tendo esses conhecimentos, deixa de adquirir produtos que não tenham precedentes, pois sabe que quanto maior o consumo de produtos contrabandeados, o risco de sobrevivência da sua empresa diminui.

A luta contra a pirataria passa pela modificação do comportamento do Estado. “*O estado em nada contribui para a ética. A legislação é feita de*

³⁶ Ibidem

forma antiética. Por isso, a solução vai partir das próprias empresas”. A análise feita por Arruda considera a importância da empresa praticar a ética de forma clara com seus parceiros. Quando uma empresa exige do governo um melhor combate à pirataria, ela também deve agir de forma correta, atenta às necessidades da sociedade, com uma proposta que inclua preocupações em termos de responsabilidade social.

3.3. A responsabilidade social no combate à pirataria

A importância da responsabilidade social no marketing hoje é vital para a boa imagem das empresas. Porém, o conceito de marketing societário está além da boa imagem que uma ação social gera. O conceito de marketing societário é novo para as empresas, como define Kotler (1998). A responsabilidade social não deve ser reconhecida apenas em campanhas televisivas, como a campanha de doação para o *criança esperança*, *teleton* e demais ações de filantropia. Deve fazer parte, verdadeiramente, de todos os aspectos que envolvem o comportamento da empresa e suas atribuições na sociedade.

O comportamento do consumidor de produtos piratas deve ser analisado com a visão da responsabilidade social, mas compreendendo também as limitações inerentes à realidade brasileira. Vale destacar que, depois da ditadura que se instalou em vários países da América Latina, inclusive o Brasil, e de uma série de planos econômicos frustrantes, a condição de pobreza aumentou em muitos lares e o desejo de consumo também. Após período de ditadura, a realidade imposta pelo mercado foi da globalização. Como muitas pessoas vivem abaixo da linha da pobreza, orientá-las a um consumo de produtos eticamente corretos fica complicado.

3.3.1. Ação em conjunto estado/empresas

A luta contra pobreza não é questão apenas para o Estado. As empresas também podem criar ações para diminuir essa dicotomia entre os que podem cobrar produtos legais e aqueles que compram, na informalidade, produtos falsificados. As empresas devem rever o conceito de filantropia, e não necessariamente participar de campanhas de coleta de dinheiro. É importante, e mais produtivo para o país, que sejam construídos projetos baseados na ideia de responsabilidade social, mas de forma transformadora e não apenas assistencialista.

As empresas devem avaliar as conseqüências da má distribuição de renda, e descobrir fórmulas que contribuam para conduzir a população hoje

sem recursos ao consumo legal. Isso será possível desde que o público de baixa renda tenha maior acesso à educação, o que lhe proporcionará maior compreensão sobre o problema da pirataria, e alcance, via um trabalho digno, um poder aquisitivo mínimo necessário para suprir suas demandas sem precisar recorrer aos produtos pirateados, e assim colaborar com esse estado de coisas.

A pobreza gera, muitas vezes, marginalidade e criminalidade, o que representa uma resposta social ao problema da má distribuição de renda. A consequência deste problema é a colaboração com a informalidade. Como a falta de oportunidade e de empregos, a população pobre que vive nas cidades grandes (metrópoles) precisa recorrer à criatividade para sobreviver sem cair na criminalidade. E muitos aspectos da pirataria vêm dessa situação. Hoje o Brasil tem oficinas ilegais, serviços irregulares, comércio informal, entre outras situações que contam com a participação de pessoas que entram nesse caminho para sobreviver, como são o caso de muitos camelôs.

3.3.2. A repressão

O comércio ilegal representa uma concorrência desleal que sonega imposto, utiliza bens e serviços públicos sem pagar por sua utilização e não dá garantias ao consumidor, não fornecendo segurança quanto à utilização dos produtos. Assim, a informalidade representa uma idiosincrasia para o indivíduo que consome produtos do comércio ilegal.

No momento atual, as empresas e os governos combatem a pirataria através da repressão. É necessário entender que apenas repressão e perseguição dos “empresários” piratas não resolvem o problema. Esconder o problema embaixo do tapete com a finalidade de apenas reprimir a pirataria não diminuirá em nada a compra desses produtos pela população.

Uma das opções para resolver esse problema passa por uma visão mais aprofundada das empresas e do governo sobre as questões sociais. No que compete à administração pública, é necessário facilitar a formalidade econômica, tornando mais simples e fácil o acesso à economia formal. Interpretar necessidades dos agentes da sociedade é uma atribuição governamental. Quanto às empresas, elas deveriam reconhecer que a população pobre também é consumista, pois os apelos das propagandas e a ideologia consumista chegam a ela da mesma forma. Além disso, o público de baixa renda representa um mercado considerável. No Brasil, onde a distribuição de renda é um problema antigo de administração pública, o problema do consumo também tem raízes profundas.

É evidente que existe espaço para filantropia, porém a responsabilidade social deve ir além de ações corporativas de comunicação em marketing. No entanto, poucas são as empresas que fazem investimento básico em responsabilidade social. A função da empresa, em primeiro plano, é satisfazer as necessidades dos acionistas. Porém, quando se atua de forma responsável no combate a flagelação da pobreza todos ganham. A empresa fica mais bem reconhecida, melhora a sua imagem e seus resultados financeiros tendem a subir, pois o consumidor informado tende a adquirir produtos considerando a participação da empresa na sociedade.

3.4. A pirataria “faz muito mal à saúde”

O problema da falsificação de medicamentos é mais sério do que a compra de produtos pirateados no camelô. Muitas vezes, essa atividade ilegal põe em risco a vida de cidadãos. A CPI da Pirataria apurou diversas situações desse tipo, algumas inclusive que deixaram seqüelas no corpo dos consumidores de remédio falsificado.

A fabricação irregular, não autorizada, de produtos farmacêuticos permite incluir situações que não são estritamente de falsificação, tais como adulterações, desvios de qualidade de produtos regulares etc. Frequentemente ocorrem situações de desvio de qualidade em produtos registrados de laboratórios legalmente constituídos e de renome no mercado. Grande parte das adulterações e falsificações remete a empresas não reconhecidas pela vigilância sanitária. Outras vezes, como apurou a CPI, trata-se de produtos originários de cargas roubadas, que reingressam na rede de distribuição no atacado ou no varejo. Os produtos de origem desconhecida, que imitam os originais, não são tão frequentes, porém ocorrem também no Brasil.

É importante ressaltar, que não está se falando dos medicamentos genéricos, que possuem o mesmo princípio ativo, porém não têm restrições de patentes, e podem ser vendidos mais baratos. Estes são produtos legítimos, fiscalizados e registrados no órgão federal de controle sanitário. Os genéricos são considerados o *Benchmarking* do bem, ou seja, são cópias legítimas, que têm por finalidade atender o mercado de maneira que o consumidor não fique refém apenas ao produto de renome, muitas vezes de preço inacessível.

No caso do produto ilegal, ele é considerado danoso a saúde mesmo que corresponda exatamente às especificações do original, proporcionando a mesma eficiência. Isso porque, no mínimo, o remédio falsificado não se sujei-

tou à análise da vigilância sanitária. No período da apuração da CPI da pirataria, foram levantadas situações que colocaram a vida de pessoas em risco e com óbito em alguns casos.

3.4.1. O caso Celobar

O primeiro caso grave apurado pela CPI da pirataria foi o do medicamento denominado Celobar, fabricado pelo Laboratório Enila Indústria e Comércio de Produtos Químicos e Farmacêuticos S.A., sediado na cidade Rio de Janeiro (RJ)³⁷. Este produto, tem a função de contraste radiológico, é o principal suspeito de ter causado danos à saúde pública, incluindo a morte de 22 pessoas nos estados de Goiás, Bahia e Minas Gerais.

Foi apurado no Rio de Janeiro que o Celobar tirou a vida do paciente de Nome Ricardo Diomedes. A investigação foi feita pelo Dr. Renato Nunes da Silva, delegado titular de Repressão aos Crimes contra a Saúde Pública. O delegado se antecipou e providenciou a exumação do corpo, constatando a relação de causa e efeito entre a contaminação da vítima pelo Celobar.

O fato permitiu ao delegado indiciar várias pessoas do Laboratório Enila, entre elas o Diretor-Presidente, Márcio D'Icaray Câmara Lima, além de outros funcionários de escalões menores da empresa. Os demais estados, aproveitaram o sucesso das investigações feitas pela delegacia no Rio de Janeiro e tornaram o problema de interesse nacional, divulgando publicamente suas ações de combate a esse crime.

3.4.2. Países desenvolvidos e em desenvolvimento

A falsificação de medicamentos não ocorre apenas nos países em desenvolvimento. Os países desenvolvidos também enfrentam o problema. Segundo estimativas do *Counterfeit Intelligence Bureau*³⁸, cerca de 5% do total do comércio mundial, em 1991, era de produtos falsificados. A Organização Mundial da Saúde (OMS), estima que na área farmacêutica esta proporção é bem maior, e que, em 2001, aproximadamente 100 mil pessoas morreram no mundo em consequência do uso de medicamentos falsos.

³⁷ Quintal, J. CPI da Pirataria, Relatório Final. Brasil. Congresso. Câmara dos Deputados. p.190

³⁸ Ibidem

A indústria farmacêutica suíça Norvatis estima que as falsificações atingiram mundialmente um montante de 25 bilhões de dólares. A Confederação Internacional de Indústrias Farmacêuticas calcula que os remédios falsificados já atingem 7% do mercado mundial. A maior parte dos casos (70%) se dá em países em desenvolvimento, principalmente na África.

A falsificação de medicamentos no Brasil é um problema destacado pela ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). A agência entre os anos de 1997 e 1998 recebeu 172 denúncias de medicamentos falsificados. No ano de 1998, estimava-se 10% da produção anual se originasse de roubo ou de falsificação. As inúmeras denúncias sobre medicamentos falsificados deixaram uma síndrome de desconfiança relativa à origem, à qualidade, à segurança e à eficácia dos produtos comercializados no Brasil.

3.4.3. A regulamentação

No âmbito da regulamentação sanitária, segundo informações da ANVISA dadas para a CPI da pirataria, foram e estão sendo tomadas iniciativas como:

- Alterações na legislação, modificação da Lei nº 9.677 do código penal. Isso implica incluir na classificação de delitos considerados hediondos os crimes contra a saúde pública; nesses crimes foram incluídas as falsificações, corrupções, adulterações ou alterações de produtos para fins terapêuticos ou medicinais, além de matérias-primas farmacêuticas, dos reativos para diagnóstico, dos cosméticos e produtos de higiene e limpeza.
- Foi aprovada a Lei nº 9.695, de 21 de agosto de 1998, que complementou a lei acima citada, nº 9.677 e alterou a lei nº 6.537/77, que estabelece as infrações sanitárias de natureza administrativa e impõem as respectivas penas; a lei aumentou as penas relacionadas à proibição de propaganda, ao cancelamento de licença de empresas, e instituiu a intervenção nos estabelecimentos que recebem recursos públicos de qualquer natureza, além de fixar valores de multas que variam de R\$ 2 mil até R\$ 200 mil.
- Resoluções regulamentadoras. Nesse aspecto, a portaria SVS/MS nº 802, de 8 de outubro de 1998, criou um sistema de controle e fiscalização em toda a cadeia de produtos farmacêuticos, incluindo as etapas de produção, distribuição, transporte e dispensação; e determinou, entre outras coisas: o código de barras para identificação dos produtos; o selo com tinta reativa onde cons-

te, sob uma camada removível, a logomarca da empresa; o lacre de segurança nas embalagens secundárias, etc.

Assim, verifica-se que medidas para o controlar a falsificação de remédios não faltam. A legislação é muito séria e complexa. Mas colocá-la em prática é o que está faltando nesse setor. A indústria farmacêutica tem um peso considerável na economia e a sua importância deve ser analisada também pela visão do consumidor, que quando está doente, às vezes deixa de comer para comprar remédios, que têm, muitas vezes, preços elevadíssimos. Pode-se citar como exemplo os remédios para controlar a pressão arterial, que são de primeira necessidade para quem tem esse problema de saúde, e são, ao mesmo tempo, muito caros.

Portanto, a medida aplicada pela ANVISA é vital para o bem estar do cidadão. O falsificador de remédios deveria ser punido com mais rigor do que nas demais situações de contrafação, pois colocar em risco a vida de uma pessoa é um crime mais sério. A situação de falsificação de remédios é “diferente” do caso do vendedor de CD pirata, porque esse oferece risco ao aparelho de som e ao bolso do consumidor, mas não à vida³⁹.

Análise final

A partir do estudo realizado, fica evidente a necessidade de conscientização de que o problema da pirataria, falsificação, descaminho e sonegação fiscal é maior de que se imagina. Ações no combate à pirataria devem partir de todos os setores. Ao governo cabem medidas de repressão em conjunto, unindo a polícia federal, polícia estadual e guarda municipal, além de campanhas educativas orientando a população sobre o problema. Ao governo também compete uma reformulação das questões tributárias, que afetam duas pontas importantes nesse combate: o consumidor e as empresas. O custo de produção para as empresas, no que diz respeito à matéria prima, não é tão elevado quanto os aspectos tributários. E quando este produto chega ao consumidor, a quantidade de impostos nele embutidos joga os preços a valores fora da realidade para as classes sociais menos favorecidos.

Os impostos do governo atingem também a classe trabalhadora que fica esmagada com a quantidade de tributos que lhe é repassado, e, quando se depara

³⁹ Não se trata de dizer que nesses outros casos a pirataria é admissível, e sim de ressaltar que, no que concerne à saúde e preservação da vida, o crime da falsificação ou da adulteração torna-se ainda mais grave.

com um produto que deseja consumir, avalia o que lhe é conveniente apenas pela ótica do preço e não pelo aspecto legal da compra. As empresas devem visar adequações dos produtos à realidade brasileira, criando alternativas para o consumo do público de baixa renda, que representa uma parcela considerável da população, e que recorre freqüentemente, à compra de produtos pirateados.

A segmentação é um grande diferencial utilizado pelo marketing para atingir o consumidor. As estratégias de marketing associadas a essa ferramenta contribuem para gerar status associado a uma determinada classe de produtos, posicionando ou criando diferenciação entre os produtos apresentados no mercado. O desejo de consumo do produto pirata está ligado, na maioria das vezes, ao status que esses apelos de marketing proporcionam ao produto legal. Quando se desperta no consumidor o desejo por um produto ou marca veiculados pela mídia, cujo preço é inacessível, isso contribui para o sucesso das falsificações.

As empresas atualmente não podem esquecer que existe a pirataria e que esta afeta diretamente os resultados esperados, e, estando no mercado brasileiro, não podem também desprezar a realidade imposta pela dicotomia dos padrões vivido no Brasil. As empresas devem continuar investindo em seus produtos, criando valores para as suas marcas, porém devem olhar a realidade da falsificação pela ótica da responsabilidade social

A responsabilidade social é um grande instrumento de marketing para as empresas, e de forma bem utilizada pode tornar uma corporação diferente diante dos olhos do consumidor. Campanhas institucionais com os funcionários, por exemplo, mostrando a dificuldade no combate à falsificação de seus produtos, tornaria o próprio funcionário um propagador do problema aos seus amigos, gerando conscientização.

É importante divulgar que o problema afeta a todos. Se a empresa deixar de produzir, o país perde e a sociedade também, incluindo o próprio funcionário, pois está colaborando para o fim da empresa e o seu desemprego no futuro. As empresas também podem colaborar com campanhas transformadoras, baseadas na responsabilidade social, ajudando a construir uma sociedade mais igualitária. Assim, investir em campanhas educativas nas escolas, em parceria com o poder público, desenvolveria na educação uma cultura de consciência do problema, mudando em longo prazo o hábito da população, bem como oferecendo uma maior chance de inserção social.

Existe a campanha do Dia “D” de combate ao mosquito da dengue; a da vacinação para os idosos; a da vacinação contra a paralisia infantil, entre outras. A criação de um personagem no combate à pirataria auxiliaria nessa

difícil missão de reeducar a população sobre um problema que afeta a todos. Fica uma sugestão, na conclusão desse trabalho, que seria criar a campanha “Zé Legal”, com apoio num personagem que tivesse empatia com o público. A campanha deveria ser intensificada principalmente quando o comércio tem demanda mais elevada, como o Dia das mães, dos pais, das crianças, dos namorados, Natal, Páscoa, etc.

A discussão do problema na CPI da Pirataria foi importante para mensurar o quanto à questão da pirataria afeta a economia nacional. Em breve a comercialização de produtos falsificados deve deixar de ser apenas um problema de governo e empresa e se tornar um problema dividido com o cidadão, sem distinção de classe social.

Bibliografia

ARRUDA, Maria C. Coutinho, ETCO Revista. Agosto de 2004 pp 33-35

BUENO, Francisco da Silveira. Minidicionário Da Língua Portuguesa, S.Paulo:FTD 1996/pg.507.

BUENO, Francisco da Silveira. Minidicionário Da Língua Portuguesa, S.Paulo:FTD 1996/pg.286.

CORREA, Cristiane. Junior, Sérgio Teixeira Revista Exame, Por que A pirataria pode Acabar com o Seu Negócio, 29 de Outubro de 2004. pp 42-51

CHRISTOVÃO, Daniela, Propriedade Industrial, Jornal Valor Econômico, ano 2, n.º377, 30/10/2001

QUINTAL, Josias . BRASIL. *Congresso*. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito da Pirataria. CPI: *Relatório* – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2004. 342p.:il. – (Série de Ação Parlamentar: n.271). pgs.190-198

KOTLER, Philip. Princípios de Marketing, Ed. LTD RJ, 7º Ed., 1998, pg. 11-31

ETCO – Revista – S.Paulo, Os desafios do Brasil Paralelo no Século 21 - Agosto de 2004 pp 8-13

ETCO – Revista – S.Paulo, A luta Contra A concorrência Predatória – Agosto de 2004 pp 18-23

Fecomércio Rio de Janeiro – A invasão Pirata –Novembro pp 3-4

KAPAZ, Emerson ETCO, Revista – S.Paulo, Agosto de 2004 pp 4-7

Marketing, *Revista* – S.Paulo , Mercado Negro Julho de 2002–pp 20 - 25

Marketing, Projetos –*Caderno Especial* - Jornal O Globo, 12/09/2002

O Globo, Jornal – Contra-ataque à Pirataria – 20/09/2004.

SUKMAN, H. Lições do Empresário Djavan, Jornal O Globo Agosto de 2004.

VASCONCELOS, Nelson. Paraguai S/A. Jornal O Globo, 09/09/2004.

VASCONCELOS, Nelson. O caso ODD. Jornal O Globo, 14/09/2004.

VASCONCELOS, Nelson. Os Soldados Piratas Jornal O Globo, 23/09/2004.

VASCONCELOS, Nelson. Vacilos da Lei Jornal O Globo, 07/10/2004.

VASCONCELOS, Nelson. Vacilos da Lei 2 Jornal O Globo 14/10/2004.

VIANA, C; BLANCO, P; VIANA, M. A ética bem vivida dá lucro, revista ETCO, Agosto de 2004.

Referências eletrônicas

ASMAR, Thiago Isto É, Prêt-à-Porter – Disponível em:

<http://www.terra.com.br/istoe/1798/cientecia/1798_pret_a_porter.htm> acesso em 08/10/2004

AZEVEDO, Natalia. Isto É, Camelô Digital – Disponível em:

<http://www.terra.com.br/istoe/1699/economia/1699_camelos_cap.htm> acesso em 08/10/2004

BAMOSSY, Gary; SCAMON, Debra L. Product Counterfeiting: Consumer and Manufacturers Beware. *Advances in Consumer research*. Vol. 12, I ss.1, 1985. pp.334-339

Disponível em:

<http://www.pucmmsti.edu.do/cladea/papers/pdf/track1/t1_15.pdf> acesso em 25 de agosto de 2004

Folha Online <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u89624.shtml>> acesso em 04/11/2004.

Folha Online <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u89621.shtml>>.acesso em 04/11/2004

Folha On-line <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u>

[82656.shtml](#)>. Acesso em 04/11/04.

Folha On-line: Leis <www.1folha.uol.com.br/folha/sinapse/ult.1063u299.shtml> . acesso em 04/11/04

Leis em www.dgp.com.br/leis/leisdraut.htm. acesso em 04/11/04

www.nitsite.com.br/ccf/killers/lobão.htm . acesso em 02/12/04

REZENDE, P. A., Sobre o Uso do Termo “*hacker*” Disponível em:

<<http://www.cici.unb.br/docentes/pedtro/trabs/hackers.htm>>. Acesso em 12/09/2004.

RODRIGUES, Lino. Pirataria S^a Isto É.

Disponível em: <<http://www.terra.com.br/istoé>> acesso em 26 de Agosto de 2004

O CONTROLE DA COLUSÃO HORIZONTAL NO MERCADO DE COMBUSTÍVEIS

Luiza Saito Sampaio

Introdução

Os cartéis representam hoje, em termos de conduta, o foco das atenções no direito concorrencial brasileiro. Isso se deve à elevada danosidade que a colusão horizontal tende a causar ao mercado, seja pelo abuso do consumidor que perderá sua prerrogativa de escolha no que tange, conforme o caso, os preços ou a qualidade do produto final, seja pela eliminação de concorrentes que não aderem ao ajuste colusivo, muitas vezes em decorrência de custos diversos ao do conjunto de concorrentes que se organizam sob a forma de um cartel, ou ainda, seja por impedir a concorrência potencial ou a entrada de novos concorrentes num determinado mercado, o que se dá com a elevação de barreiras à entrada. Assim sendo, fica claro o objetivo predatório da conduta e sua tendência a lesionar o mercado, o que justifica a necessidade e adequação da tutela antitruste.

Com o intuito de empreender uma análise desse tema, buscar-se-á, inicialmente, ainda que de forma bastante breve, abordar a política de concorrência no Brasil, para identificar o controle de condutas no cenário legislativo. A seguir, explicitar-se-á a importância de um controle concorrencial de condutas, para se passar ao tratamento da colusão horizontal em si, destacando sua definição, caracterização, formas de manifestação e justificativas possíveis para sua aceitação.

Após essa análise inicial, tratar-se-á do ponto central dessa monografia, qual seja, a defesa da concorrência no mercado de combustíveis no Brasil, cuidando-se desse último, numa perspectiva histórica, de sua formação e desregulamentação, e numa perspectiva bastante atual, da formação de preços hoje e de sua fiscalização pela Agência Nacional do Petróleo – ANP. Em seguida, tendo em vista tratar-se o mercado de combustíveis de um mercado regulado, traçar-se-á um paralelo entre regulação e defesa da concorrência, abordando-se importantes aspectos como a regulação da colusão e a teoria dos jogos, explicativa do comportamento oligopolístico dos agentes no mercado, a participação da ANP na instauração de processos administrativos e na prestação de informações, e os principais pontos da cartilha conjunta da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ e da ANP sobre a questão dos cartéis.

Finalmente, para garantir um tratamento o mais completo possível, dedicar-se-á um capítulo à experiência brasileira no controle de cartéis, abordando-se a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e as inovações implantadas no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC nesse sentido.

1. A Política de Concorrência no Brasil

O panorama da política de concorrência nacional envolve a proteção de interesses difusos, privados, públicos e políticos, cada um com legislação própria. Assim, há a Lei n.º 8.884/94, Lei Antitruste, de natureza paralela ao artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que trata dos interesses difusos ou metaindividuais de livre concorrência e de tutela ao consumidor e ao meio ambiente, entre outros princípios constitucionais. Tal lei contém a regra da responsabilidade objetiva, ou seja, independente de culpa, havendo punição dos agentes, cujos atos tenham por objeto limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercados relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros e/ou exercer de forma abusiva posição dominante, ainda que não se alcance o fim explicitado. A Lei Antitruste reflete, de um lado, o controle de estruturas de mercado e, de outro, o controle de condutas ou comportamentos dos agentes no mercado, interessando esse último mais de perto ao exame do tema proposto nesse trabalho.

Há que se mencionar também a Lei n.º 8.137/90, que trata dos crimes contra a ordem econômica e tributária, sendo, portanto, de interesse público, e a Lei n.º 9.279/96, Lei de Propriedade Industrial, cujo artigo 195 tipifica a concorrência desleal e a proteção dos concorrentes no mercado, sendo de interesse privado. Nesse ponto, interessa mencionar a distinção feita pela doutrina francesa¹ entre concorrência desleal e concorrência ilegal. A primeira seria espécie do gênero que é a segunda, restringindo-se, como ocorre em nossa legislação, a atos contrários aos usos honestos no comércio, como aqueles que criam confusões entre estabelecimentos comerciais, produtos,

¹ Interessante citar o entendimento do Professor Bernard Dutoit em relação à fundamentação da repressão aos comportamentos ensejadores de concorrência desleal: “*S’il n’est pas interdit de songer à cet égard à la théorie générale de la responsabilité civile ou à l’enrichissement illicite, les rapporteurs ont envisagé la question principalement sous l’angle de la concurrence déloyale, c’est-à-dire du point de vue d’abus du droit de libre concurrence ou de l’usage excessif de la liberté du commerce.*”, in *La Concurrence Parasitaire en droit comparé*, p. 154

serviços ou marcas, causando desvio de clientela ou aqueles que atentam contra a moralidade no mercado. A Lei n.º 9.279/96, que de maneira muito simples e direta pode ser apontada como a lei de defesa dos concorrentes no mercado, em oposição à Lei n.º 8.884/94, que é a lei de defesa da concorrência, possui natureza mista, de responsabilidade em âmbito penal e civil.

Compõe, ainda, o panorama da política de concorrência a defesa comercial, referente à concorrência internacional. Nesse sentido, existem protocolos da Organização Mundial do Comércio - OMC, que foram internalizados na década de 90, para a inibição da prática de *dumping*, subsídios e outras medidas de salvaguarda, visando a proteção do mercado brasileiro.

Finalmente, completa o quadro legislativo da política de concorrência nacional as Comissões Parlamentares de Inquérito - CPI, de interesse político, previstas no artigo 58, parágrafo 3º, Constituição Federal de 1988, que trata de fatos determinados relativos à Administração. Como exemplo em âmbito concorrencial, pode-se citar a CPI dos medicamentos que tratou do cartel dos laboratórios.

1.1. A importância do controle concorrencial de condutas

Inicialmente, cabe observar que os dois requisitos mínimos do direito concorrencial são a garantia da liberdade de escolha do consumidor e a máxima precisão possível das informações transmitidas no mercado. A fim de atender a esses requisitos, deve o direito concorrencial ter por conteúdo central justamente a regulamentação do poder econômico, entendido como o exercício de influência sobre o mercado. No entanto, o direito concorrencial não se restringe à regulação do poder econômico no mercado, sendo necessária também a garantia de que as forças de mercado concorram lealmente².

²Neste sentido, interessante observar, sob uma perspectiva comparativa, a evolução da legislação antitruste norte-americana e a alemã. O *Sherman Act* trazia como preocupação central o poder econômico e político dos monopolistas sobre os consumidores, inexistindo, assim, inicialmente maior atenção à proteção do concorrente contra práticas desleais de outro concorrente. Somente após a edição do *Clayton Act* e do *Federal Trade Commission Act* nasceu o consenso entre os economistas de que práticas destrutivas e desleais são o maior obstáculo para a entrada de novos concorrentes no mercado. Disso decorreu, aliás, a definição de certas práticas desleais como ilícitas per se, a fim de impedir a monopolização (Teoria da Incipiência). A evolução legislativa alemã, por sua vez, se deu em sentido contrário: da proteção da lealdade da competição à proteção da liberdade de competir. Vide, para uma análise mais detalhada, SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 58 e ss.

Interessante notar que, muitas vezes, pode haver alguma tensão entre as regras que regulam a liberdade de competir e aquelas que tratam da lealdade da competição. A busca da solução, no caso concreto, deverá levar em consideração a real pluralidade de interesses envolvidos, quais sejam, os dos consumidores e os dos concorrentes.

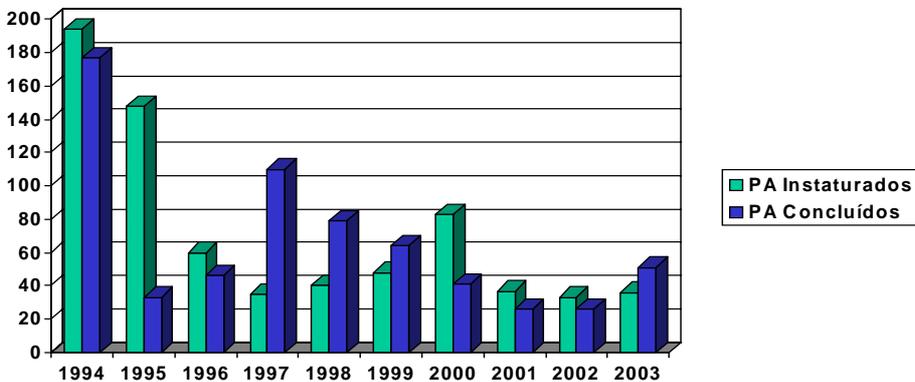
Há três hipóteses de ilícito concorrencial: atos tendentes à dominação de mercado, abuso de posição dominante e concorrência desleal. Esta última hipótese não pode ser justificada por qualquer regra da razão³, uma vez que a ilicitude é verificada independentemente da posição do agente no mercado. O ilícito por excelência do direito antitruste corresponde ao grupo dos atos tendentes à dominação do mercado, pois o foco principal à garantia da existência da concorrência é justamente o que se ocupa da concentração e cooperação econômica e das condutas ilícitas. Havendo um controle suficiente de estruturas e de condutas, estaria, teoricamente, afastada a possibilidade de abuso de posição dominante. Já a preocupação com a proteção dos concorrentes, logicamente, surge num momento posterior à existência da própria concorrência. Assim, ainda que a concorrência leal seja fundamental indiretamente à garantia da própria concorrência, a preocupação com a lealdade deve ser posterior.

Conforme visto acima, o sistema de proteção contra a concorrência desleal não se esgota na Lei Antitruste, havendo previsão de crime no artigo 195 da Lei de Propriedade Industrial, sendo o fundamento de tal tipo de ilícito a proteção da existência de competição. Cabe, ainda nesse sentido, frisar que a importância da preservação de padrões mínimos de comportamento leal reside na garantia de transmissão de informações verdadeiras ao consumidor sobre preço e qualidade do produto, evitando o desencadeamento de um processo autofágico de disputa no mercado que poderia levar à formação de monopólios e oligopólios.

³ Nesse ponto, faz-se necessário explicitar que a chamada regra da razão, em oposição ao tratamento per se, é aquela que considera possíveis justificativas e a existência de poder no mercado, conferindo maior flexibilidade no tratamento de cartéis e gerando incerteza sobre a ilicitude de práticas anticompetitivas horizontais. Vale ressaltar que a tanto a regra da razão, quanto o tratamento per se, surgiram jurisprudencialmente no direito antitruste norte-americano e que, portanto, devem ser utilizadas com cautela em nosso direito. O tratamento per se foi discutido no caso *Socony Vacuum*, na década de 40, já a regra da razão foi posteriormente tratada no famoso caso *NCAA*, acerca da transmissão de jogo de basquete, em 1984.

Feitas essas observações iniciais a respeito do âmbito de preocupação da norma antitruste, cabe justificar a importância sistemática, recentemente reconhecida pela doutrina⁴ e autoridades antitrustes⁵, do controle de condutas. Nesse sentido, observando o Gráfico I, abaixo, que mostra a evolução do número de processos administrativos instaurados e concluídos por ano, de 1994 a 2003, infere-se que o alto número de processos instaurados no primeiro ano em relação ao último ano reflete uma verdadeira falta de filtro na análise de condutas, que resultou em claro desperdício de recursos e de energia no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC. Mais experiente e criteriosa, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ passou a implementar também o procedimento administrativo e a averiguação preliminar, reduzindo o congestionamento de processos administrativos instaurados.

Gráfico I - A Evolução dos Números relacionados a Processos Administrativos (PA) Instaurados e Concluídos no período de 1994 a 2003



Cumprе mencionar que a própria formulação legal brasileira no tocante à matéria de condutas se traduz através de formulações gerais, presentes no artigo 20 da Lei n.º 8884/94, cuja concretização vem no dispositivo seguinte⁶. Além

⁴ Infelizmente, pouco numerosos são os trabalhos acadêmicos acerca do tema dos comportamentos anticoncorrenciais.

⁵ O crescente número de investigações de cartéis por parte da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ é um reflexo claro dessa tendência, como será visto mais adiante, no item 4.

⁶ Assim, o Artigo 20 da Lei Antitruste aponta como infrações à ordem econômica os atos que tenham por objeto ou possam ter por efeito limitar, falsear ou de qualquer

disso, a própria eficácia do sistema antitruste depende da aplicação simultânea dos subsistemas de controle estrutural e comportamental, já que há verdadeira simbiose, na prática, entre as regras estruturais e as regras de conduta.

Contudo, não é somente pela maior atenção que lhe foi conferida pelas autoridades antitruste e pela importância para a eficácia do sistema concorrencial que o controle de condutas faz-se imprescindível. Face ao surgimento de novas estruturas empresariais, influenciadas pelo processo de terceirização, que resulta na prevalência do controle externo sobre o interno, resta abandonada a técnica de participação societária e emerge o contrato como instrumento de controle⁷. Surgem, assim, holdings puras, em que não há participação no capital das sociedades controladas, cuja estrutura, no mais, não é facilmente controlável através da disciplina de estruturas. O controle possível a uma tal situação, portanto, só pode ser o de comportamentos. Além da situação de controle contratual, outra hipótese na qual não se deve cogitar da aplicação de regras estruturais diz respeito às situações do controle de fato. Ou seja, há ainda a possibilidade de o poder de comando se originar da intensa dependência resultante de contratos, por exemplo, de fornecimento ou de prestação de serviços⁸.

O controle de condutas revela-se, ainda, importante para evitar um controle estrutural excessivamente rigoroso que, punindo estruturas não necessariamente danosas à concorrência, acabe por limitar desnecessariamente a li-

forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa (inciso I), dominar mercado relevante de bens ou serviços (inciso II), aumentar arbitrariamente os lucros (inciso III) ou exercer de forma abusiva a posição dominante (inciso IV). O artigo 21, por sua vez, traz um rol exemplificativo de condutas que, configurando uma das quatro hipóteses indicadas no artigo anterior, apresentam-se como infrações à ordem econômica. Destaque-se as condutas que serviriam para tipificar um cartel, quais sejam, as dos incisos I, II, III e VIII do artigo 21: fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições de venda de bens ou de prestação de serviços; obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; e combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa.

⁷ Vide COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. Rio de Janeiro: Forense, 1983, para análise detalhada dos conceitos de controle interno e externo.

⁸ Nesse sentido, Calixto Salomão Filho propôs a formulação de uma teoria jurídica dos cartéis, em que expressa a preocupação com a análise das relações contratuais de fato para a identificação de acordos tácitos que tenham objeto e efeitos potencialmente lesivos à concorrência. Esse tema será aprofundado no item 2.3.2, abaixo.

vre iniciativa empresarial. Dessa forma, o controle de comportamentos torna-se cada vez mais útil na análise de concentrações em que haja a formação de uma estrutura potencialmente lesiva à concorrência, mas que também possa reverter em eventuais benefícios aos consumidores, pois possibilita que não se proíba pura e simplesmente a operação. Isso sem excluir, porém, um controle comportamental através da instituição de compromissos de desempenho.

Retomando a referida noção de relação simbiótica entre as regras estruturais e comportamentais, vale notar que especialmente em relação aos cartéis, que interessam mais de perto aos objetivos do presente trabalho, há dificuldade em se determinar se o seu tratamento mais adequado se dá em sede de controle das estruturas ou dos comportamentos⁹.

Por fim, deve-se registrar as teorias mais recentes sobre o controle dos comportamentos no pensamento econômico, como que para comprovar e enfatizar a importância da matéria no moderno pensamento antitruste. Neste sentido, superando as teorias tradicionais da Escola de Chicago e da Escola de Harvard, ambas circunscritas ao campo da organização industrial, surgiram a teoria dos mercados contestáveis¹⁰, a teoria dos jogos¹¹ e a teoria dos custos de transação¹².

2. A colusão horizontal

Já se apontou acima uma crescente preocupação com o controle de condutas anticoncorrenciais no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, no entanto, vale dedicar um estudo mais aprofundado acerca dos cartéis, seja pelo perigo de sua lesividade à ordem econômica, seja mesmo porque representam hoje em dia o centro das preocupações e verdadeiro foco

⁹ Como se verá, *infra*, o controle realizado no SBDC para apuração de cartéis é de condutas, mas a análise das estruturas é imprescindível. Aliás, a preocupação com estruturas é ainda mais forte no caso de mercados regulados como o de combustíveis.

¹⁰ Tal teoria propõe uma visão dinâmica das estruturas do mercado, pois este é considerado não como é, mas como pode ser em função da concorrência potencial existente. Assim, o mercado seria contestável porque existem empresas que nele podem entrar e contestar a prevalência daquelas que já se encontram no mercado. Esta possibilidade determina o comportamento das empresas que estão no mercado e, também, a estrutura deste. Interessa notar que o raciocínio da teoria dos mercados contestáveis está intrinsecamente ligado ao conceito de barreiras à entrada no mercado.

¹¹ Sobre a temática da Teoria dos Jogos discorrer-se-á no item 3.2.2, abaixo.

¹² Interessante registrar que esta teoria é precursora de importantes desenvolvimentos como a teoria dos comportamentos estratégicos e da racionalidade ilimitada.

no controle de condutas nos órgãos antitrustes nacionais. Evidência disso é haver, atualmente, aproximadamente 240 investigações de cartéis na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ.

Assim, procurar-se-á expor a seguir a noção geral, a caracterização, as formas de manifestação e as situações em que excepcionalmente fica justificada a colusão horizontal. Tal estudo permitirá compreender a real dimensão da lesividade dos cartéis.

2.1. Definição

A noção de colusão horizontal ou cartel corresponde a qualquer tipo de acordo, expresso ou tácito, firmado entre concorrentes acerca das principais variáveis concorrenciais, ou seja, preço, quantidade, qualidade e mercado. Tendo-se em vista as noções básicas de microeconomia, deve-se reconhecer que os acordos sobre preços e quantidade se equivalem, por serem reciprocamente determinantes. No que tange à qualidade, cabe notar que acordos tecnológicos estão incluídos no controle das estruturas e, portanto, apenas o acordo para repartição de tecnologia e criação de produtos de qualidades diversas, como maneira indireta de repartição de mercado, encaixam-se nos acordos de colusão horizontal.

Em relação à racionalidade econômica subjacente à prática, sob a ótica do empresário, pode-se apontar o aumento de preços e lucros, a diminuição da oferta e da pressão concorrencial (custos e riscos). Sob a ótica do Estado, há a transferência de renda do consumidor ao fornecedor¹³, a exclusão de parte da população do mercado de consumo e a ineficiência alocativa, a qual se traduz em diminuição dos empregos, da renda e do crescimento econômico.

¹³ De acordo com o artigo de Claudio M. Considera, ex-Secretário da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda - SEAE/MF, publicado no jornal Folha de São Paulo de 31/05/2002: “O Comitê de Concorrência da OECD realizou uma enquete entre seus membros sobre casos de cartéis investigados entre 1996 e 2000, numa tentativa de conhecer melhor o dano deles decorrentes. Os países que responderam reportaram 119 casos, em muitos dos quais foi impossível medir os danos. Foi possível, entretanto, verificar que os dezesseis maiores cartéis do mundo possibilitaram a transferência de US\$ 55 bilhões dos consumidores de terceiro mundo aos fornecedores de primeiro mundo. Concluiu-se, também, que a margem de lucro dos cartéis varia significativamente, e em alguns deles pode chegar a 50%, tornando claro que a magnitude do dano dos cartéis é de muitos bilhões de dólares anuais.”

2.2. Caracterização

O cartel age como se monopólio fosse e, assim, gera uma redução do bem-estar total da economia (*deadweight loss*). Para melhor compreender a dimensão dessa perda de bem-estar total da economia (ineficiência), faz-se necessária uma rápida análise da maximização de lucros na situação de monopólio, comparativamente à situação de concorrência perfeita.

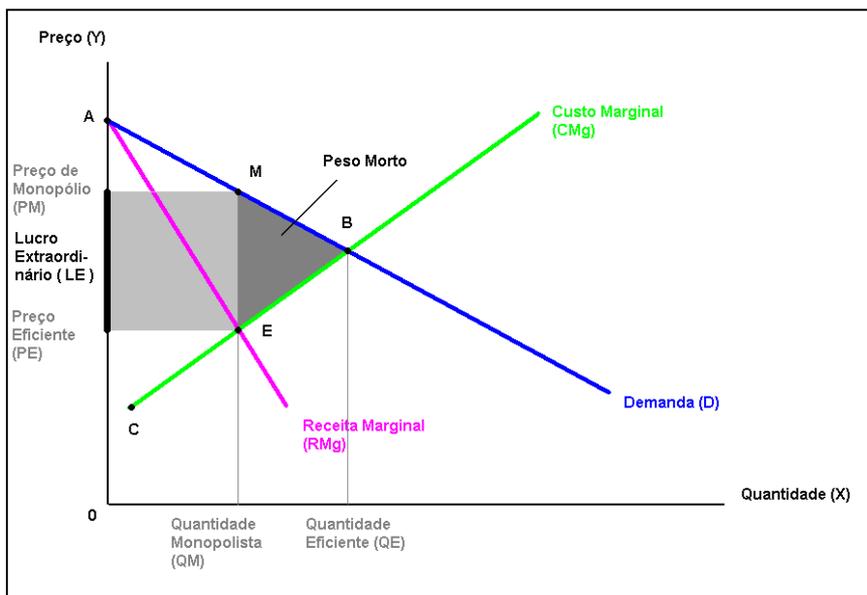
Os efeitos primários do monopólio, quando comparados com a concorrência perfeita, são produção reduzida, preços mais altos, e transferência de renda de consumidores para produtores. Em suma, se um ramo de mercado se tornasse monopolizado e todas as curvas de custos permanecessem as mesmas, o preço subiria (de P_e para P_m no Gráfico II) e a quantidade produzida declinaria (de Q_e para Q_m). A transferência de renda dos consumidores para produtores reflete-se pelos lucros maiores para o monopolista, representados pela área retangular $P_m P_e M E$, assinalada no Gráfico II. O lucro obtido pelo monopolista (LE) corresponde à diferença entre P_m e P_e .

Além disso, a fixação de preços monopolísticos leva a uma perda de riqueza não compensada por nenhum ganho, ilustrada pela área triangular EMB , que representa a perda em valor para aqueles consumidores que ao preço competitivo (P_e) comprariam o produto, mas que ao preço monopolístico (P_m) migrariam para substitutos de qualidade inferior. O fato de que o preço cobrado pelo monopolista excede o custo marginal nesta área indica que o valor do produto para os consumidores que não mais o compram excede o custo social de produzi-lo. Essa perda para alguns consumidores não é recuperada pelo monopolista, uma vez que este não obtém nenhuma receita com algo que não produz.

Assim, a sociedade fica mais pobre em geral, já que os recursos na economia poderiam estar sendo alocados mais produtivamente no ramo que restringe a produção, mais ainda que no ramo que produz bens substitutos de qualidade inferior, nos quais eles são usados de fato¹⁴.

¹⁴ Porém, cabe ressaltar que o monopólio não é condenado universalmente, podendo, de acordo com algumas teorias, gerar lucros que encorajariam inovação ou podendo ser inevitável e resultar numa redução de preço e num aumento de produção em consequência de economias de escala. Além disso, poderia prover uma variedade de produtos que os consumidores desejam e que a concorrência perfeita não conseguiria gerar.

Gráfico II - Representação da ineficiência produtiva e alocativa no modelo de monopólio



Entre os fatores que facilitam a formação de cartéis, destacam-se, de um lado, determinadas situações de mercado e, de outro, a existência de setores estruturalmente mais propensos. Nesse sentido, pode-se apontar como principais fatores da cartelização: (i) a baixa elasticidade da demanda, o que significa que o consumidor reage pouco em relação a uma variação dos preços, (ii) o número baixo de fornecedores, que facilita a coordenação e fiscalização dos agentes entre si, (iii) a alta concentração no mercado, já que os membros do cartel devem possuir *market share* suficiente para sustentar suas decisões, (iv) altas barreiras à entrada no mercado, as quais garantem a estabilidade do cartel por impossibilitar que novo(s) concorrente(s) se aproprie(m) da parcela perdida do mercado, (v) a capacidade de punição dos membros que descumprirem os acordos, que se apresenta muito mais como uma condição de sucesso para o cartel, (vi) o produto ser homogêneo, como no caso de *commodities* e a tecnologia ser madura, o que significa que investimentos em pesquisa e desenvolvimento não gerarão maiores diferenciações no produto, (vii) a similaridade nas condições de produção, pois se as estruturas de custos não foram semelhantes, não se chegará a um acordo quanto ao preço a ser praticado, (viii) o crescimento da demanda ser estável e previsível, e (ix) a

facilidade de discriminação de consumidores e contratos, como por exemplo numa situação de licitação pública.

A análise do comportamento oligopolístico é importante para a investigação de cartéis, uma vez que são exatamente os mercados oligopolizados os mais suscetíveis à formação de cartéis. Tal se explica, aplicando-se a Teoria dos Jogos¹⁵, pela tomada de decisões interligadas como decorrência da repetição de um mesmo jogo entre os *players* no mercado. Pode-se apontar os seguintes tipos de comportamento no mercado: o acordo expresso entre concorrentes para redução da quantidade a ser produzida, o acordo tácito que se dá por meio de comunicações informais e comportamentos repetidos, e a restrição da oferta como resultado de estratégias racionais absolutamente isoladas (modelo de Cournot). Porém, a identificação do comportamento isoladamente não prova a existência do cartel sendo necessários elementos adicionais a sua caracterização, como a estrutura oligopolística, o anúncio antecipado de preços, o histórico de acordo de preços e a prova da troca de informações entre os concorrentes. Tal entendimento que acrescenta ao comportamento dos agentes outros fatores necessários à identificação do cartel é conhecido como “Paralelismo Plus” e encontra crescente aceitação na doutrina e jurisprudência.

2.3. Formas de Manifestação

Como no direito brasileiro não há tratamento das condutas como ilícitos per se¹⁶, analisar-se-á, a seguir, as condutas e as condições estruturais necessárias à produção de efeitos da colusão horizontal.

As condutas colusivas previstas na lei brasileira se referem, de um lado, a acordos expressos (fixação de preços ou condições de venda uniformes) e, de outro, a acordos tácitos (quando há a prática de preços ou condições de venda uniformes). Tal decorre da própria leitura do artigo 21, I, da Lei n.º 8884/94.

2.3.1. Acordos expressos

Os acordos expressos caracterizam-se por sua relativa estabilidade. A durabilidade do acordo, que se constitui em idéia essencial à preocupação

¹⁵ Vide nota 11, *supra*.

¹⁶ Tal decorre da correlação necessária que a lei antitruste pátria faz entre as condutas descritas no artigo 21 e os efeitos do artigo 20.

concorrencial, atesta a importância do vínculo entre empresas por provar a existência de convergência expressa de vontades. No entanto, como tem ocorrido muitas vezes na investigação de cartéis, a preocupação excessiva com a busca da prova do acordo tem enfraquecido a própria disciplina dos cartéis, por enfatizar uma definição formal em detrimento de uma mais sistemática¹⁷. Disso, levado a um extremo, decorre inevitavelmente a limitação das investigações a situações em que haja acordos expressos e formalizados.

Neste momento, vale enfatizar a referida simbiose entre controle estrutural e comportamental, pois, para que o acordo seja relevante para o direito concorrencial, é necessária a potencialidade de efeitos ulteriores. Assim, não basta a qualificação pelo efeito contido no acordo (objeto), que consubstancia as intenções dos agentes, mas é imprescindível que haja adicionalmente a possibilidade efetiva de obtenção dos efeitos desejados, e tal potencialidade é constatada através da análise das condições estruturais de mercado.

Há, no entanto, situações em que, apesar da inexistência de elementos estruturais que garantam a dominação do mercado, o risco desta é razoável. Tal ocorre exatamente quando o acordo caracteriza-se pela estabilidade, verificada principalmente no comportamento paralelo intencional, e pelo conteúdo que torne previsível a política empresarial dos agentes envolvidos. Essa constatação deve, contudo, ser entendida com cautela, pois levada aos extremos conduz à conclusão simplista de que bastaria o acordo expresso puro ou a estrutura oligopolista e o comportamento paralelo intencional para caracterizar o ilícito.

2.3.2 Acordos tácitos

A doutrina¹⁸ defende a aplicação das relações contratuais de fato e os critérios para identificação das sociedades de fato à formação de cartéis, já que estão presentes a continuidade e a habitualidade da conduta, a conjunção de objetivos e a repartição de proventos, ainda que de forma indireta. Vale ressaltar que são fundamentais para a identificação das relações contratuais de fato, em matéria concorrencial, o paralelismo de comportamentos e o dado estrutural.

¹⁷ A Medida Provisória n.º 2055/2000, que ampliou os poderes investigatórios da SDE/MJ, atesta tal fato. Verificar-se-á, abaixo, mais detalhadamente a questão da prova do cartel nos itens 3.2.4 e 4.1.

¹⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 272.

Em relação ao paralelismo comportamental, cabe a ressalva de que nem toda prática de preços semelhantes visa a restrição da concorrência. A movimentação comum só pode ser considerada como indício suficiente de acordo tácito quando ela for persistente num único sentido, qual seja, o de aumento de preços que seja injustificado por mudanças nos custos dos participantes. Esta é a típica situação que não se compatibiliza com a competição e se explica pela noção de jogo cooperativo de duração indeterminada. Vale, ainda, mencionar que o paralelismo de preços depende de um sistema de informações que permita a cada concorrente saber qual será o comportamento do outro, sendo a cooperação instável e a reação imediata mero indício inicial de uma troca de informações. As críticas, feitas pela Escola de Chicago, aos pensadores estruturalistas que defendem que o comportamento paralelo seja a regra, são as imprecisões das informações transmitidas e o fato de a reação dos oligopolistas nem sempre ser imediata. Outra questão relevante e pacificada hoje em estudos econômicos é a demonstração de que o objetivo colusivo não é descaracterizado por períodos de guerras ocasionais de preços, comuns em épocas de depressão econômica ou de aumento da atividade econômica.

No que tange aos requisitos estruturais, cumpre citar a existência de oligopólio¹⁹, que implica a realização do comportamento paralelo intencional, e a efetiva existência de poder no mercado ou de ameaça de dominação pela estrutura resultante. Outro comportamento típico oligopolista é a manutenção de participações estáveis no mercado, que, aliás, resulta da diferenciação entre produtos (decorrência do desaparecimento da competição de preços). Quanto à efetiva existência de poder no mercado, cabe registrar ser necessária a uma alta participação no mercado, adicionalmente, a verificação de altas barreiras à entrada de novos concorrentes. Isso porque o sucesso da estratégia de cartelização depende, inevitavelmente, da não-entrada de novos concorrentes diante de um aumento de preços por parte do grupo acusado de colusão. A percepção da importância da análise das barreiras à entrada no mercado reflete uma concepção dinâmica das estruturas, o que está em perfeita consonância com a teoria dos mercados contestáveis mencionada acima²⁰.

¹⁹ Cabe ressaltar que, de acordo com Sérgio Varella Bruna *in* O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, não há necessidade de que haja poucos competidores para viabilizar a formação de um cartel, sendo possível na presença de muitos competidores, por meio da divulgação de tabelas de preços obrigatórios. Por outro lado, dúvida não resta de que é exponencialmente mais fácil a cartelização em mercados oligopolizados.

²⁰ Vide nota 10, *supra*. Interessante, ainda, definir o mercado perfeitamente contestável

2.4. *Justificativas possíveis para a colusão horizontal*

Finalmente, é imprescindível a uma abordagem completa da colusão horizontal que se aponte as suas possíveis justificativas, quais sejam, a hipótese de cartel de crise, a de acordo pró-concorrencial que visa a evitar a dispersão de preços e a de acordos para concessão de desconto em função de quantidade.

A primeira hipótese justifica-se pelo efeito pró-concorrencial do acordo sobre preços, quantidades a serem produzidas e repartição de mercados, que possibilite a superação de crises conjecturais por determinado setor. O objetivo do acordo não é, portanto, a dominação do mercado e, se contiver limites temporais de conteúdo, não há que ser considerado ilícito. Assim, o acordo permitiria a superação dos problemas decorrente da existência de vários mercados para um mesmo produto que podem inclusive, se comportar de maneira monopolista, por se encontrarem geograficamente isolados e/ou por dificuldades de acesso à informação por parte dos consumidores.

A segunda hipótese, acordo pró-concorrencial que visa evitar a dispersão de preços, é aceitável justamente quando for meio reconhecido de construção de mercado, e não de cartelização.

Em relação à terceira hipótese, por sua vez, que foi discutida inicialmente no direito alemão, deve-se ter em mente que tais acordos sobre descontos somente serão admissíveis quando essenciais à sustentação de um cartel de crise ou quando sirvam para contrabalançar desigualdades entre concorrentes.

Costuma-se, ainda, apontar o chamado cartel de exportação que seria lícito por visar garantir a competitividade em outros mercados que não o nacional.

3. A Defesa da Concorrência no Mercado de Combustíveis

Sendo o setor de combustíveis líquidos (gasolina e álcool) o que conta com maior número de investigações envolvendo cartéis, foi elaborado importante trabalho conjunto pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça - SDE/MJ e pela Agência Nacional de Petróleo - ANP²¹, a fim de orientar e escl-

como aquele em que a entrada não implica desvantagens em termos de técnica produtiva ou qualidade percebida do produto da entrante no mercado, e a saída não importa custos irre recuperáveis.

²¹ Trata-se da cartilha intitulada “A Defesa da Concorrência no Mercado de Combustíveis - ANP/SDE”, disponível no site da SDE/MJ, www.mj.gov.br/sde.

recer junto a instituições públicas atuantes na defesa do consumidor sua participação na identificação e combate daquelas condutas tendentes a entravar a concorrência, trazendo consideráveis prejuízos para o mercado e para a sociedade.

Visando uma abordagem mais abrangente do tema, tratar-se-á, a seguir, do mercado de combustíveis, numa perspectiva histórica, sem negligenciar uma visão atual, explicitando o processo de formação dos preços dos combustíveis e de sua fiscalização pela Agência Nacional do Petróleo - ANP. Em seguida, discorrer-se-á sobre a inter-relação e colaboração entre agências reguladoras e o SBDC, especificamente no que tange à questão da fiscalização e regulação pela ANP e seu dever de comunicar à SDE fatos que possam configurar infração à ordem econômica. Por fim, comentar-se-á, brevemente, o Acordo de Cooperação Técnica, firmado entre ANP e SDE/MJ.

3.1. O mercado de combustíveis no Brasil

3.1.1. O período da regulamentação rígida: a criação do Conselho Nacional do Petróleo - CNP

A política industrial do governo Vargas, durante o chamado Estado Novo (1937-1945), desdobrou-se em dois planos: a realização de obras de infraestrutura e a criação de empresas estatais. Nesse sentido, foi criado em 1938, em decorrência do movimento de opinião que empolgou a consciência nacional em torno do petróleo, o Conselho Nacional do Petróleo - CNP. Àquela época, a criação de empresas e os investimentos estatais em setores básicos eram decisivos, uma vez que a iniciativa privada nacional era incapaz de arcar com os vultosos investimentos de longo prazo envolvidos no cumprimento dessa tarefa.

Assim, o governo instituiu o monopólio estatal para a pesquisa e lavra das jazidas que fossem sendo encontradas, ao mesmo tempo em que articulava as atividades gerais de distribuição e fiscalização de forma rígida e detalhada por meio do CNP.

Foi permitido o comércio varejista de gasolina e óleo como objeto de exploração comercial por intermédio de empresas privadas, sendo o sistema adotado o de concessão de venda com exclusividade, por intermédio de revendedores independentes. Assim, as concessionárias integravam a rede de vendas seguindo padrões uniformes de atendimento, tecnicidade e eficiência.

O CNP estabelecia normas rigorosas no que se refere a fiscalização e responsabilidade por infrações cometidas na distribuição, transporte, consu-

mo e revenda de derivados do petróleo. Coerente com esse cenário, a Resolução n.º 7/77 do CNP trouxe uma análise exaustiva desses aspectos, o que reflete a delimitação da atuação das partes contratantes na concessão comercial para comercialização dos produtos derivados do petróleo. Conseqüentemente, pouco restou, no âmbito da autonomia da vontade, para práticas de abuso de poder econômico, sobretudo em termos de competição livre.

3.1.2. O período da desregulamentação: o processo de abertura do mercado de combustíveis

Somente em 1990, o governo iniciou um processo de redução do controle do Estado sobre as atividades de comercialização de combustíveis e flexibilizou as condições de entrada nesse mercado. Para a efetiva transição do período de intervenção estatal para o de economia de mercado, foi imprescindível a introdução de maior competitividade entre os agentes no mercado de combustíveis. Como principais resultados desse esforço, pode-se citar a desuniformização e a liberação paulatina de preços e a extinção de subsídios.

Até a publicação da Lei 9.478/97, Lei do Petróleo, que regulamentou a abertura do setor de petróleo e gás natural e criou a Agência Nacional do Petróleo - ANP, os preços dos combustíveis no Brasil eram fixados por atos do Ministério da Fazenda. Durante o período de transição para a liberação dos preços, prevista no artigo 69 da Lei do Petróleo, que vigorou da data da sua publicação, 07 de agosto de 1997, até 31 de dezembro de 2001, os preços dos combustíveis passaram a ser estabelecidos por portarias interministeriais, ato conjunto dos Ministérios da Fazenda e de Minas e Energia. A conclusão desse processo de desregulamentação de preços se deu em 1º de janeiro de 2002, quando substituiu-se a Parcela de Preço Específica (PPE) pela Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE)²², liberou-se os preços nas refinarias e centrais produtoras e eliminou-se as barreiras legais à importação.

3.1.3. A formação de preços de combustíveis hoje

Atualmente, como visto, não mais vigora um sistema de subsídios na formação dos preços de combustíveis. Há a incidência dos seguintes tributos: Imposto sobre Importações (II), Imposto sobre Operações Relativas à

²² Instituída pela Lei n.º 10.336/2001.

Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS), Contribuição Social para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPMF), Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) e Programa de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP).

As contribuições sociais PIS/PASEP e COFINS e o ICMS são recolhidos quando da venda de gasolina, diesel e GLP na refinaria. Já a CPMF incide, com alíquota de 0,38%, sobre toda e qualquer movimentação financeira na aquisição de bens e serviços ao longo da cadeia do petróleo.

Por fim, a CIDE constituiu-se em contribuição que incide sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, com alíquotas específicas²³ determinadas pelo Decreto n.º 4.565, de 1º de Janeiro de 2003.

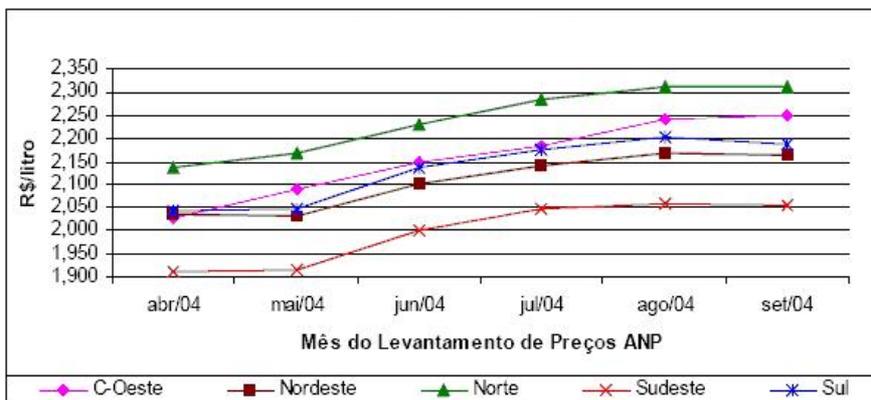
3.1.4. A fiscalização de preços pela Agência Nacional do Petróleo - ANP

Com o intuito de apurar situações que potencialmente reflitam infrações à ordem econômica, a Agência Nacional do Petróleo - ANP realiza levantamentos semanais de preços e sua Coordenadoria de Defesa da Concorrência – CDC elabora mensalmente relatórios de acompanhamento de mercado. A título exemplificativo e explicativo, seguem dados do “Relatório Mensal de Acompanhamento de Mercado – Setembro 2004 – Gasolina Comum”.

O objetivo do relatório é identificar os municípios com baixos índices de dispersão de preços de revenda para, numa avaliação posterior, poder caracterizar indícios de práticas anticompetitivas. O Gráfico III, abaixo, compara os preços médios de revenda nas regiões brasileiras, nos meses de abril a setembro de 2004.

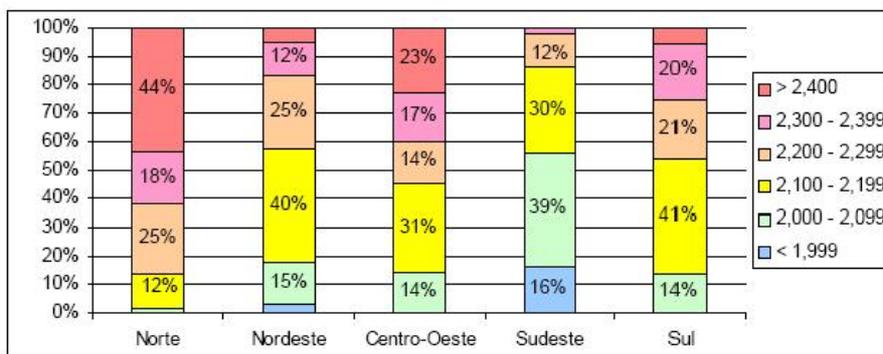
²³ As alíquotas são: R\$ 0,5411/litro, para a gasolina, R\$ 0,2180/litro, para o óleo diesel, R\$ 0,1676/kg, para o GLP, e R\$ 0,02925/litro, para o álcool etílico combustível.

Gráfico III: Preços Médios Mensais de revenda por Região (R\$/litro)



O Gráfico IV, abaixo, refere-se somente ao mês de setembro e indica a distribuição dos preços médios de revenda dos municípios pesquisados em intervalos de 0,1/litro por região.

Gráfico IV: Preços Médios Mensais de revenda por Região e Faixa de Preços



Com o intuito de identificar aqueles mercados municipais cuja dispersão de preços fosse baixa, calculou-se um coeficiente de variação, equivalente ao quociente da divisão do desvio padrão pelo preço médio, dos preços de revenda de gasolina levantados em cada semana de setembro. Quanto mais baixo o valor do coeficiente, menor a dispersão de preços e, portanto, mais

preocupante a situação do ponto de vista concorrencial. No relatório, considerou que coeficientes de variação inferiores a 0,010 indicariam a possibilidade de alinhamento de preços ao consumidor final. Foram observados baixos índices de dispersão de preços de revenda em 55 municípios, nos quais a ANP avaliará o comportamento dos agentes.

3.2. *Interface entre a atividade reguladora e a defesa da concorrência*

3.2.1. O papel da regulação da atividade econômica e os princípios concorrenciais

A tarefa mínima da regulação é garantir, de forma ativa, as condições básicas de concorrência²⁴. Tal se dá em duas situações especiais: (i) a regulação de posições dominantes, quando existem condições estruturais que impedem o estabelecimento da concorrência, e (ii) a regulação de mercados instáveis, quando inexistem condições estruturais a impedir a concorrência, mas há as que fazem com que esta se torne instável.

Nessa segunda hipótese, estariam incluídos aqueles setores cuja entrada e permanência são controlados, o que difere da imposição de regras de comportamento. Tal regulamentação tem por fim a saúde e segurança do mercado, as quais normalmente constituem-se em condições à formação de posições dominantes, pois, de um lado, o acesso limitado protege o setor de concorrência externa e, de outro, as condições de permanência conduzem ao tratamento privilegiado de grandes empresas já estabelecidas. Em suma, a dificuldade a ser enfrentada é justamente a conciliação entre os objetivos de hígidez e segurança do mercado, de uma parte, e a concorrência, de outra. A solução para esse impasse aponta na seguinte direção: para se evitar a dominação do mercado por alguns agentes econômicos e o conseqüente abuso dos consumidores, a busca pela garantia de hígidez do mercado não pode prescindir da própria existência de concorrência.

Em termos concretos, tal conciliação será alcançada mediante uma atuação sobre as estruturas a fim de dificultar comportamentos estratégicos e também mediante o combate preventivo aos comportamentos estratégicos tendentes à eliminação de concorrente do mercado. Face à primeira situação, é efetivo o bloqueio às barreiras à entrada que impeçam toda a concorrência potencial e seus

²⁴ Calixto Salomão Filho entende que uma regulação que inclui também princípios concorrenciais é aquela que garante a difusão do conhecimento econômico.

efeitos benéficos para o mercado. Por outras palavras, busca-se frustrar o sucesso da estratégia predatória do agente econômico. A segunda situação, por sua vez, refere-se em especial aos casos de colusão, que muitas vezes acompanha as barreiras à entrada e a eliminação de concorrentes em setores de demanda instável.

3.2.2. A regulação da colusão e a Teoria dos Jogos

Aprofundar-se-á a questão da regulação no que tange à situação de colusão através da aplicação da teoria dos jogos à análise dos comportamentos oligopolísticos, que tem sido bastante usual na doutrina, sem negligenciar, contudo, uma crítica às limitações decorrentes dessa aplicação.

Em seu livro clássico *“The Theory of Games and Economic Behaviour”*, Von Neumann realiza um estudo das relações econômicas a partir do raciocínio matemático, explorando duas vias possíveis. De um lado, os jogos com resultado matemático certo, esmiuçados por John Nash e cuja aplicação na análise do comportamento dos oligopólios acabou por limitar e enrijecer o exame da colusão. A preocupação é com a estratégia individual que o agente econômico adotará em face da estratégia escolhida pelo(s) outro(s) competidor(es). Ora, nessa primeira linha de desenvolvimento da teoria dos jogos, a cooperação é eventual, rara e necessariamente resultado de uma estratégia individual.

Nesse sentido, considere-se um modelo simplificado de mercado, em que há duas empresas (E1 e E2), as quais podem cobrar apenas dois preços: o preço alto e o preço baixo. Em cada jogada, E1 e E2 decidem simultaneamente qual preço cobrar. As possibilidades de lucro, nessas condições, são as indicadas na tabela abaixo.

E1/E2	Preço Alto	Preço Baixo
Preço Alto	10, 10	0, 16
Preço Baixo	16, 0	5, 5

Observa-se que o maior lucro conjunto é possível quando ambas as empresas cobrarem o preço alto. Porém, se o jogo tiver uma rodada única, a estratégia dominante de cada empresa seria cobrar o preço baixo, a fim de evitar a situação de lucro zero. Tal é a estrutura básica do famoso dilema do prisioneiro. Para a análise do comportamento colusivo, importa considerar

um jogo de duração incerta ou infinita, que retrate mais realisticamente a interação entre os agentes E1 e E2 no mercado, abarcando a possibilidade de saída de uma das empresas ou da introdução de um produto superior por outro competidor ou ainda da regulação pelo Estado, entre outros fatores. Num jogo desses, não há uma última jogada definida e o mecanismo de *backwards induction* fica, portanto, frustrado.

Se E1 e E2 cobrarem, inicialmente, o preço alto, mas uma delas cobrar, em algum momento, o preço baixo, a outra também passará a fazê-lo, como forma de punição à transgressão. Como resultado, ambas terão lucro de 5 no curto prazo, os quais serão insuficientes para compensar as perdas futuras de uma infinita guerra de preços. Como a melhor resposta ao preço baixo é o próprio preço baixo, há um equilíbrio de Nash quando E1 e E2 cobram preços baixos. Há, porém, a possibilidade de posteriormente ambas as empresas voltarem a adotar um comportamento cooperativo, cobrando o preço alto.

Importante constatar que a capacidade colusiva das empresas pode ser limitada por mudanças no preço colusivo. Assim, se E1, por exemplo, recebe informações sobre alterações na demanda ou nos custos que impliquem a queda do preço colusivo e, diante disso, reajuste seu preço, E2 poderá pensar que esta é uma tentativa de trapaça e poderá responder com uma punição, baixando também seus preços. O resultado poderá ser que as empresas fiquem impossibilitadas de mudarem seus preços diante da ameaça de uma guerra de preços enganosamente deflagrada.

Uma prática capaz de resolver esse problema é a liderança de preços (*price leadership*), na qual as mudanças de preços são iniciadas por uma única empresa e seguidas pelas demais. Além disso, a colusão poderá ser dificultada por diferenças entre as empresas, no que tange aos seus custos ou à demanda por seus produtos. Nessa hipótese, as empresas dificilmente concordarão na determinação de um preço que seja o ótimo para aquela indústria e cada uma poderá competir para induzir seus rivais a aceitarem o preço que lhe seja mais favorável.

É fundamental, porém, conferir maior destaque ao desenvolvimento da segunda via possível, qual seja a preocupação com a análise da cooperação²⁵. Isso porque aquela estratégia individual, baseada na estratégia alheia, constitui-se antes em uma maneira de adquirir conhecimento do que numa forma de descobrir qual o comportamento mais aconselhável. Apresenta-se,

²⁵ Tal é a proposta de Calixto Salomão Filho *in* Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos), São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 79.

portanto, muito mais como uma teoria do conhecimento do que como uma teoria do comportamento.

No que tange aos mercados regulados, em especial, vale notar que a observação dos comportamentos dos outros agentes conduz a um jogo cooperativo, e não de estratégia individual. Tal fato se explica pela possibilidade de predação nesses mercados que leva diretamente à necessidade de cooperação explícita e formal, e não à mera colusão eventual que resulte em comportamentos individuais convergentes. Os agentes econômicos entendem que a ameaça de guerra predatória é extremamente negativa para todos.

Dá-se concluir que a regulação, do ponto de vista concorrencial, deve-se preocupar, primeiramente, com o estabelecimento de condições estruturais que impeçam crises de superprodução e, por tabela, a concorrência predatória, e, secundariamente, com a pressuposição de ilicitude concorrencial de mero comportamento não-eventual na presença de determinados fatores estruturais, como barreiras à entrada e demanda variável²⁶.

Pode-se afirmar, diante do exposto, que a regulação preocupada com a criação de um ambiente concorrencial é aquela que incentiva a difusão do conhecimento econômico no mercado e que, especialmente em setores monopolizados ou oligopolizados, busca o reequilíbrio entre consumidores e produtores, por meio de medidas redistributivas.

3.2.3. A participação da Agência Nacional do Petróleo - ANP na instauração de processos administrativos e na prestação de informações

De acordo com o artigo 10 da Lei do Petróleo, Lei n.º 9.478/97, a ANP deve comunicar à SDE/MJ e ao CADE os fatos que possam configurar infração à ordem econômica. Além disso, os artigos 1º e 8º do mesmo diploma determinam que a ANP terá por finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe, por exemplo, implementar, na sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e de gás natural, sempre tendo em vista a proteção dos interesses do consumidor quanto ao preço, qualidade e oferta dos produtos.

²⁶ Cabe esclarecer que, em se tratando de cartéis de crise, fica justificada a cooperação, conforme abordado no item 2.4, *supra*.

Assim sendo, a ANP monitora o comportamento de preços praticados pelas distribuidoras e postos revendedores de combustíveis, com a realização de uma pesquisa de preços semanal. Essas pesquisas destinam-se ao consumidor, para que tenha conhecimento dos preços praticados no mercado e da melhor opção de compra. Visam também identificar indícios de alinhamento de preços e formação de cartéis, a serem comunicados à SDE/MJ e ao CADE.

A ANP disciplina os requisitos para o exercício das atividades econômicas de distribuição de combustíveis líquidos e de postos revendedores de combustíveis líquidos automotivos²⁷.

Cabe, ainda, mencionar que, em caso de condenação pelo CADE ou por decisão judicial, a revogação ou cassação da autorização para o exercício da atividade dar-se-á automaticamente na data de recebimento da notificação expedida pela autoridade competente, em consonância com o artigo 10, parágrafo 2º, da Lei n.º 9.847/99, modificada pela Lei n.º 10.202/2001. No mais, será encaminhada pela ANP ao Ministério Público cópia integral dos autos dos processos administrativos em que for constatada a prática das infrações contidas nos incisos V, VI, VIII, X, XI e XIII do artigo 3º da Lei n.º 9.847/99, para os efeitos previstos no Decreto-Lei n.º 2.848/40, nas Leis n.º 8.078/90, 8.884/94 e 8.176/91.

²⁷ A Portaria ANP n.º 202/99 dispõe, *in verbis*, “Art. 2º. A atividade de distribuição de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos deverá ser realizada por pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras, que atenda, em caráter permanente, aos seguintes requisitos: I - possuir registro de distribuidor; e

II - possuir autorização para o exercício da atividade de distribuição. Art. 3º. A atividade de distribuição compreende a aquisição, armazenamento, transporte, comercialização e o controle de qualidade dos combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos.” Já a Portaria ANP n.º 116/00 determina, *in verbis*, “Art. 2º. A atividade de revenda varejista consiste na comercialização de combustível automotivo em estabelecimento denominado posto revendedor. Parágrafo único. Fica facultado o desempenho, na área ocupada pelo posto revendedor, de outras atividades comerciais e de prestação de serviços, sem prejuízo da segurança, saúde, meio ambiente e do bom desempenho da atividade de revenda varejista. Art. 3º. A atividade de revenda varejista de combustível automotivo somente poderá ser exercida por pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras que atender, em caráter permanente, aos seguintes requisitos: I - possuir registro de revendedor varejista expedido pela ANP; e II - dispor de posto revendedor com tancagem para armazenamento e equipamento medidor de combustível automotivo.”

Por fim, cabe à ANP emitir Pareceres Técnicos e prestar toda a assistência e colaboração, sobre as matérias de sua competência, que for solicitada pelo CADE ou pela SDE/MJ, sob pena de responsabilidade (artigo 36 da Lei n.º 8.884/94).

3.2.4. A cartilha conjunta da Agência Nacional do Petróleo – ANP e da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE/MJ

Foi recentemente elaborada a cartilha intitulada “A Defesa da Concorrência no Mercado de Combustíveis - ANP/SDE”, cuja preocupação primordial é exatamente com a apuração da existência de cartéis, sua definição e sua caracterização.

De acordo com esse trabalho, o Acordo de Cooperação Técnica entre a ANP e a SDE/MJ estabelece que esta Agência deverá officiar fundamentalmente à SDE/MJ a existência de indícios de práticas restritivas à livre concorrência no setor de petróleo, seus derivados e gás natural e comunicar ao CADE os fatos, bem como os procedimentos adotados. Além disso, a ANP deverá se manifestar em 30 (trinta) dias a partir da data em que for oficiada pela SDE/MJ, quando da instauração do processo administrativo envolvendo agentes do setor de combustíveis. O mesmo prazo se aplica para a emissão dos pareceres técnicos referidos acima.

Em relação ao trâmite processual para apuração da existência de cartel, a SDE/MJ pode iniciar a investigação de ofício ou mediante a representação de qualquer interessado (artigos 30 a 32, Lei n.º 8.884/94). Havendo indícios de infração contra a ordem econômica, será instaurado o processo administrativo, porém, se tais indícios não forem fortes o suficiente, será promovida uma averiguação preliminar, para a obtenção de maiores informações. Instaurado o processo administrativo as empresas ou pessoas investigadas terão 15 (quinze) dias para apresentar sua defesa, após tal prazo a SDE/MJ dará início à instrução processual e, após a conclusão dessa serão as investigadas notificadas a apresentar suas alegações finais. Concluída a instrução, os autos serão remetidos ao CADE para julgamento pelo colegiado, após ter sido distribuído, por sorteio a um Conselheiro-Relator, que abrirá vistas à Procuradoria do CADE para manifestar-se em 20 (vinte) dias. O Conselheiro-Relator poderá determinar diligências complementares (artigo 43, Lei 8.884/94). Se a SDE/MJ entender haver elementos suficientes para a condenação, sugerirá ao CADE que julgue o caso condenando as representadas. Por outro lado, ainda que a SDE/MJ entenda não haver indícios suficientes à condenação e arquite o caso, os autos seguirão ao CADE para revisão da decisão de arquivamento.

No que se refere à definição de cartel, a cartilha conjunta traz a definição mais aceita e bastante pacífica na doutrina, da qual já se tratou²⁸, sendo desnecessária a repetição. Importante, entretanto, tratar dos elementos apontados como necessários à caracterização do cartel. Em primeiro lugar, indica-se a necessidade de acordo expreso, pela simples razão de que a colusão entre concorrentes, na forma tácita, seria mero reflexo das condições estruturais e dinâmicas de determinados mercados e, embora resulte em perda de bem-estar para os consumidores, não poderia ser condenada, se praticada isoladamente. Em segundo lugar, aponta-se a aptidão da conduta para limitar, falsear ou prejudicar a concorrência, esclarecendo-se que na Lei Antitruste tal aptidão é pressuposta quando os agentes controlarem, conjuntamente, ao menos 20% do mercado em que atuam²⁹.

A cartilha menciona, ainda, a questão da participação de sindicatos e associações, pois a própria Lei n.º 8.884/94 prevê como infração à ordem econômica o fato de “obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes” (artigo 21, II). Nessa hipótese, o agente infrator age como elemento coordenador dos cartéis, facilitando sua prática e envidando esforços para assegurar sua preservação, agindo coercitivamente. Importante notar que, para a prática de infrações à ordem econômica, o agente infrator não precisa necessariamente exercer atividades econômicas (artigos 15 e 23, Lei Antitruste). Assim, no setor de combustíveis, órgãos de classe não podem encobrir reuniões realizadas pelos postos com o objetivo de combinarem suas condutas, constituindo-se numa base para a troca de informações. Isso porque tais entidades somente podem agir no interesse coletivo de seus filiados, sendo a ação tendente à uniformização de preços ou de outras variáveis comerciais uma ação ilegítima e verdadeira distorção proibida pela legislação concorrencial.

Por fim, a cartilha aborda a questão das provas necessárias para a condenação do cartel³⁰. Afirma-se que, para a configuração do ilícito antitruste,

²⁸ Vide item 2.1, *supra*.

²⁹ Vale ressaltar que os critérios de notificação tem sido criticados de forma unânime pela doutrina e pelos aplicadores do direito, sendo um dos principais pontos discutidos nos projetos de reforma do SBDC. A crítica reside no fato de o critério ser extremamente amplo, o que gera um congestionamento do SBDC, e também pela incerteza jurídica nos casos de atos de concentração, já que não cabe à parte determinar o *market share*.

³⁰ Este ponto é especialmente discutido atualmente pelas autoridades antitruste e pela doutrina, havendo inclusive jurisprudência importante do CADE sobre questões como interceptação telefônica e acordos de leniência - que serão abordados, *infra*, nos itens 4.2.1 e 4.2.2.

é necessária prova direta do acordo entre os postos revendedores, podendo servir de prova, por exemplo, o testemunho idôneo de pessoas que presenciaram uma reunião entre concorrentes que tinha por escopo a uniformização de variável econômica, bem como atas de reuniões ou registros de conversas, até mesmo telefônicas, efetuado sem descumprimento da lei. Outros fatos admissíveis como provas são a troca de correspondências entre postos de combustíveis ou a ocorrência de intimidações físicas e ameaças a donos de postos revendedores que cobram preços inferiores àquele acertado pelos organizadores do cartel (*price leadership*). Com relação às condutas adotadas pelos órgãos de classe, são suficientes como prova declarações prestadas por presidentes, diretores ou qualquer outro funcionário do sindicato ou associação sobre futuros aumentos de preços ou eliminação de descontos antes praticados, publicadas em jornais de ampla circulação ou em boletins informativos.

4. A experiência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC em relação à colusão horizontal

4.1. A Jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

No âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, a jurisprudência do CADE indica a existência de duas vertentes em relação aos casos de cartel, quais sejam, o foco na análise de paralelismo de preços em face de possíveis comportamentos racionais dos agentes econômicos e o foco na demonstração efetiva da prova do acordo. No sentido da primeira corrente, tem-se o famoso caso do Cartel do Aço³¹, no qual se investigou, a

³¹ Processo Administrativo n.º 08000.015337/97-48, em que figuravam como representadas a Cia. Siderúrgica Nacional (CSN), a Cia. Siderúrgica Paulista (Cosipa) e a Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais (Usiminas). O caso do Cartel do Aço de 1999 envolve o mercado relevante nacional de aços planos, caracterizado pela baixa contestabilidade e altas barreiras à entrada, por importações não competitivas e pela alta concentração (Cia. Siderúrgica Nacional - CSN (40%), a Cia. Siderúrgica Paulista - Cosipa (25%) e a Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais - Usiminas (35%)). Após mais de um ano sem aumentar seus preços, as empresas reajustaram-nos em datas e patamares semelhantes, o que caracterizou o comportamento paralelo de preços. Neste sentido, houve comunicados circulares a clientes e a reunião das empresas na SEAE/MF para informar o aumento de preços. O CADE determinou o pagamento de multa pelo dano à concorrência por parte de cada uma das empresas no valor de 1% do faturamento bruto do exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, pois além de estarem presentes todas as condições à cartelização, ou seja, pequeno número de firmas,

partir de denúncias telefônicas, a formação de cartel com o intuito de fixação de preços no mercado de aço plano. Como exemplo da segunda vertente indicada, tem-se o caso do Cartel de Florianópolis³², em que se discutiu a questão da utilização de interceptações telefônicas como prova em processo administrativo, sendo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça - STJ favorável à admissibilidade daquelas após a quebra do sigilo em esfera penal, conforme preceitua a Constituição Federal.

Foram julgados no CADE, até hoje, aproximadamente vinte e cinco casos de cartel, sendo apenas um acerca de fraude em licitação e todos os demais, casos de fixação de preços, no setor industrial (aço), no setor comercial (postos de gasolina) e em associações profissionais. Há verdadeira inexistência, na experiência brasileira, de cartéis para a divisão de mercado e limitação da produção. Importante também registrar a percepção de que o viés judicial é maior no controle de condutas do que no controle de estruturas, de tal forma que, não raro, os casos de cartéis julgados no CADE são reapresentados no Judiciário.

O caso do Cartel de Florianópolis resultou de processo administrativo instaurado pela SDE/MJ em 2000, motivado por Representação do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, contra os postos revendedores de combustíveis, seus administradores e o Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis. O mercado relevante de produto foi definido como o de serviços de revenda de combustíveis, restringindo-se a análise ao mercado de gasolina. No que tange ao mercado geográfico, definiu-se como a área da cidade de Florianópolis, região metropolitana e o município de Biguaçu em Santa Catarina. Com base em interceptações telefônicas realizadas pelo MP de Santa Catarina, em notas fiscais, em pesquisas de preços que revelaram o paralelismo de preços intercalado por momentos de competição acirrada, em fotografias e em notícias da imprensa, o CADE considerou comprovada a existência de conspiração para a política de preços, com centralização das informa-

produto homogêneo, elevadas barreiras à entrada, baixo custo de monitoramento do cartel, ausência de estímulos à deserção, estruturas de custos semelhantes, tecnologia de produção madura e semelhante e estabilidade nas participações de mercado, foi verificada alternância das empresas na liderança de aumento de preços, o que torna difícil não crer que o processo de liderança tenha sido colusivo. Além disso, a reunião conjunta na SEAE/MF revela que as empresas necessariamente se comunicaram. Tal decisão, importante pelo pioneirismo, certamente protege empresas que, em função de seu porte, não detêm poder de barganha para negociação de condições de comercialização mais favoráveis.

³² Processo Administrativo n.º 08012.002299/2000-18.

ções através do sindicato, tendo por objetivo a limitação da concorrência. Além disso, apurou-se a existência de ameaças a depredação dos estabelecimentos de eventuais dissidentes e a produção de estudo econômico apontado a produção dos efeitos favoráveis aos envolvidos em decorrência do aumento de preços. Adicionalmente a tais fatos, a própria análise do mercado refletiu a presença das condições mais favoráveis à formação de cartel, entre as quais destacam-se: a existência de um único fornecedor do insumo (Petrobrás), a demanda atomizada, a participação do sindicato e a alta concentração no mercado, dado que dos dezesseis postos representados, quatorze pertenciam a apenas três grupos familiares. Constatadas as evidências de formação de cartel, cabe destacar que também se faziam presentes as evidências da potencialidade dos efeitos anticoncorrenciais, uma vez que havia poder de mercado por parte dos participantes e independência entre as políticas de preços dos postos e dos distribuidores. A defesa alegou a invalidade do uso de provas obtidas de escutas telefônicas no processo administrativo, com base no artigo 5º, XII, da Constituição Federal, que prevê a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas, exceto para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal por ordem judicial, e com base no artigo 3º, da Lei n.º 9.296/96, que dispõe acerca da determinação da interceptação das comunicações telefônicas restrita a casos de investigação criminal e instrução processual penal. Porém, como visto, o STJ se manifestou em outro sentido, admitindo que a Administração se valha das gravações telefônicas para fins de prova no processo administrativo, uma vez que a interceptação tenha sido requerida nos exatos termos do inciso I, artigo 3º, da Lei n.º 9.296/96. O parecer da Procuradoria do CADE, aliás, afirma que se a sanção administrativa é um *minus* em relação à penal, não haveria porque não se admitir que o Estado, tendo legitimidade para utilizar prova decorrente de interceptação telefônica em processo penal, não a teria para utilizá-la em processo administrativo. Dessa forma, derrubada a defesa apresentada, o Plenário do CADE concluiu, por unanimidade pela configuração da prática de cartelização no mercado de combustíveis, condenando as empresas à multa de 10% sobre o faturamento verificado em 1999, à proibição de contratação de créditos e financiamentos com instituições financeiras oficiais e participação em licitações tendo por objetivo a aquisição, alienação, realização de obras e serviços públicos, concessão de serviços públicos junto à administração federal, estadual, municipal e administração indireta, no prazo de cinco anos contados da publicação do acórdão, além de outras cominações legais. Em relação ao Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis, foi decidida a aplicação de multa de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), além de sua inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor, da determinação de não con-

cessão de parcelamento de tributos federais por ele devidos e do cancelamento ou não concessão de incentivos fiscais.

No recente caso do Cartel de Brasília, desse ano, apurou-se, com suporte probatório em atas das reuniões do sindicato e em depoimentos dos envolvidos, a conduta concertada entre empresas no sentido de fechar o mercado para novo concorrente, o Carrefour, mediante gestões junto ao Poder Legislativo para criação de barreiras legais³³ e restrição de oferta de óleo diesel aditivado, colocando em risco o abastecimento da cidade. A importância desse caso reside no reconhecimento da legitimidade passiva de sindicatos em processo antitruste e da potencialidade lesiva de sua atuação na coordenação de cartéis. Interessante ressaltar que, no caso em comento, o poder de mercado analisado foi o do grupo e não das empresas separadas. A condenação foi em 5% da receita bruta, excluídos impostos.

4.2. Inovações no controle de cartéis no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC

4.2.1. Busca e apreensão

Importante tratar, neste momento, dos novos rumos de controle de combate a cartéis, que tem ganho a atenção e a preocupação destacada das autoridades antitruste brasileiras. Neste sentido, há que se falar da realização da primeira busca e apreensão do SBDC, realizada apenas no ano passado, por ocasião do caso do suposto Cartel das Britas no Estado de São Paulo, dando efetiva aplicabilidade ao artigo 35-A da Lei Antitruste, incluído na Lei Antitruste brasileira pela Lei n.º 10.149/2000. De acordo com esse dispositivo, mediante solicitação da SDE/MJ, poderá a Advocacia-Geral da União requerer ao Poder Judiciário o mandado de busca e apreensão de objetos, papéis de qualquer natureza, livros comerciais, computadores, arquivos magnéticos da empresa ou pessoa física, dentro do interesse da instrução do procedimento, das averiguações preliminares ou do processo administrativo. No que couber, aplicam-se os artigos 839 e seguintes do Código de Processo Civil.

³³ Pretendia-se a edição de lei distrital que proibia a construção de posto de gasolina no pátio de supermercados.

4.2.2. Acordo de Leniência

Mais interessante ainda é o caso do suposto Cartel dos Vigilantes, por envolver, além da busca e apreensão criminal e da interceptação telefônica, a realização do primeiro Acordo de Leniência no âmbito do SBDC, em 2003.

O acordo de leniência extingue a punibilidade administrativa e penal ao participante do cartel que primeiro trazer à SDE/MJ provas que impliquem demais participantes e colaborar com as investigações. Assim, o beneficiário do acordo de leniência deve confessar seu envolvimento, ser o primeiro a se apresentar, cessar imediatamente a prática, cooperar efetiva e permanentemente com as investigações, apresentando documentos que provejam a autoria e materialidade delitivas dos outros participantes. Para tanto, é necessário também que a SDE/MJ não disponha de provas suficientes para a condenação, de forma a que a única maneira de identificação do cartel seja por meio do acordo de leniência.

Vale destacar que o acordo de leniência vem, pormenorizadamente, previsto nos artigos 35-B e 35-C, acrescidos à Lei Antitruste, pela Lei n.º 10.149/2002. Dentre os benefícios propiciados pelo acordo de leniência ao participante que colaborar, destacam-se (i) na esfera administrativa, redução de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) da condenação por decisão do CADE se a SDE/MJ dispuser de alguma notícia anterior a respeito da infração, ou redução total se a mesma Secretaria não tivesse qualquer informação anteriormente ao acordo de leniência, e (ii) na esfera penal, o impedimento do oferecimento de denúncia por crimes de ordem econômica.

4.2.3 Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI)

A SDE/MJ estabeleceu as diretrizes gerais para a elaboração de Programas de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica (PPI). A implantação de PPI pode levar à redução das penas aplicadas pelo CADE para empresas que tenham esses programas protocolados junto à SDE/MJ.

O PPI consiste em regras e rotinas que as empresas estabelecerão no âmbito de sua organização interna para evitar infrações à ordem econômica por parte de seus funcionários. O principal requisito para a aprovação do PPI é a contratação de auditoria externa sobre matérias relacionadas à defesa da concorrência, que deverá ser realizada em um intervalo máximo de 2 (dois) anos. Além disso, poderá haver um diretor interno de *compliance*.

O Programa deverá conter, entre outros itens, a especificação do grupo econômico a que pertence a empresa ou organização, o histórico da atuação do grupo econômico ao qual pertence nos últimos cinco anos, além da criação de mecanismos disciplinares para a identificação e punição dos funcionários envolvidos com reais ou potenciais infrações à ordem econômica.

As empresas deverão submeter à análise da SDE/MJ os seus programas que, se aprovados, implicarão na expedição de um certificado reconhecendo que a empresa tem o compromisso de evitar as infrações à ordem econômica. Entre as vantagens do Certificado de Depósito, destaca-se a possibilidade de a SDE/MJ recomendar a redução das penas aplicadas pelo CADE.

Conclusão

O fenômeno da cartelização no mercado de combustíveis líquidos, especialmente a gasolina, compõe a experiência antitruste brasileira, o que pode ser atestado pelo número de casos de cartéis de postos de gasolina condenados e investigados até hoje. Tal tema, de reconhecida relevância prática, merece estudos acadêmicos que analisem a vivência brasileira, criticando-a, com o intuito de propor reflexões e soluções que permitam transpor os obstáculos e limitações tão conhecidos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

Nesse sentido, fala-se (i) na carência de recursos humanos e materiais dos órgãos antitruste nacionais; (ii) na baixa eficiência administrativa, decorrente da instrução fragmentada dos atos de concentração e processos administrativos nos três órgãos, do prolongado prazo de tramitação dos casos, do retrabalho e do alto custo administrativo; e (iii) nos problemas de ordem legal, como a ênfase excessiva concedida a atos de concentração, os critérios de notificação que são muito amplos, gerando congestionamento do sistema, a falta de um tratamento específico a condutas extremamente danosas e a utilização de figuras de difícil definição econômico-jurídica, como lucro arbitrário e preço excessivo. Recentemente, a Confederação Nacional da Indústria – CNI produziu um relatório sobre as deficiências do SBDC, dada a preocupação dos empresários com relação à demora na aprovação de operações muitas vezes manifestadamente inofensivas ao mercado, o que lhes gera um custo altíssimo.

Praticamente desde a entrada em vigor da Lei n.º 8.884/94, a Lei Antitruste, discute-se a sua reforma. Assim, esforços foram dispendidos nesse sentido ao longo dos últimos dez anos, chegando-se a cogitar da criação de uma Agência Nacional da Concorrência – ANC, na forma de uma autarquia, conferindo maior autonomia e concentração ao sistema. Hoje, tendo-se em

vista o estado da arte do conhecimento, objetiva-se a maximização do bem-estar total e do consumidor, o que se traduz numa eficiência alocativa dos recursos e representa uma maior preocupação com cartéis do que com restrições verticais e fusões. Nesse cenário, os principais pontos para uma reforma do SBDC correspondem à delimitação do critério de notificação a fim de sofisticar o filtro para análise de operações, à redução da burocracia, ao aumento da coordenação com agências reguladoras, à participação ativa do consumidor e o fortalecimento institucional dos órgãos componentes do SBDC.

Referências Bibliográficas

BAIRD, Douglas G. et. al. *Game Theory and the Law*. Harvard University Press, 2002.

BURST, Jean-Jacques. *Concurrence Déloyale et Parasitisme*. Paris: Éditions Dalloz, 1993.

BRUNA, Sérgio Varella. *O Poder Econômico e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. Estado, empresa e função social. *Revista dos Tribunais São Paulo*. São Paulo, SP. V. 84, n.º 732, p. 38-46, outubro/1996.

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder de controle nas sociedades anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder Econômico: exercício e abuso – direito antitruste brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.

OLIVEIRA, Roberson. *História do Brasil: análise e reflexão*. São Paulo: FTD, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

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

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e concorrência (estudos e pareceres)*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. La concurrence parasitaire en droit comparé – Actes du Colloque de Lausanne. Genève: Librairie Droz, 1981.

Sites Visitados

www.anp.gov.br

www.cade.gov.br

www.mj.gov.br/sde

A ORDEM ECONÔMICA E A PROPRIEDADE INTELECTUAL

Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita

1. Introdução

Por bastante tempo, considerou-se, especialmente nos EUA, que o direito de exclusividade de exploração do direito de propriedade intelectual conferia a seu titular posição dominante, independentemente de qualquer análise de poder econômico dela resultante. A propriedade intelectual era considerada exceção¹ à aplicação das leis concorrenciais.

Isso mudou no decorrer do século XX. Chegou-se ao consenso de que elas não se excluem, mas convivem no sistema jurídico.

No Brasil, tanto a propriedade intelectual quanto a concorrência têm guarida constitucional.

A livre concorrência é princípio da ordem econômica (art. 170, IV) e a repressão ao abuso do poder econômico prevista no art. 173, § 4º, da Constituição Federal.

A propriedade intelectual encontra proteção sob o título dos direitos e garantias fundamentais do art. 5º: o inciso XXVII determina “que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”; o XXVIII assegura proteção às participações individuais em obras coletivas e à repro-

¹ Segundo Calixto SALOMÃO FILHO, existe no ordenamento jurídico brasileiro uma única exceção, uma única imunidade à aplicação dos princípios concorrenciais: a hipótese do planejamento econômico impositivo prevista no artigo 174 da Constituição Federal: “note-se que para que a imunidade ocorra não basta uma situação jurídico-formal. É necessário, portanto, que haja definição de metas e que órgãos governamentais, empresas estatais e de economia mista ajam ao estrito cumprimento dessas metas” (“Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro”, in Celso Fernandes CAMPILONGO *et al* (org.), *Concorrência e regulação no setor financeiro*, p. 134).

dução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas, e o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; e o XXIX confere “aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

A propriedade intelectual divide-se, tradicionalmente, em propriedade industrial (protegida pela Lei 9.279/96), referente às criações de uso da indústria e comércio, como as invenções e marcas, e direitos autorais, criações referentes, *lato sensu*, ao deleite estético (protegidos principalmente pela Lei 9.610/98).

O interesse público nas invenções e nas criações do espírito é nota essencial desses bens imateriais. O desenvolvimento da humanidade, econômico e cultural, é imanente a eles. Observa-se essa preocupação na própria parte final do art. 5º, XXIX, mencionado *supra*, e nos arts. 218 e 219 do texto constitucional, segundo os quais, respectivamente, “o Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”, e o mercado interno é elevado à categoria de patrimônio nacional, “incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País”. Note-se, ainda, o art. 24, § 2º, da Lei 9.610/98, que atribui ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público.

A exclusividade temporária tem por fim permitir ao inventor recuperar seus investimentos e obter lucro, por um prazo presumido razoável, para que, então, sua criação reverta em favor da coletividade. A própria temporariedade, em si, culminando na passagem ao domínio público das criações técnicas e estéticas, reforça sua vocação de atender a fins públicos².

² Carlos Alberto BITTAR entende que a diferença de tensão entre os direitos englobados pelo Direito de Autor e o Direito de Propriedade Industrial reflete-se no prazo de exclusividade concedido a um e outro: “Ora, exatamente em função do grau de crise entre os direitos individuais do criador e os interesses gerais da coletividade é que se separaram as duas citadas ramificações, considerando-se que a exclusividade – em última análise, o ponto nodal da estrutura desses direitos – deve, ou não, ser mais longa em razão do interesse maior, ou menor, da sociedade, no aproveitamento da criação. Assim é que se bipartiram os direitos intelectuais, levando-se em conta que, como os bens de caráter utilitário são de interesse mais imediato para a vida comum, menor é o prazo monopolístico do criador, em comparação com os de cunho estético, em que de

Assim como se dá com qualquer outro elemento do estabelecimento comercial, o poder atual ou eventual conferido pela propriedade intelectual é, nos dias atuais, identificado e mensurado. Havendo poder econômico, e configurando-se seu abuso ou mau uso, aplicam-se as normas pertinentes, preventiva ou repressivamente.

Logo, propriedade intelectual e concorrência não são necessariamente excludentes entre si.

Existem casos em que há tensão entre ambos, mas resolvem-se pela aplicação das normas pertinentes ou por analogia, através de uma interpretação lógico-sistemática, evitando-se, por conseguinte, rigidez tal que não traga a melhor saída possível, nem liberdade tamanha que resulte em prejuízo à coletividade e em insegurança jurídica e econômica.

2. Do direito de exclusividade da propriedade intelectual

Costuma-se qualificar o privilégio exclusivo de exploração como um monopólio legal. Não é o melhor modo de conceituá-lo, no entanto, tendo em vista essa exclusividade não configurar exatamente um monopólio.

A Constituição Federal remete a “direito exclusivo” dos autores de utilização, publicação ou reprodução de suas obras (art. 5º, inciso XXVII), e a “privilégio temporário” para a utilização dos inventos industriais por seus autores (art. 5º, inciso XIX).

A Lei 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial), por sua vez, refere-se a “propriedade” (art. 6º), considerando os direitos aí protegidos bens móveis (art. 5º). Estabelece prazos de exploração para cada modalidade de propriedade industrial, como vinte anos para as patentes e quinze anos para os modelos de utilidade (art. 40), delimitando os direitos do titular.

A Lei 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais) reputa os direitos autorais bens móveis (art. 3º), determinando os negócios jurídicos que os envolvam sejam interpretados restritivamente (art. 4º).

maior alcance são os seus direitos (...) Assim, na obra intelectual resguardam-se mais os interesses do autor, com os reflexos econômicos e sociais daí decorrentes, enquanto na obra industrial o objetivo último é o aproveitamento, pela coletividade, da utilidade resultante – através de sua multiplicação ou da inserção no processo produtivo – ou o impedimento da prática de concorrência desleal” (*Direito de Autor*, 3ª ed., pp. 4-5).

O autor detém direitos morais e patrimoniais (art. 22), cabendo-lhe, exclusivamente, utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica (art. 28). A vertente patrimonial dos direitos do autor dura por toda a sua vida e até setenta anos após a sua morte (art. 41), sendo que os morais são inalienáveis, irrenunciáveis e imprescritíveis (art. 27), pois integram os direitos da personalidade. O art. 46 estabelece limitações aos direitos autorais, hipóteses que não lhe constituem ofensa, como a citação em livros, jornais ou revistas para fins de estudo, crítica ou polêmica (inciso III), e a utilização das obras literárias, artísticas ou científicas para demonstração à clientela em estabelecimento comercial (inciso V).

Assim, os direitos de propriedade intelectual são direitos temporários de propriedade, por força de lei. A exclusividade de uso, gozo e fruição decorre do próprio conceito de propriedade. Constituem direito de exclusividade sobre um bem-meio (ou bem-oportunidade), mas não sobre um bem-fim, o mercado. Logo, não é monopólio no sentido econômico³, mas direito temporário exclusivo de exploração sobre um bem, atendidas algumas condições.

3. Contornos do exercício da titularidade da propriedade intelectual

A Constituição Federal garante o direito de autor e o do inventor entre os direitos fundamentais, mas confere caráter temporário à exclusividade de exploração (art. 5º, incisos XXVII e XXIX). Determina, ainda, em vários momentos, que a propriedade deve atender à sua função social, não distinguindo a propriedade intelectual das demais (art. 5º, XXIII, art. 170, III), não existindo razões, afinal, para fazê-lo.

O Código Civil limita a liberdade de contratar à sua função social (art. 421) e estabelece, nas disposições transitórias, que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabeleci-

³ “(...) Estas propriedades intelectuais exatamente por não serem localizáveis no tempo e no espaço (...), não são mensuráveis nem exauríveis num único consumo, sendo suscetíveis de gozo simultâneo por um sem número de sujeitos. Daí o regime jurídico especial de propriedade a que ficam sujeitos. Daí o privilégio temporário. Mas não um monopólio, nem mesmo limitado. Não há, pois, incompatibilidade mas sim adequação sistemática entre os direitos garantidos no inciso XXIX do art. 5º [podemos estender aos direitos dos incisos XXVII e XXVIII] e o princípio da livre-concorrência, bem como a vedação das formas de abuso de poder econômico, disciplinadas no capítulo da ordem econômica da Constituição” (Tercio Sampaio FERRAZ JR., “Propriedade industrial e defesa da concorrência”, in Revista da ABPI n° 8, 1993, p. 11).

dos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos” (art. 2.035, parágrafo único).

O art. 2º da lei de propriedade industrial ressalta que a proteção dos direitos relativos à propriedade industrial considerará o seu interesse social e o desenvolvimento econômico e tecnológico do país, reforçando disposição constitucional (art. 5º, XXIX, *in fine*). A lei de direitos autorais não traz disposição nesse sentido, mas conformam-se à função social da propriedade e do contrato.

Além desses contornos eminentemente voltados ao interesse coletivo, a propriedade intelectual sofre das limitações e restrições aos direitos de propriedade em geral e aos contratos.

3.1. Limitação ou restrição geral à propriedade intelectual: a função social

As limitações, decorrentes da lei, estabelecem as fronteiras do direito, circunscrevendo seu alcance. As restrições, também delineadas no ordenamento, surgem para corrigir abuso ou mau uso do direito. Ou seja, as limitações nascem com o direito, enquanto as restrições o comprimem.

Discussão primeira que se tem sobre o assunto é se a função social da propriedade, que encontra fundamento na própria Constituição Federal (art. 5º, inciso XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social”), é uma limitação ou restrição ao direito de propriedade.

A distinção apresenta efeitos práticos, pois se o atendimento da função social for limitação ao direito de propriedade, ela nasce com o direito e, portanto, faz parte do conteúdo desse mesmo direito, tendo o condão, inclusive, de evitar o seu surgimento; se for restrição, atua apenas *a posteriori*, correndo seu abuso ou mau uso, mas não o constituindo.

A função social da propriedade, especialmente no campo dos direitos de propriedade intelectual, que nos interessa, advém da moderna concepção do direito e, mormente, da empresa, em que as sociedades ou companhias⁴ são instituições dotadas de responsabilidades e deveres no seio da comunidade em que se inserem. Mesmo os contratos, por disposição do Código Civil, encontram-se submetidos a essa função (art. 421).

⁴ A Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), em seu artigo 116, parágrafo único, faz menção expressa à função social da empresa.

No equilíbrio entre interesse público e interesse privado, encontramos, inclusive, justificativa da temporariedade do direito de exclusividade, cuja razão é o equacionamento entre os interesses do inventor, merecedor de prêmio por seu desforço criativo, e o da coletividade, que deve ter acesso ao conhecimento⁵.

Dentro de uma concepção em que os agentes desempenham papéis sociais e a comunicação entre eles se dá, inclusive, por meio dos bens que trocam entre si, importante torna-se saber qual a função que pessoa ou coisa exerce na vida social.

A função social da propriedade, concebida, inicialmente, como um meio de prover a subsistência de seu titular, a que se pode denominar “função privada da propriedade”, passou, com o tempo, a ter outros sentidos (deixou de identificar-se à propriedade da terra) e, com a evolução do capitalismo e dos meios de produção, outras finalidades. A “propriedade da empresa”, entendida como o poder de controle sobre dada companhia, dá bem uma idéia da inserção da idéia de “propriedade” como elemento em torno do qual gravitam e entrelaçam-se inúmeros interesses⁶.

Entendemos que a referência pura e simples à função social da propriedade remete, de maneira indicativa, ao exercício do direito de propriedade de

⁵ “Percebeu-se que, de fato, a subordinação do trabalho, ainda que intelectual, ao capital, no seu processo de valorização, caracterizou-se como condição da reprodução ampliada permanente do capitalismo. Nesse contexto, os direitos sociais coletivos, as políticas de bem-estar social e as instituições políticas acabaram atravessadas pela tensão a dividir cidadãos/consumidores e produtores, realçando-se, com isso, as dificuldades geradas no terreno da gestão social e nas formas de controle direto sobre o processo produtivo. Nesse sentido, a expressão ‘barganha social’ passou a ser utilizada, inclusive delimitando a teoria dos direitos de propriedade intelectual, para traduzir uma situação bipolarizada entre inventores e sociedade, a exigirem mútuos benefícios, em uma relação que gera, inevitavelmente, ganhos e perdas para ambos. A barganha social nada mais é, na realidade, que um balanço entre interesses públicos e privados. No contexto da propriedade imaterial, alguns objetivos formam a estrutura dessa barganha, tais como o encorajamento à atividade inventiva, prêmio aos inventores e indução à publicidade (*disclosure*) e à aplicação industrial da invenção” (Débora Andrade CAPP, “A função social da propriedade intelectual – Um estudo do caso das patentes farmacêuticas no Brasil”, in Antonio FONSECA (org.), *Limites jurídicos da regulação e defesa da concorrência*, p. 78).

⁶ Fábio Konder COMPARATO, distinguindo, primeiramente, bens de consumo de bens de produção, leciona sobre a função social destes enquanto bens que se inserem dentro do estabelecimento comercial e, portanto, no ciclo produtivo (indústria e comércio) (“Função social da propriedade dos bens de produção”, in RDM 63/72).

modo compatível com os interesses privados e coletivos. Funciona como um freio, restringindo o seu exercício sempre que detectado desvirtuamento, isto é, sempre que a propriedade for utilizada para fins diversos daqueles que a justifiquem.

A restrição pode advir de um abuso de direito, mas com ele não se confunde; a função social diz respeito a uma liberdade negativa do titular do direito de propriedade: é-lhe lícito exercê-lo desde que conforme aos ditames do Estado Democrático de Direito (que lhe estabelece restrições). Essa noção de equilíbrio dos interesses particulares e coletivos vem desde os romanos a partir da construção do abuso de direito.

Não concordamos com a posição de Cristiane Derani, que entende ser a função social da propriedade conteúdo do próprio direito de propriedade. Para a autora, o atendimento, imposto pelo ordenamento, da função social é constitutivo do próprio direito de propriedade (enquanto relação entre sujeito e objeto apropriado). Isso implica na inexistência da configuração do direito de propriedade caso não se verifique o atendimento de sua função social⁷.

Se fosse a função social da propriedade elemento constitutivo do mesmo direito de propriedade, não seria necessário o Estado promover desapropriação com indenização em dinheiro, posto que não há de se falar em “desapropriação” (desconstituição de uma relação de propriedade entre um sujeito e um bem) e “indenização” (compensação pecuniária pela ofensa ou perda de um direito) se não houver, antes de tudo, “apropriação” (existência do direito de propriedade). Ou seja, se direito não houvesse, não haveria razão para desconstituí-lo. Confira-se, *ad argumentandum*, o art. 184 da Constituição Federal⁸.

⁷ “A palavra *função*, dentro do princípio jurídico da ‘função social da propriedade’, deve ser compreendida como *conteúdo*. Ela determina o conteúdo social da relação de propriedade. Ao se dizer que a propriedade deve responder a uma função social, está-se impondo uma nova configuração pelo modo como o sujeito irá se apropriar do objeto e transformá-lo. É o desenvolvimento da relação entre sujeito e objeto apropriado que faz a propriedade existir em conformidade com o direito” (Cristiane DERANI, “A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da ‘função social’”, *in* Revista de Direito Ambiental nº 27, p. 60).

⁸ “Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei” (grifo nosso).

A função social da propriedade diz respeito, na realidade, ao atendimento de certos requisitos postos pela lei, de acordo com opção do legislador; por si mesma, é desprovida de significado maior do que mera indicação. Nem é, ainda, requisito intrínseco ao próprio direito de propriedade; mas requisito extrínseco determinado pela lei.

É o que se infere, por exemplo, dos arts. 182, § 2º, 185, parágrafo único, e 186, *caput*, respectivamente, da Constituição⁹.

Logo, a função social da propriedade é restrição, e não limitação, ao direito de propriedade, na acepção *supra*.

No caso específico da propriedade intelectual, sua função social corresponde ao atendimento balanceado dos interesses do autor e do inventor e da coletividade, como bem indica, em várias passagens, por exemplo, a Constituição Federal ao referir-se ao atendimento do interesse social e desenvolvimento econômico e tecnológico do País.

3.2. Limitações e restrições específicas dos direitos de propriedade intelectual

Dentro do Direito de Propriedade Industrial, são algumas limitações: i) as do art. 43 da Lei 9.279/96, que arrola situações que não constituem ofensa aos direitos do titular da patente, como os atos praticados por terceiros não autorizados em caráter privado e sem finalidade lucrativa (inciso I) e os praticados por terceiros com finalidade experimental, relacionados a estudos ou pesquisas científicas ou tecnológicas (inciso II); ii) a do art. 109, parágrafo único, que remete aos desenhos industriais as mesmas limitações das patentes, e a do art. 110, que impede que o beneficiário do registro oponha-se a pessoa de boa-fé que, antes do pedido de registro ou prioridade, já utilizava o desenho; e iii) as do art. 132, que estipula limitações aos direitos sobre marca.

No Direito Autoral, são, dentre outras, limitações: i) as do art. 46 da Lei 9.610/98, que garante, entre outros, o *fair use* (inciso II), isto é, uma cópia

⁹ “Art. 182. (...) § 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”; “Art. 185. (...) Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social”; e “Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: (...)”.

da obra para uso pessoal, sem fins lucrativos. O conceito de *fair use* foi reforçado pela Lei 10.695, de 1º de julho de 2003, que modificou o art. 184 do Código Penal e acrescentou-lhe o § 4º, que dispõe não constituir violação “(...) cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto”; ii) a do art. 47, que permite paráfrases e paródias; e iii) a do art. 48, que permite que as obras situadas permanentemente em locais públicos sejam reproduzidas livremente.

Restrições, no campo do direito de propriedade industrial, são, basicamente, todas aquelas que evocam o licenciamento compulsório¹⁰, sendo a caducidade por não uso ou abuso do privilégio a restrição máxima (arts. 80 e 142). Às marcas, por sua natureza e função, não se aplicam as normas sobre licença compulsória.

A lei é silente sobre o abuso ou não uso de direitos autorais, mesmo a lei de proteção do *software* (Lei 9.609/98). Nada obsta, contudo, a análise de caso concreto e a imposição de medidas pela autoridade administrativa antitruste, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ou pelo Judiciário, caso haja suspeita de infração atual ou potencial à ordem econômica.

4. A ordem econômica e a propriedade intelectual

Podem-se mencionar, dentre tantas, quatro principais potenciais formas de abuso do poder econômico através desses direitos: i) nos contratos de licenciamento dos direitos, elaborados de forma a restringir a concorrência; ii) no uso desses direitos para reforçar abusivamente posição dominante; iii) na formação de cartel; e iv) como restrições subsidiárias (*ancillary restrictions*) resultantes de atos de concentração¹¹.

Todas essas formas, porém, podem resultar, em última análise, do contrato de licenciamento, mormente o em *pool*.

¹⁰ “Dentro das restrições ao direito de exclusividade podemos incluir toda a temática relativa ao regime de licenças obrigatórias. Não pode o titular da patente opor seu direito nos casos em que se impor a supremacia do interesse público. Assim, por exemplo, admite-se a restrição aos direitos do titular da patente por razões de ordem pública, interesse nacional, proteção da saúde pública e proteção da concorrência” (Luiz Guilherme de Andrade Vieira LOUREIRO, “Licença obrigatória como instrumento de combate ao abuso de posição dominante”, in Revista do IBRAC vol. 10, nº 1, p. 112).

¹¹ Bryan HARRIS, “Intellectual Property Law in the European Union”, p. 63, Pierce Law’s IP Mall, disponível em http://www.ipmall.info/hosted_resources/harris_iplaw.asp, acessado em 10 fev. 2004.

Assim, antes de serem apresentados instrumentos de conciliação entre a concorrência e a propriedade intelectual, será ilustrada a tensão entre ambas a partir do exemplo do contrato de licenciamento em *pool*.

4.1. *Pool de direitos de propriedade intelectual*

Especialmente no mercado de alta tecnologia, a fim de minimizar custos, facilitar a pesquisa, desenvolvimento e reprodução dos produtos e evitar a infringência de direitos, os agentes costumam reunir-se e elaborar um instrumento jurídico por meio do qual disponibilizam, num único pacote, os direitos de propriedade intelectual necessários à produção e exploração de dada tecnologia final. Por vezes, é constituída uma pessoa jurídica cuja finalidade é receber os direitos dos agentes, através de licenciamento, avaliá-las e, por fim, constituir o *pool* (agregado de direitos), licenciando-os de volta, em bloco ou individualmente, para quem quiser, num sistema de licença cruzada (*cross-licensing*) ou a terceiros.

A licença cruzada ocorre quando titulares licenciam direitos entre si. Se o *pool* destinar-se a sublicenciar direitos apenas entre os seus contratantes, estar-se-á diante de inúmeras licenças cruzadas simultâneas.

O *pool* traduz-se, assim, na agregação, em um único pacote, de vários direitos de propriedade intelectual de dois ou mais titulares, que os sublicenciam entre si ou para terceiros.

Os efeitos anti ou procompetitivos do *pool* dependem, essencialmente, dos termos do contrato celebrado entre os contratantes.

Se o licenciamento é exclusivo para os participantes do *pool* e as tecnologias depositadas sob sua administração são competitivas entre si, há alta probabilidade de o contrato gerar efeitos anticompetitivos. A agregação de tecnologias que competem no mesmo mercado pode significar a criação de barreiras à entrada ou à permanência de concorrentes¹². O *pool* pode ser, assim, um manto para esconder ou disfarçar uma cartelização ou um acordo vertical.

¹² “Cross-licensing and pooling arrangements can have anticompetitive effects in certain circumstances. For example, collective price or output restraints in pooling arrangements, such as the joint marketing of pooled intellectual property rights with collective price setting or coordinated output restrictions, may be deemed unlawful if they do not contribute to an efficiency-enhancing integration of economic activity among the participants. Compare *NCAA* 468 U.S. at 114 (output restriction on college football broadcasting held unlawful because it was not reasonably related to any purported justification) with *Broadcast Music*, 441 U.S. at 23 (blanket license for music copyrights

Se o objetivo do *pool* é, contudo, facilitar o acesso a todos os direitos necessários à exploração legal de dada tecnologia final, reunindo-os todos e reduzindo custos e economizando tempo, tende a ser procompetitivo¹³.

Indícios fortes da licitude do *pool* são: i) a existência de cláusula de não-exclusividade de licenciamento, permitindo aos interessados adquirir as tecnologias do *pool* em bloco ou em apartado de cada um de seus respectivos titulares; ii) a inexistência de venda casada entre tecnologias protegidas (proprietárias) e não protegidas (em domínio público); e iii) a existência de tecnologias complementares entre si, que não compitam no mesmo mercado relevante.

4.1.1. Cláusula de exclusividade

A cláusula de exclusividade pode operar sobre a exploração dos direitos pelo próprio titular ou pelo licenciado.

A exclusividade pode traduzir-se, principalmente: i) na abstenção de exploração, por parte do licenciador, dos direitos licenciados; ii) na exclusividade de exploração dos direitos pelo licenciado, concorrentemente ou não em relação ao licenciador; e iii) na proibição do licenciado de licenciar, vender, distribuir ou utilizar produtos cujas tecnologias pertencem a empresas concorrentes.

found not per se illegal because the cooperative price was necessary to the creation of a new product). When cross-licensing or pooling arrangements are mechanisms to accomplish naked price fixing or market division, they are subject to challenge under the per se rule. See *United States v. New Wrinkle, Inc.*, 342 U.S. 371 (1952) (price fixing)” (*IP Guidelines*, elaborado em conjunto pelo *Department of Justice* e a *Federal Trade Commission* do EUA). Para Calixto SALOMÃO FILHO, “conseqüências negativas que podem advir dos contratos de licenciamento é a facilitação dos *pools* de patentes. Por sua importância, essas estruturas merecem tratamento à parte. Os acordos entre detentores de patentes de certa indústria, na medida em que reúnem todo o progresso tecnológico e, sobretudo, reúnem os detentores do maior potencial de progresso tecnológico do mercado, representam importantíssima barreira à entrada para novas empresas. Assim, setores em que as patentes têm importância estratégica (como os setores químico e farmacêutico, por exemplo) requerem particular atenção dos órgãos de controle concorrencial” (*Direito Concorrencial – As condutas*, p. 142).

¹³ “Cross-licensing and pooling arrangements are agreements of two or more owners of different items of intellectual property to license one another or third parties. These arrangements may provide procompetitive benefits by integrating complementary technologies, reducing transaction costs, clearing blocking positions, and avoiding costly infringement litigation. By promoting the dissemination of technology, cross-licensing and pooling arrangements are often procompetitive” (*IP Guidelines*).

A proibição de o licenciado explorar tecnologias concorrentes tem características semelhantes às dos contratos de distribuição. Os argumentos que a justificam são análogos: evitar a possibilidade de aproveitamento gratuito dos direitos licenciados pelos rivais e promover o aperfeiçoamento das tecnologias graças à uma relação entre os licenciadores e os licenciados¹⁴.

A exclusividade pode ser observada, ainda, quando, embora conste do contrato cláusula formal de não exclusividade, as condições sejam tais que inviabilizem o sublicenciamento..

4.1.2. Cláusula de *grantback*

Os contratos de licença geralmente possuem cláusula que garante ao licenciador o direito de exploração sobre quaisquer melhoramentos desenvolvidos pelo licenciado: a cláusula de *grantback* (“retrocessão” ou “retrolicença”).

A cláusula de *grantback* pode ser benéfica à concorrência, à medida que colabore na promoção do desenvolvimento tecnológico e incentive a competição.

Se o titular da patente, por exemplo, não puder usufruir dos melhoramentos efetuados em sua invenção, poderá perder competitividade no mercado, especialmente na área de alta tecnologia, em que os avanços ocorrem em ritmo vertiginoso. Por outro lado, se o licenciado não tiver condições de explorar livremente eventuais melhorias que desenvolver no invento, como ocorreria com uma cláusula de *grantback* exclusivo, desaparece o incentivo ao desenvolvimento tecnológico.

Assim, não sendo o *grantback* exclusivo ou restritivo, não oferece grandes riscos de violação ao direito concorrencial. Caso contrário, pode configurar hipótese do artigo 21, incisos IV e XVI, combinado com o artigo 20, incisos I, II e IV, da Lei 8.884/94¹⁵.

¹⁴ Antonio Carlos Machado de ANDRADE JR., “Política de concorrência e os direitos de propriedade intelectual”, in Revista do IBRAC, vol. 9/1, pp. 22-3.

¹⁵ Segundo Calixto SALOMÃO FILHO, “essa prática [de *grantback*] é perversa, por várias razões. Em primeiro lugar, leva ao reforço da posição de dominação do detentor da patente, na medida em que lhe permite controlar os futuros progressos tecnológicos. Ademais, desestimula gravemente o progresso tecnológico, tornando economicamente desinteressante para o licenciado investir em tecnologia. Reverte, portanto, todos os fundamentos econômicos e jurídicos para a concessão das patentes, configurando diretamente os ilícitos dos arts. 68, *caput*, da lei de propriedade industrial e 20, II, da lei

Inovação trazida pela Lei 9.279/96 é o dispositivo segundo o qual o aperfeiçoamento introduzido em *patente* licenciada pertence a quem o fizer, sendo assegurado à outra parte contratante o direito de preferência para seu licenciamento (art. 63). Cláusula contratual que estipule cessão obrigatória de melhorias efetuadas pelo licenciado em invenção é, desse modo, inválida. Não há disposição semelhante em relação a outros direitos de propriedade intelectual.

4.2. Pools anti e procompetitivos

Exemplo de *pool* anticompetitivo, verdadeiro cartel de fixação de preços, é do caso *Summit Technology/VISX*, enquanto de benéfico, procompetitivo, é o administrado pela *MPEG LA, LLC*. Ambos são casos ocorridos nos EUA.

4.2.1. Caso Summit Technology/Visx

A *Summit Technology Inc.* e a *VISX Inc.* eram as duas companhias nos EUA que detinham as patentes e a aprovação da *Food and Drug Administration (FDA)* para comercializar equipamentos para cirurgia de olho (cirurgia corretiva de visão) com uma tecnologia a *laser* denominada “*photorefractive keratectomy*” (PRK).

A *Summit* e a *VISX* licenciaram a maioria das patentes relacionadas à PRK a uma entidade de fachada denominada *Pillar Point Partnership*. Essa entidade (“parceria”) então licenciou todo o *portfolio* de patentes apenas para a *Summit* e a *VISX*. Ambas venderam ou arrendaram os equipamentos para médicos e sublicenciaram-lhes os direitos de utilizar os procedimentos da PRK.

O contrato de *pool* determinava que a *Summit* e a *VISX* deveriam pagar uma taxa que variava de US\$ 30,00 a US\$ 250,00 à *Pillar Point* toda vez que os procedimentos de PRK fossem realizados, sendo que ambas, a seu turno, cobravam dos respectivos sublicenciados uma taxa por procedimento de igual valor. As companhias estabeleceram o preço no patamar mais alto, de US\$ 250,00, com algumas pequenas exceções¹⁶. A *Summit* e a *VISX* não

antitruste” (*Direito Concorrencial – As condutas*, p. 142). Cremos que tal raciocínio é verdadeiro dependendo da análise das condições do *grantback* no caso concreto.

¹⁶ *Summit Technology, Inc. a Corporation, and VISX, Inc., a Corporation. Complaint.* Docket No. 9286 (<http://www.ftc.gov/os/1998/03/summit.cmp.htm>).

tinham qualquer incentivo para diminuir os preços, já que o *pool* obrigava as duas companhias a pagar à “parceria” esse montante¹⁷.

A *Federal Trade Commission*, em março de 1998, entrou com uma medida contra o *pool* alegando que: i) o contrato eliminava competição entre a *Summit* e a *VISX* que, de outro modo, existiria nos mercados de equipamentos, licenciamento de patentes e tecnologias relacionados à PRK; ii) a exclusividade advinda do contrato restringia o acesso de outros concorrentes à tecnologia de PRK através da redução dos incentivos de ambas as companhias de licenciar a outras; e iii) as taxas estipuladas aumentaram significativamente os preços que os consumidores pagavam pela operação via PRK, já que o valor cobrado foi estipulado, no geral, no patamar mais alto de US\$ 250,00¹⁸.

Em agosto de 1998, as acusações foram retiradas através de um acordo entre as empresas e a *FTC*, que impediu a continuação do *pool*.

4.2.2. Caso MPEG-2

O MPEG-2 é uma tecnologia de compactação de áudio e vídeo usada principalmente na indústria da televisão e do cinema, pois é o padrão dos DVDs e um dos da televisão digital¹⁹. O MPEG-2 é formado, por sua vez, por inúmeras tecnologias de diferentes titulares.

A fim de facilitar a sua difusão, sem correr riscos de infringir quaisquer direitos de propriedade intelectual, os proprietários dessas tecnologias decidiram unir-se e criar a *MPEG LA, LLC* para administrá-las.

Pelo acordo, as empresas licenciariam, não exclusivamente, suas patentes à *MPEG LA*, que tão-só as sublicenciaria e recolheria e redistribuiria os *royalties* entre os licenciadores.

¹⁷ Sheila F. ANTHONY, “Antitrust and Intellectual Property Law: from Adversaries to Partners”, in *AIPLA Quarterly Journal*, Volume 28, Number 1, p. 8.

¹⁸ *Idem, ibidem*. Cf. *Summit Technology, Inc. a Corporation, and VISX, Inc., a Corporation. Complaint. Docket No. 9286* (<http://www.ftc.gov/os/1998/03/summit.cmp.htm>).

¹⁹ *Moving Picture Expert Group* - http://www.chiariglione.org/mpeg/who_we_are.htm. O MPEG-2 é um padrão internacional de compressão de áudio e vídeo aprovado pela *Motion Picture Experts Group* da *International Organization for Standards (ISO)* e da *International Electrotechnical Commission (IEC)* e pela *International Telecommunication Union Telecommunication Standardization Sector (ITU-T)*. Contém nove partes operativas.

Antes de formalizar o contrato, fizeram uma consulta ao *Department of Justice (DOJ)*, que, após avaliá-lo, decidiu não tomar qualquer medida por uma série de razões: i) o *pool* incluía apenas tecnologias complementares, não competitivas entre si, e essenciais ao atendimento do padrão MPEG-2; ii) as licenças eram não exclusivas, ou seja, cada patente permanecia à disposição, individualmente, de seus titulares; iii) a essencialidade e, conseqüentemente, a inclusão de patentes no *pool* foi decidida por um experto isento, pago pela associação²⁰; iv) as condições de acesso ao *pool* eram iguais a todos, isto é, o *portfolio* era oferecido nos mesmos termos e condições a todos os licenciados; v) a competição unilateral com o padrão MPEG-2 era permitida, isto é, não havia impedimentos para que os licenciadores desenvolvessem tecnologias alternativas; e vi) a criação de eficiências, já que o acordo reduzia o tempo e despesa necessários para acumular as licenças requeridas na elaboração de produtos com o MPEG-2²¹.

O *pool* de patentes e o licenciamento devem, portanto, ser analisados detidamente no caso concreto, pois, por originarem-se de acordo entre particulares, estão sujeitos a abusos. Muitos ilícitos da Lei 8.884/94 podem emergir, como prejuízo à livre concorrência ou dominação de mercados através da divisão de mercados, da criação de barreiras à entrada e permanência de competidores, do impedimento de acesso dos concorrentes à tecnologia (“matéria-prima”), da discriminação entre adquirentes (estabelecendo preços distintos entre competidores ou muito elevados) e açambarcamento ou impedimento da exploração de direitos de propriedade intelectual, entre outros (art. 21, incisos III, IV, VI, XII e XVI, respectivamente, combinado com o art. 20).

5. Equacionando a propriedade intelectual e a concorrência

Em 1995, a *Federal Trade Commission (FTC)* e o *Department of Justice (DOJ)* dos EUA elaboraram um manual para o licenciamento de propriedade intelectual levando em consideração seus efeitos na concorrência, o *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property (IP Guidelines)*. A análise aí desenvolvida sustenta-se sobre três princípios fundamentais: i)

²⁰ Para a definição de essencial, considerou-se i) se não havia tecnologia alternativa para cada patente incluída no *pool* e ii) que as patentes nele incluídas eram úteis para o MPEG somente combinadas (Sheila F. ANTHONY, , “Antitrust and Intellectual Property Law: from Adversaries to Partners”, in *AIPLA Quarterly Journal*, Volume 28, Number 1, p. 7).

²¹ Sheila F. ANTHONY, “Antitrust and Intellectual Property Law: from Adversaries to Partners”, in *AIPLA Quarterly Journal*, Volume 28, Number 1, pp. 7-8 e Joel I. KLIEN, *Business Review Letter* 1170, June 26, 1997.

aplicam-se os mesmos princípios gerais da concorrência às condutas envolvendo propriedade intelectual. Reconhece-se, entretanto, que a propriedade intelectual apresenta algumas características especiais; ii) não se presume que a propriedade intelectual crie poder de mercado; e iii) considera-se, a princípio, que o licenciamento de propriedade intelectual seja procompetitivo²².

A propriedade intelectual confere a seu titular, por força de normas constitucionais (cf. art. 5º, incisos XXVII e XXIX) e leis ordinárias (cf. Leis 9.279/96, 9.609/98 e 9.610/98), direito *exclusivo* e *temporário* de exploração. Não implica, porém, qualquer imunidade ou isenção dos direitos de propriedade intelectual em relação às normas concorrenciais.

Esses direitos são igualmente norteados pelos princípios da ordem econômica, dentre os quais encontram-se a função social da propriedade e a livre (e leal) concorrência (cf. art. 170, incisos III e IV da Constituição Federal). Se as normas concorrenciais aplicam-se inclusive aos monopólios legais (cf. art. 15, *in fine*, da Lei 8.884/94), regem, certamente, o especial direito de exclusividade dos direitos de propriedade intelectual.

A interpretação e aplicação das normas de propriedade intelectual devem ser harmônicas com tais princípios, dentre os quais destaca-se o da livre concorrência. Conforme art. 7º do TRIPs, “a proteção e a aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual devem contribuir para a promoção da inovação tecnológica e para a transferência e difusão de tecnologia, em benefício mútuo de produtores e usuários de conhecimento tecnológico e de uma forma conducente ao bem-estar social e econômico e a um equilíbrio entre direitos e obrigações”.

Calixto Salomão Filho chega a afirmar que “(...) [a] complementaridade do direito industrial [e do direito de autor, entendemos] ao direito antitruste não é derogatória. Pelas suas próprias origens recentes, de inspiração concorrencial, está e deve estar o direito industrial permeado pelos princípios concorrenciais. Antes que uma justificativa para a desaplicação do direito concorrencial, o direito industrial é um caso especial de sua aplicação”²³.

²² Sheila F. ANTHONY, “Antitrust and Intellectual Property Law: from Adversaries to Partners”, in *AIPLA Quarterly Journal*, Volume 28, Number 1, Winter 2000, p. 4.

²³ *Direito Concorrencial - As condutas*, p. 132.

O direito de exclusividade temporário, portanto, não confere poder ilimitado a seu titular.

A interpretação das normas pode ter reflexo na própria concessão do direito. Grande exemplo é o requisito de “atividade inventiva” que a Lei 9.279/96 traz para a concessão de patentes (art. 8º). O art. 13 dispõe que “a invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica”, e o art. 14 que “o modelo de utilidade é dotado de ato inventivo sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira comum ou vulgar do estado da técnica”. Esse requisito, inexistente no Código de Propriedade Industrial anterior, pode modificar as invenções e modelos de utilidade patenteáveis de acordo com a interpretação que se lhe dê.

“Exigir que exista atividade inventiva é impor que, do ponto de vista científico, haja uma dificuldade vencida ou, ao menos, um resultado inesperado. (...) Por outro lado, não pode se tratar de descoberta de algo que já existia na Natureza”²⁴. Ou seja, o requisito “atividade inventiva”, se interpretado como o alcance, via pesquisa e desenvolvimento, de algo novo, inédito, acaba restringindo as possíveis invenções ou modelos de utilidade patenteáveis, especialmente as denominadas “patentes de segundo uso” (patente para proteger novo uso ou melhoramento de bem patenteado anteriormente). Faz com que não sejam patenteáveis, também, por exemplo, plantas e resultados naturalmente decorrentes de seu uso²⁵. O art. 2º, *caput*, da Lei nº 5.648, de 11 de dezembro de 1970 (Lei do INPI), com redação dada pelo art. 240 da Lei 9.279/96, abre espaço para que o INPI interprete a lei de modo a atender mais aos interesses sociais, dispondo que: “O Instituto tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial tendo em vista a sua *função social*, econômica, jurídica e técnica” (grifo nosso).

A harmonização entre a propriedade intelectual e a concorrência pode ocorrer i) voluntariamente, por iniciativa dos próprios agentes do mercado; ii) de maneira coordenada entre os agentes do mercado e o Estado; iii) imperativamente, pelo Estado; ou iv) de maneira contenciosa (ou via jurisdição voluntária), recorrendo-se à instância administrativa ou judicial para assegurar o cumprimento das regras pertinentes.

²⁴ Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial – As condutas*, p. 135.

²⁵ Calixto SALOMÃO FILHO, palestra proferida no Seminário “10 anos do TRIPS: Em Busca da Democratização do Acesso à Saúde”, realizado em São Paulo nos dias 11 e 12 de março de 2004.

No campo da tecnologia, que envolve, não raro, um complexo de direitos de propriedade intelectual, a auto-regulação pelos agentes do mercado e a regulação externa adquirem suma importância, tanto para estabelecer padrões (*standards*) quanto para evitar e reprimir práticas nocivas à concorrência.

No âmbito da auto-regulação, sobressaem-se entidades como a MPEG LA, criada por empresários detentores das “subtecnologias” necessárias para a formação e exploração da tecnologia MPEG-2 e que exerce as funções de: i) padronização, seguindo as especificações do Moving Pictures Expert Group, grupo de trabalho da *ISO/IEC*²⁶; ii) reunião das tecnologias necessárias à configuração da MPEG-2, de modo a diminuir custos e a evitar práticas anticoncorrenciais; e iii) coleta e redistribuição de *royalties* proporcionais à contribuição em termos de propriedade intelectual de seus participantes.

Note-se o papel da *ISO* (*International Organization for Standardization*), organização internacional não-governamental responsável pelo estabelecimento de padrões em várias áreas, incluindo a de alta tecnologia, e de conformação no atendimento a esses padrões. A *ISO* é exemplo de regulação coordenada entre o setor privado e o setor público, tendo em vista que dentre seus membros encontram-se representantes dos empresários e de diversos governos²⁷.

Para algumas áreas, existem órgãos especiais, como, no Brasil, por exemplo, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), autarquia especial, que tem funções de expedição de normas técnicas (como a definição

²⁶ A *ISO/IEC* é organização cuja função, entre outras, é de estabelecer padrões de tecnologias. No caso, padrões relacionados à tecnologia de compressão, descompressão, processamento e codificação de imagens em movimento, áudio e sua combinação (cf. <http://www.iso.org/iso/en/prods-services/popstds/mpeg.html>).

²⁷ “ISO is a network of the national standards institutes of 148 countries, on the basis of one member per country, with a Central Secretariat in Geneva, Switzerland, that coordinates the system. ISO is a non-governmental organization: its members are not, as is the case in the United Nations system, delegations of national governments. Nevertheless, ISO occupies a special position between the public and private sectors. This is because, on the one hand, many of its member institutes are part of the governmental structure of their countries, or are mandated by their government. On the other hand, other members have their roots uniquely in the private sector, having been set up by national partnerships of industry associations. Therefore, ISO is able to act as a bridging organization in which a consensus can be reached on solutions that meet both the requirements of business and the broader needs of society, such as the needs of stakeholder groups like consumers and users” (<http://www.iso.org/iso/en/aboutiso/introduction/index.htm>, acessado em 01/10/2004). Semelhante papel é desenvolvido no Brasil pela ABNT.

de espectro de radiofrequências), de fiscalização do setor e, no que interessa ao presente, de “exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE” (art. 19, inciso XIX, da Lei 9.472, de 16 de julho de 1997 – Lei Geral de Telecomunicações). A ANATEL, assim, constitui modalidade de regulação estatal, que possui, dentre outras atribuições, a de conformação do setor com a “competição livre, ampla e justa” (art. 127, II, da Lei 9.472/97). No exercício de suas competências, pode, se necessário, adotar medidas que corrijam desvirtuamentos da concorrência, mesmo que envolvam direitos de propriedade intelectual.

Falhando ou inexistindo regulação em quaisquer das modalidades, nosso ordenamento oferece meios para garantir a concorrência e evitar e reprimir o abuso ou mau uso dos direitos de propriedade intelectual.

São alguns deles: i) o licenciamento compulsório de patentes, se o titular “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” (art. 68, *caput*, da Lei 9.279/96 e art. 24, inciso IV, *a*, da Lei 8.884/94), em caso de “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” (art. 68, § 1º, I, da Lei 9.279/96) ou de “comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado” (art. 68, § 1º, II, da Lei 9.279/96); ii) a caducidade das patentes, prevista na Lei 9.279/96, seguindo-se lógica e cronologicamente ao licenciamento compulsório; iii) a teoria do abuso de direito (art. 187 do Código Civil); iv) a medida preventiva, o compromisso de cessação e o compromisso de desempenho, previstos na Lei 8.884/94, além do poder do CADE e do Judiciário de tomar medidas, cautelares ou definitivas, necessárias à manutenção ou restabelecimento de um ambiente concorrencial livre e leal; e v) o direito de ação e a ação civil pública, nos termos da Lei 7.347/85, que pode ser proposta caso haja danos morais e patrimoniais causados “por infração da ordem econômica e da economia popular” (art. 1º, VI) e pode ter por objeto “a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (art. 3º).

Há medidas não explicitamente previstas na legislação, mas que podem ser tomadas, como o licenciamento compulsório de direitos autorais. O Código de Processo Civil confere poderes ao juiz para tomar as medidas

necessárias à obtenção da tutela pretendida em execução de fazer ou não fazer, como vê-se no art. 461, *caput* e § 5º²⁸.

Deve haver ponderação entre fins e meios. A essa ponderação pode-se denominar “princípio da proporcionalidade”, que tem fundamento, no Brasil, no Preâmbulo da Constituição Federal e em todo o seu texto²⁹ e tem resguardo na concepção de Estado Democrático de Direito, cujo fim engloba a noção de atendimento e respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos³⁰.

²⁸ “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se precedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...) § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

²⁹ “A Carta Brasileira de 1988 assimilou, de um modo geral, as tendências do novo arquétipo do Estado constitucional. A par de expressamente considerar a dignidade humana princípio fundamental do Estado Brasileiro (art. 1º) e de aumentar, em relação às Constituições anteriores, o rol dos direitos e garantias fundamentais, conferiu-lhes *aplicabilidade imediata* (art. 5º, § 1º) e tratou de assegurar-lhes expectativa de expansão, segundo a cláusula aberta assim redigida: ‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’ (art. 5º, § 2º). Ainda sinalizando mudanças substanciais para dar especial proteção aos direitos fundamentais, a Constituição de 1988, mantendo a garantia de eternidade (art. 60, § 4º, IV) e o princípio da reserva legal (art. 5º, II), ampliou o princípio da proteção judiciária (art. 5º, XXXV) com a criação de instrumentos processuais tendentes a coibir a omissão legislativa, como o mandado de injunção (art. 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º), e explicitou a garantia do devido processo legal para a restrição de liberdade ou da propriedade (art. 5º, LIV). O *princípio da proporcionalidade*, como uma das várias idéias fundantes da Constituição, tem assento justamente aí, nesse contexto normativo no qual estão introduzidos os direitos fundamentais e os mecanismos de respectiva proteção. Sua aparição se dá a título de *garantia especial*, traduzida na exigência de que toda intervenção estatal nessa esfera se dê por necessidade, de forma adequada e na justa medida, objetivando a máxima eficácia e otimização dos vários direitos fundamentais concorrentes” (Suzana de Toledo BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p. 95). Embora a autora refira-se apenas ao direitos fundamentais, cremos o princípio ser de igual aplicação a qualquer direito, especialmente aqueles garantidos constitucionalmente.

³⁰ Willis Santiago GUERRA FILHO, “Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito”, in GRAU, Eros Roberto, e GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.), *Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, 1ª ed., p. 270.

Tem de prevalecer, assim, na prevenção e solução de conflitos entre os bens jurídicos “propriedade intelectual” e “concorrência”, o razoável, os meios adequados, úteis e necessários. As constrições devem ser as menores possíveis, mas não tão baixas a ponto de se tornarem sem sentido, nem altas a ponto de sufocarem o próprio princípio ou direito restringido. A razoabilidade implica, por último, na menor interferência no *status quo ante*, com vistas a assegurar a máxima segurança jurídica e mínima intervenção estatal na esfera jurídica das pessoas³¹.

Denis Borges Barbosa arremata a questão da aplicação do princípio da proporcionalidade (ou razoabilidade) à propriedade intelectual desta maneira: “Dessas manifestações da regra de balanceamento de interesses se pode depreender que a lei de patentes ou de direitos autorais não é um estatuto de proteção ao investimento – e nem dos criadores e inventores; não é um mecanismo de internacionalização do nosso direito nem um lábaro nacionalista; é e deve ser lida como um instrumento de medida e ponderação, uma proposta de um justo meio e assim interpretado. E no que desmesurar deste equilíbrio tenso e cuidadoso, está inconstitucional”³².

5.1. Licenciamento compulsório de patente por exercício abusivo ou por prática de abuso de poder econômico

“Art. 5º, A, (2). Cada país da União terá a faculdade de adotar medidas legislativas prevendo a concessão de licenças obrigatórias para prevenir os abusos que poderiam resultar do exercício do direito exclusivo conferido pela patente, como, por exemplo, a falta de exploração” (Convenção da União de Paris, revisão de Estocolmo de 1967, promulgada, não inteira, pelo Decreto nº 75.572/75 e, integralmente, pelo Decreto nº 635/92).

³¹ Denis Borges BARBOSA, *Uma introdução à propriedade intelectual*, p. 105. “O princípio da proporcionalidade é, assim, o guia por excelência das escolhas públicas a serem feitas, que, se, por um lado, devem atender ao interesse público, por outro, devem fazê-lo da maneira menos constritiva à livre iniciativa, e mesmo nas modalidades regulatórias em que esta esteja em princípio excluída (monopólios e serviços públicos) devem buscar propiciar o acesso à atividade ao maior número possível de agentes econômicos privados (concessionários e permissionários)”. Cf. Alexandre Santos de ARAGÃO, “O princípio da proporcionalidade no Direito Econômico”, in RDM 121/80-1.

³² *Uma introdução à propriedade intelectual*, p. 111.

O licenciamento compulsório de patentes é previsto no art. 68 da Lei 9.279/96: “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”. O seu § 1º ainda dispõe que enseja licença compulsória “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” (alínea “a”) e “a comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado” (alínea “b”).

A Lei 8.884/94, por sua vez, prevê a penalidade de recomendação aos órgãos públicos para que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator (art. 24, IV, “a”). Esse artigo, ao contrário do art. 23, que determina penalidades que *deverão* ser aplicadas, estabelece penalidades que *poderão* sê-lo, “quando assim o exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral”.

Na Consulta Prévia 031/99 ao CADE, requisitada pelo Ministério da Saúde, o Conselheiro Mércio Felsky traçou os requisitos para a aplicação desse dispositivo. Em seu voto, ponderou que quaisquer das condutas do art. 21 da lei antitruste, além de outras, à medida que constituam hipótese prevista no art. 20, podem levar a aplicação do licenciamento compulsório³³. Ressaltou, contudo, que a abusividade deve decorrer de poder econômico conferido pela patente e, ainda, que a gravidade da conduta infrativa ou o interesse público geral exijam sua imposição³⁴.

A gravidade da infração deve ser analisada no caso concreto, tendo em vista os critérios do art. 27 para a aplicação das penas, entre outros³⁵. O interesse público geral é noção que também só caberá avaliar na situação *in concreto*.

³³ “Todas as condutas elencadas no art. 21, bem como outras, uma vez caracterizadas como infrativas, podem levar à imposição da referida penalidade. Contudo, a abusividade da conduta tem que estar relacionada a um poder econômico conferido por patente – poder de monopólio. A penalidade deve decorrer, portanto, da constatação do uso abusivo desse poder pelo seu detentor. Se a abusividade constatada não apresentar qualquer relação com o poder econômico decorrente da patente, não há que se aplicar a penalidade prevista no art. 24, inciso IV, alínea “a” da Lei n. 8.884/94” (Consulta Prévia 031/99, Conselheiro Mércio FELSKY, p. 3).

³⁴ Consulta Prévia 031/99, Conselheiro Mércio FELSKY, p. 3.

³⁵ “No que concerne ao art. 24, a gravidade da infração veio como critério não para a gradação da penalidade, mas como critério definidor de sua aplicação; ou seja, de

Em síntese, para que possa ser aplicada a penalidade do art. 24, IV, “a”, da Lei 8.884/94 três são os requisitos: i) conduta caracterizada como infrativa; ii) existência de nexo causal entre a conduta infrativa e o poder econômico conferido pela patente; e iii) que a gravidade da infração exija a aplicação de tal penalidade.

A Lei 9.456, de 25 de abril de 1997 (Lei de Proteção de Cultivares)³⁶, por sua vez, dispõe da matéria expressamente nos arts. 28 a 35, regulamentando a atuação do CADE no procedimento de licença dentro de seu âmbito de aplicação. Licença compulsória, nos termos dessa lei, é “o ato da autoridade competente que, a requerimento de legítimo interessado, autorizar a exploração da cultivar independentemente da autorização de seu titular, por prazo de três anos prorrogável por iguais períodos, sem exclusividade e mediante remuneração na forma a ser definida em regulamento” (art. 29).

Há algumas peculiaridades no procedimento, como o parecer técnico, recomendando ou não a licença compulsória, do Serviço Nacional de Proteção de Cultivares (SNPC), órgão ligado ao Ministério da Agricultura e do Abastecimento responsável pela proteção dos direitos de propriedade intelectual dos cultivares no Brasil (art. 3º, inciso XIV, do Decreto 2.366 de 5 novembro de 1997).

Segundo o art. 33, de decisão do CADE que determinar a concessão da licença compulsória não cabe recurso no âmbito da Administração nem medida liminar judicial, salvo, neste caso, na hipótese de ofensa ao devido processo legal (disposição que pode levar a muitas discussões acerca da constitucionalidade de se afastar a apreciação do assunto pelo poder judiciário). Aplica-se, subsidiariamente, a Lei 9.279/96 ao procedimento.

Não há previsão legal de licenciamento compulsório para as demais formas de propriedade intelectual.

acordo com a intensidade da gravidade da infração, que já é avaliada com o propósito de dosimetrar as penas do art. 23, decidir-se-á pela aplicação ou não das penalidades do art. 24, estando, portanto, o aplicador da norma, nessa decisão, vinculado àquela avaliação” (Consulta Prévia 031/99, Conselheiro Mércio FELSKY, pp. 6 e 7).

³⁶ Para os efeitos da lei, cultivar é “a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos (...)” (artigo 3º, inciso IV).

5.2. Caducidade de patente

A caducidade é a extinção do direito antes da expiração do prazo devido a motivos arrolados na lei³⁷. Com a adesão do Brasil à Revisão de Estocolmo (1967) da CUP, a caducidade tornou-se, praticamente, letra morta, já que a CUP prevê a possibilidade de caducidade da patente por abuso, quando a concessão de licença compulsória não tenha sido suficiente para coibi-lo. Ressalva que não pode ser requerida caducidade de patente antes de decorridos dois anos da primeira licença obrigatória (CUP, Art. 5º, (2)).

A adesão à CUP traduz-se no artigo 80 da LPI, que determina que “caducará a patente, de ofício ou a requerimento de qualquer pessoa com legítimo interesse, se, decorridos 2 (dois) anos da concessão da primeira licença compulsória, esse prazo não tiver sido suficiente para prevenir ou sanar o abuso ou desuso, salvo motivos justificáveis”.

“A patente caducará quando, na data do requerimento da caducidade ou da instauração de ofício do respectivo processo, não tiver sido iniciada a exploração” (art. 80, § 1º).

5.3. Teoria do abuso de direito

O art. 188, I, do Código Civil não considera atos ilícitos os praticados em legítima defesa “ou no exercício regular de um direito reconhecido”.

O direito de exclusividade atribuído pela propriedade intelectual, decorrente da lei, não fere, obviamente, o mesmo ordenamento jurídico em que se insere. Mas, conforme o art. 187 do Código Civil, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

A partir desse dispositivo legal, verifica-se que: i) somente pode cometer ato ilícito “o titular de um direito” capaz de exercê-lo, por si ou por outrem. Não pode abusar de um direito aquele que, em primeiro lugar, não o detém; ii) o abuso do direito pressupõe dois aspectos: seu exercício, positivo ou negativo, e a existência de limites ou de finalidades. Aquele que com sua conduta positiva ou negativa ultrapassa os limites ou extrapola as finalidades do insti-

³⁷ João da Gama CERQUEIRA entende que a caducidade é uma sanção imposta pela lei para compelir o titular da patente a cumprir as obrigações que lhe incumbem (*Privilegios de invenção e marcas de fabrica e de commercio*, vol. 1, pp. 404-5).

tuto jurídico de que advém seus direitos recai em outra tipologia jurídica, a do abuso de direito, classificado como ilícito civil; iii) os limites são aqueles impostos “pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Os limites, no caso dos direitos de propriedade intelectual, são todos aqueles sobre os quais já se discorreu, incluindo os interesses da coletividade relativos à cultura e à informação e ao desenvolvimento econômico e tecnológico do país.

Sendo, ainda, a boa-fé e a função social³⁸, em acepção ampla, dois princípios que regem as relações jurídicas, com supedâneo na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil vigente, não se tolera o uso da empresa e dos contratos com o mero fim de prejudicar os concorrentes, os consumidores e a comunidade em que se insere.

O Código Civil, segundo Tercio Sampaio Ferraz Jr., ao dispor expressamente sobre o abuso de direito, adota uma posição objetiva do tema, ou seja, de ilicitude da conduta independente de intenção do agente. “Não há a questão da voluntariedade; pode haver, mas não é essencial. O objetivo está na idéia de excesso ao exercê-lo, diz o Código; e, manifestamente, os limites impostos pelo seu fim econômico ou social. Esses são dados objetivos que o Código pressupõe; isto é, o que se pressupõe é que todo e qualquer direito possa ter um fim econômico ou social. (...) a boa-fé de que se fala aqui é nitidamente a boa-fé objetiva, isto é, o problema da lealdade das relações. A ultrapassagem desses limites objetivos é que conduz, efetivamente, a uma conclusão de ato ilícito. (...) O que já vem acontecendo há muito tempo com o Código de Defesa do Consumidor, com a Lei de Defesa da Concorrência, é a possibilidade de aplicação do abuso de direito no campo dos interesses difusos, o que cresce muito a partir do próprio Código Civil”³⁹.

³⁸ A função social da empresa, em consonância com o espírito constitucional de função social da propriedade, encontra disposição expressa, *e.g.*, em dois momentos da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas): no artigo 116, parágrafo único, que trata da responsabilidade do controlador (“o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”) e no artigo 154 (“o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”).

³⁹ O autor arremata: “O tema do abuso de direito em termos do direito intelectual está na possibilidade de confundirmos – aqui uma interpretação – o ato de criação com a própria criação. O excesso, do qual fala o Código Civil, se aplicado à criação intelectu-

A moderna visão da empresa como organização institucional de interesses (entenda-se por interesses não só aqueles dos sócios e de seus empregados, mas também da comunidade em que se encontra, que engloba, principalmente, os consumidores), dotada, portanto, de deveres e responsabilidades, integra toda uma estrutura jurídica que visa a repelir os desvios de finalidade, abusos de direito e a má-fé⁴⁰.

al, de modo geral, está nesta possibilidade de se confundir a criação com a criatura. (...) Ou seja, haverá abuso quando houver cerceamento de atos criadores pelo uso e pelo gozo da criação objetivamente considerada” (“A reforma do Código Civil e a propriedade intelectual”, in Revista da ABPI, XXIII Seminário nacional da propriedade intelectual, Anais 2003, pp. 114-5).

⁴⁰ A teoria moderna da sociedade enquanto instituição integracionista ou organizativa (ou contrato organização) dos mais variados interesses (empresários, trabalhadores, consumidores, entre outros) coloca o objeto ou interesse social da sociedade em função desses mesmos interesses, não apenas dos sócios, tampouco confundindo-se com o interesse público *lato sensu*. Essa visão do Direito Societário e da empresa, prelecionada, na doutrina pátria, é chamada, também, de “Direito Empresarial Público” “O problema fundamental do poder de controle na sociedade anônima, segundo nos parece, não será doravante o de sua legalidade que, bem ou mal, acabará sendo reconhecida; mas o de seu fundamento axiológico, isto é, o problema da legitimidade. Não basta, com efeito, verificar que o controle se funda na lei e que ele é, efetivamente, exercido na companhia. Ainda é mister pesquisar e defender a sua justificativa de valor, tal como organizado atualmente. (...) Os economistas contemporâneos estão em vias de liquidar a noção clássica de mercado, sobre a qual se fundou toda a análise econômica não-marxista desde Adam Smith. Na concepção tradicional, o mercado é sempre organizado em função do consumidor, cujas decisões fundamentam, em última análise, a correspondência entre ofertas e demandas, num regime de produção essencialmente concorrencial. A situação de monopólio é considerada excepcional e combatida como autêntica aberração. Hoje, reconhece-se que o mercado de bens, serviços e de força de trabalho é formado pelas decisões do conjunto de empresas dotadas de poder econômico, ao qual se submetem todas as demais unidades, pequenas ou médias. As relações que se estabelecem entre esses setores, o nuclear e o periférico, são em tudo análogas ao relacionamento entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos. O poder econômico, portanto, é a regra e não a exceção. Ora, a finalidade última desse poder, do qual todos nós dependemos, não pode ser apenas, nem principalmente, a produção e partilha de lucros entre proprietários ou capitalistas; não deve ser, tampouco, assegurar ao empresário um nível de elevada retribuição econômica e social. O poder econômico é uma função social, de serviço à coletividade” (Fábio Konder COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, pp. 415 e 419). Cf., ainda, Calixto SALOMÃO FILHO, *O novo Direito Societário*, 2ª ed., pp. 42 e 43: “(...) a forma mais correta de sistematizar juridicamente os problemas relativos à definição do interesse social é explicá-los a partir da teoria do contrato organização. (...) Organização na acepção jurídica significa a coordenação da influên-

5.4. Medida preventiva, compromisso de cessação e compromisso de desempenho

A Lei 8.884/94 prevê três instrumentos⁴¹ de que o CADE dispõe na prevenção e repressão de infrações à ordem econômica: a medida preventiva (art. 52), o compromisso de cessação (art. 53) e o compromisso de desempenho (art. 58).

Segundo o art. 52 da lei, “em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo”.

O Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator do CADE, ao determinar a cessação da prática infrativa, deve ordenar, quando possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária em caso de descumprimento da decisão, nos termos do art. 25 da lei⁴². Dessa decisão cabe recurso voluntário ao Plenário

cia recíproca entre atos. Portanto, adotada a teoria do contrato organização, é no valor organização e não mais na coincidência de interesses de uma pluralidade de partes ou em um interesse específico à autopreservação que se passa a identificar o elemento diferencial do contrato social. (...) O objetivo da compreensão da sociedade como organização é exatamente o melhor ordenamento dos interesses nela envolvidos e a solução dos conflitos entre eles existentes. O interesse social passa, então, a ser identificado com a estruturação e organização mais apta a solucionar os conflitos entre esse feixe de contratos e relações jurídicas”.

⁴¹ Foi introduzido na Lei 8.884/94, pela Lei 10.149, de 21 de dezembro de 2000, um mecanismo denominado “acordo de leniência”: “Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”. Optou-se por não incluí-lo em nossa análise posto que seu foco é facilitar a identificação e coleta de provas de condutas ilícitas.

⁴² “Art. 25. Pela continuidade de atos ou situações que configurem infração da ordem econômica, após decisão do Plenário do Cade determinando sua cessação, ou pelo descumprimento de medida preventiva ou compromisso de cessação previstos nesta lei, o responsável fica sujeito a multa diária de valor não inferior a 5.000 (cinco mil) Unidades

do CADE, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias (cf. art. 52, § 2º).

A medida preventiva tem caráter instrumental de garantia da utilidade do processo administrativo. Pressupõe que a demora no julgamento e continuidade de atual ou eventual prática do representado pode inutilizar a decisão a final proferida⁴³.

Já o art. 53 dispõe que “em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo Cade ou pela SDE *ad referendum* do Cade, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada”.

O compromisso de cessação de prática refere-se à conduta *per se* sob análise pelo CADE. Ao contrário da medida preventiva, de caráter essencialmente garantidor do processo administrativo, o compromisso tem natureza de garantidor da própria instituição concorrência através de ordem do órgão julgante, antes de ter sido proferido juízo de mérito acerca da licitude ou não da prática sob julgamento (cf. art. 53, *caput*, segunda parte).

A princípio, pode-se celebrar compromisso de cessação quanto a quaisquer práticas, exceto as relacionadas ou decorrentes das condutas previstas nos incisos I, II, III e VIII do art. 21, quais sejam (cf. art. 53, § 5º): i) fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços; ii) obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; iii) dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários; e iv) combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa.

O termo de compromisso deve conter, obrigatoriamente, três cláusulas (art. 53, § 1º, alíneas “a” a “c”): i) obrigações do representado, no sentido de fazer cessar a prática investigada no prazo estabelecido; ii) valor da

Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente, podendo ser aumentada em até vinte vezes se assim o recomendar sua situação econômica e a gravidade da infração”.

⁴² “A Medida Preventiva consiste em uma decisão liminar administrativa discricionária em que a Autoridade Pública impõe a obrigação de não fazer ao agente infrator, quando houver indícios ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo” (Portal da Concorrência, disponível em <http://www.fazenda.gov.br/portaldaco>)

multa diária a ser imposta no caso de descumprimento, nos termos do art. 25; e iii) obrigação de apresentar relatórios periódicos sobre a sua atuação no mercado, mantendo as autoridades informadas sobre eventuais mudanças em sua estrutura societária, controle, atividades e localização (já que, conforme o art. 47, “o Cade fiscalizará o cumprimento de suas decisões”).

O processo fica suspenso enquanto é cumprido o compromisso e arquivado ao final do prazo estipulado, se atendidas todas as condições estabelecidas (art. 53, § 2º). Ele constitui título executivo extrajudicial, que pode ser executado em caso de descumprimento ou colocação de obstáculos à sua fiscalização (art. 53, § 4º).

As condições do termo de compromisso podem ser alteradas pelo CADE, “se comprovada sua excessiva onerosidade para o representado e desde que não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade, e a nova situação não configure infração da ordem econômica” (art. 53, § 3º).

O representado não é obrigado a firmar o compromisso de cessação, mas pode ter determinada contra si medida preventiva. Além disso, optando por não celebrá-lo, tem continuidade o processo administrativo (não é beneficiado pela suspensão).

A Lei 8.884/94 prevê, ainda, no art. 58, a figura do compromisso de desempenho, instrumento jurídico que visa a garantir que o agente interessado em ter aprovado ato de concentração valendo-se da isenção dos §§ 1º e 2º do art. 54 cumpra as condições com as quais compromete-se.

No termo de compromisso de desempenho tem de ser levado em consideração “o grau de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes” (art. 58, § 1º) e “metas qualitativas ou quantitativas em prazos pré-definidos, cujo cumprimento será acompanhado pela SDE” (art. 58, § 2º).

O seu descumprimento injustificado importa em revogação pelo CADE e abertura de processo administrativo para adoção das medidas pertinentes (art. 58, § 3º).

O compromisso de desempenho tem em vistas, portanto, assegurar, como mencionado, o cumprimento de obrigações assumidas pelo agente interessado para que seja aprovado ato de concentração.

É de competência do Plenário do CADE “aprovar os termos do compromisso de cessação de prática e do compromisso de desempenho, bem como determinar à SDE que fiscalize seu cumprimento” (art. 7º, VI) e “apreciar em

grau de recurso as medidas preventivas adotadas pela SDE ou pelo Conselheiro-Relator” (art. 7º, VII).

Por meio desses instrumentos, o CADE tem discricionariedade, nos limites da Constituição Federal e da lei, em conformidade com o “princípio da proporcionalidade”, de adotar medidas necessárias e pertinentes à consecução de seus objetivos.

5.5. Direito de ação e ação civil pública

Qualquer um pode protocolar na Secretaria de Direito Econômico (SDE) representação denunciando práticas anticompetitivas. Os atos de concentração, em sentido amplo, por sua vez, devem ser submetidos ao crivo do CADE.

De qualquer modo, a Constituição Federal assegura o direito de petição (art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”) e a inafastabilidade de acesso ao Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, inciso XXXV).

O art. 29 da Lei 8.884/94 apenas ressalta a garantia do direito de ação relacionado à concorrência: “Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação”.

De acordo com o art. 82 aludido, têm legitimidade processual na defesa dos interesses coletivos: i) o Ministério Público; ii) a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; iii) as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos referentes, no caso, à concorrência; iv) as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos relacionados à proteção da ordem econômica e da livre concorrência.

O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) classifica em três tipos os direitos coletivos (art. 81, parágrafo único, incisos I a III): i) interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por

circunstâncias de fato; ii) interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e iii) interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Assim, qualquer prejudicado, a título individual ou em defesa dos interesses da coletividade, em quaisquer das modalidades previstas na Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), pode ingressar em juízo para defender seus direitos.

Destaque-se o papel da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, de garantir a proteção dos interesses coletivos através da ação civil pública.

O art. 1º dessa lei determina que se regem por ela as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados, entre outros, por infração da ordem econômica e da economia popular (art. 1º, inciso VI).

O art. 5º, que trata dos legitimados para propô-la, é de redação praticamente igual a das disposições do Código de Defesa do Consumidor mencionadas. O § 6º desse mesmo artigo alude a termo de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, com eficácia de título extrajudicial, que os órgãos públicos legitimados podem tomar dos interessados. O termo de ajustamento de conduta é outro instrumento jurídico à disposição da proteção da ordem econômica.

A ação civil pública pode ter por objeto “condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer” (art. 3º). “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor” (art. 11). Abre-se margem para a adoção de medidas não expressamente previstas no ordenamento, mas com ele compatíveis.

É permitido também o ajuizamento de ação cautelar e o pedido liminar para evitar danos à ordem econômica (cf. arts. 4º e 12).

A sentença tem eficácia *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova (art. 16).

Fica clara a preocupação do legislador em garantir a proteção da ordem econômica através da interpretação combinada e sistemática da Lei 8.884/94 (Lei da Concorrência), da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), formando um complexo normativo destinado a preservar a concorrência de maneira ampla, até por expressa disposição do art. 83 da lei concorrencial: “Aplicam-se subsidiariamente aos processos administrativo e judicial previstos nesta lei as disposições do Código de Processo Civil e das Leis nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e nº 8.078, de 11 de setembro de 1990”. Deste modo, tem aplicação até mesmo o art. 461 e §§ do Código de Processo Civil, que cuida da execução específica de obrigação de fazer ou não fazer.

Ressalte-se a legitimidade do Ministério Público para atuar na defesa da concorrência. A Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), arrola, dentre as atribuições do Ministério Público da União, a de proteção dos interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos por meio de ação civil pública (art. 6º, inciso VII, alínea “d”) e a de promoção de “outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 6º, inciso XIV), especialmente quanto, entre outros, à ordem econômica e financeira (art. 6º, inciso XIV, alínea “b”).

6. Conclusão

Os direitos de propriedade intelectual são regidos pelos princípios da ordem econômica, como a livre concorrência (art. 170, IV, da Constituição Federal), não sendo imunes nem isentos a eles.

A concepção equivocada inicial dos estudiosos, que viam no direito de propriedade intelectual uma exceção ao direito antitruste, não subsiste. A propriedade intelectual, em suas várias modalidades, antes de opor-se ao direito concorrencial, é por ele regido, submetendo-se, inclusive, a seus princípios.

Sua proteção está inserida dentre os direitos fundamentais (art. 5º, incisos XXVII a XIX, da CF) não por constituir-se em “direito humano” dos seus titulares ao lucro, mas, sim, para proteger os interesses da coletividade concernentes ao acesso à informação e ao desenvolvimento cultural e econômico.

Desse modo, conduta anticoncorrencial não se coaduna com os princípios da ordem econômica e da concorrência livre e justa. Há controle

institucional, que pode se dar através da análise da conduta do agente representado ou dos atos de concentração, nos termos da lei.

Na presente, procurou-se analisar o contrato de licenciamento de direitos na forma de *pool* e eventuais ilegalidades a ele concernentes. Note-se que certas práticas envolvendo direitos de propriedade intelectual, dependendo das circunstâncias do caso concreto, podem ser analisadas sob o prisma das condutas e, cumulativa ou alternativamente, sob o dos atos de concentração.

A propriedade intelectual e a concorrência podem harmonizar-se: i) voluntariamente, por iniciativa dos próprios agentes do mercado (auto-regulação estrita: exemplo da *MPEG LA*); ii) de maneira coordenada entre os agentes do mercado e o Estado (exemplo da *ISO*); iii) imperativamente, pelo Estado (regulação estatal: exemplo da *ANATEL*); ou iv) recorrendo-se à instância administrativa ou judicial para defesa dos interesses individuais e coletivos envolvidos.

O ordenamento brasileiro traz explicitamente alguns instrumentos de proteção da concorrência: i) o licenciamento compulsório de patentes, se o titular “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” (art. 68, *caput*, da Lei 9.279/96 e art. 24, inciso IV, alínea “a”, da Lei 8.884/94), em caso de “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” (art. 68, § 1º, I, da Lei 9.279/96) ou de “comercialização que não satisfizer às necessidades do mercado” (art. 68, § 1º, II, da Lei 9.279/96); ii) a caducidade das patentes, prevista na Lei 9.279/96; iii) a teoria do abuso de direito (art. 187 do Código Civil); iv) a medida preventiva, o compromisso de cessação e o compromisso de desempenho (arts. 52, 53 e 58, respectivamente, da Lei 8.884/94); e v) o direito de ação (art. 29 da Lei 8.884/94) e a ação civil pública (Lei 7.347/85).

Através desses instrumentos e de outros do processo civil, o órgão judicante administrativo ou judiciário também pode adotar medidas necessárias e úteis à manutenção ou restabelecimento da concorrência livre e leal, não previstas no ordenamento explicitamente, desde que haja ponderação, de acordo com o princípio da proporcionalidade, entre fins objetivados e meios utilizados.

Enfim, vê-se que o ordenamento jurídico pátrio, embora não perfeito, contempla os instrumentos necessários à efetivação de uma convivência adequada entre os direitos de propriedade intelectual e o direito concorrencial, seja preventiva, seja repressivamente.

7. Bibliografia

ANDRADE JR., Antonio Carlos Machado de. Política de concorrência e os direitos de propriedade intelectual. *Revista do IBRAC*, vol. 9, nº 1.

ANTHONY, Sheila F. Antitrust and intellectual property law: from adversaries to partners. *AIPLA Quarterly Journal*, vol. 28, n. 1, winter 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O princípio da proporcionalidade no Direito Econômico. *RDM* 121.

BARBOSA, Denis Borges. Uma introdução à propriedade intelectual, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Autor, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

CAPP, Débora Andrade. A função social da propriedade intelectual – Um estudo do caso das patentes farmacêuticas no Brasil. In: Antonio Fonseca (org.). *Limites jurídicos da regulação e defesa da concorrência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

CERQUEIRA, João da Gama. Privilegios de invenção e marcas de fabrica e de commercio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1931.

COMPARATO, Fábio Konder. Função social da propriedade dos bens de produção. *RDM* 63.

_____. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

DERANI, Cristiane. A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo da “função social”. *Revista de Direito Ambiental* nº 27.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. A reforma do Código Civil e a propriedade intelectual. *Revista da ABPI: XXIII Seminário nacional da propriedade intelectual – O redesenho dos direitos intelectuais no contexto comércio mundial*. Anais 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (org.),

Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides, 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HARRIS, Bryan. Intellectual Property Law in the European Union. Pierce Law's IP Mall. Disponível em: <http://www.ipmall.info/hosted_resources/harris_iplaw.asp>. Acesso em 10 fev. 2004.

KLIEN, Joel I. Business Review Letter, n. 1170, June 26, 1997.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. Licença obrigatória como instrumento de combate ao abuso de posição dominante. Revista do IBRAC vol. 10, nº 1.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. O novo Direito Societário, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Regulação e antitruste: fronteiras e formas de interação no setor financeiro. CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (org.). Concorrência e regulação no sistema financeiro. São Paulo: Max Limonad, 2002.

REFLEXÕES REFERENTES À REDUÇÃO DE CUSTOS DECORRENTE DA INFORMALIDADE NA ECONOMIA BRASILEIRA E A PRÁTICA DE PREÇOS PREDATÓRIOS

Daniela Diniz Tavares

I. Introdução

A existência de uma economia informal, no Brasil, é um fato que se tem conhecimento há muito tempo. Basta ao observador atento andar pelas ruas que lhe será possível identificar inúmeras pessoas que atuam sem constituição jurídica, principalmente no setor do comércio. O mesmo observador poderá abrir o jornal e ler reportagens que relatam as mais novas estatísticas do Ministério do Trabalho referente ao percentual de trabalhadores sem carteira assinada, ou as lamentações do Ministro da Fazenda no que tange ao alto índice de sonegação fiscal.

Todos esses fatos demonstram a existência de agentes econômicos que, de uma forma ou de outra, não cumprem com todas as obrigações legais que lhes são impostas, recaindo na informalidade em maior ou menor grau. Não é preciso muito aprofundamento para deduzir que os inadimplementos são voltados para a redução de custos. Redução esta que usualmente resulta em dois fenômenos: (i) o aumento do lucro percebido pelo agente; ou (ii) a redução dos preços praticados, visando o aumento das vendas. Não raro, é possível encontrar a combinação de ambos os fenômenos.

Apesar da extensão desse mercado informal no Brasil, que chega a ser responsável por 40% do Produto Interno Bruto, muito pouco se tem debatido acerca de seus impactos e, menos ainda, sobre os seus impactos na concorrência entre os agentes, sejam eles formais ou informais.

O presente estudo visa, destarte, avaliar quais os possíveis efeitos da prática de preços reduzidos em função da diminuição artificial dos custos, propiciada pela atuação do agente inserido na informalidade, bem como a possibilidade de caracterização de preços predatórios, nos termos da legislação e jurisprudência brasileira.

Verificada a possibilidade de infração à ordem econômica, será preciso discutir, ainda, de que forma as peculiaridades específicas da informalidade poderão ser abordadas pelas autoridades antitrustes, quando da análise das condutas.

Dessa maneira, pretende-se trazer à tona uma reflexão acerca do impacto exercido por uma economia informal consolidada sobre a concorrência entre as empresas, dentro da ótica do preço do produto ou serviço, fator decisivo para qualquer atuação empresarial.

II. Economia Informal

O dano potencial que a subsistência de uma economia informal poderá causar à concorrência somente pode ser avaliado a partir da definição desse mercado paralelo, sua extensão e causas. Assim sendo, a conceituação pretendida perpassa, em um primeiro momento, uma análise puramente sócio-econômica do tema para, posteriormente, transportar as suas implicações para uma análise jurídica. A necessidade dessa incursão teórica deriva dos diversos conceitos que poderão ser atribuídos à economia informal e, conseqüentemente, uma diferenciação de suas causas e possíveis conseqüências.

Cumprе ressaltar a dificuldade que os analistas econômicos possuem em precisar a dimensão do fenômeno, uma vez que os índices oficiais não são capazes de mensurá-los, em especial porque aqueles que se dedicam a esse setor não querem ser identificados.

Schneider e Enste, citando Morgensen, Kvist, Körmendi e Pederen, afirmam que uma definição precisa é difícil, se não impossível, uma vez que a economia submersa se desenvolve sempre de acordo com o ‘princípio da água corrente’, pelo qual ela se adapta às modificações tributárias, às sanções das autoridades fiscais e posicionamentos morais em geral¹.

Nesse sentido e conforme indicado por Cacciamali², o termo ‘*economia*

¹ Tradução livre da autora: “*In general, a precise definition seems quite difficult, if not impossible, as “the shadow economy develops all the time according to the ‘principle of running water’: it adjusts to changes in taxes, to sanctions from the tax authorities and to general moral attitudes, etc.”* (Gunnar Mogensen, Hans K. Kvist, Eszter Körmendi, and Soren Pedersen 1995, p.5).” SCHNEIDER, Friedrich e ENSTE, Dominik. **Shadow Economies: Size Causes and Consequences**. Journal of Economic Literature. Vol. XXXVIII. Março 2000. pg. 79.

² CACCIAMALI, Maria Cristina. **As Economias Informal e Submersa: conceitos e distribuição de renda**. In: Camargo, J.M. e Giambiagi, F. (orgs) *Distribuição de Renda no Brasil*, Editora Paz e Terra, SP.

informal’ pode transportar dois significados diferentes do ponto de vista teórico. O primeiro seria a conotação mais ligada à percepção usual de termo, qual seja, o “conjunto de atividades econômicas no qual não há uma clara separação entre os fatores trabalho e capital dentro de um determinado processo produtivo geralmente desenvolvido por pequenas unidades de baixa produtividade”³. Seriam, portanto, os camelôs, as produções caseiras, fábricas familiares, etc.

O segundo significado, por sua vez, implicaria em todas as atividades econômicas que são desenvolvidas fora da esfera regulatória do Estado. São empresas que escapam das exigências tributárias, trabalhistas, previdenciárias, fito-sanitárias, etc. Para a autora, o termo economia submersa ou subterrânea seria o mais apropriado para denotar as atividades econômicas informais, dentro da idéia contida nessa segunda conceituação.

Hernando de Soto⁴, por sua vez, ao proceder na análise da economia peruana no final da década de 80, conceituou a economia informal como “um conjunto de unidades econômicas que não cumprem as obrigações impostas pelo Estado, no que se refere aos tributos e à regulação”.

Conforme pôde ser verificado, muitas definições se voltam para os aspectos regulatórios do Estado, principalmente quanto à tributação, uma vez que os tributos, independentemente do país, tendem a incidir sobre todas as formas legalmente permitidas de exercício da atividade econômica⁵. Tanto é que Schneider e Enste definiram a economia submersa como toda atividade econômica que geralmente seria submetida à tributação, caso fosse declarada às autoridades fiscais⁶.

Considerando que as definições supra mencionadas se baseiam, primordialmente, na dicotomia da capacidade ou não do Estado fazer valer de suas prerrogativas regulatórias, é de se ressaltar, ainda, que essas definições

³ BUGARIN, Mirta Noemi Sataka e RIBEIRO, Roberto Name. **Fatores Determinantes e Evolução da Economia Submersa no Brasil**. Estudos Econômicos, Vol. 33, nº 2, 2003. pg. 2

⁴ DE SOTO, Hernando. **The Other Path**. 1989. In: BUGARIN e RIBEIRO. **Fatores Determinantes e Evolução da Economia Submersa no Brasil**. Op. cit. pg. 3

⁵ No Brasil, podemos citar o ISS, ICMS, IPI e, por óbvio, todas as modalidades de tributo cuja base de cálculo decorre da renda, faturamento ou lucros auferidos, tais como IR, CSLL, PIS e COFINS.

⁶ SCHNEIDER, Friedrich e ENSTE, Dominik. **Shadow Economies: Size Causes and Consequences**. Journal of Economic Literature. Vol. XXXVIII. Março 2000. pg 78-79.

excetua a persecução de atividades ilícitas, tais como tráfico de drogas, jogos ilegais, etc.

Somente importa para o presente estudo, portanto, as atividades econômicas cujo objeto seja lícito, mas que por alguma razão não estão inseridas, por completo, na sistemática da economia formal. Trata-se de “execução de atividades lícitas de forma irregular, através do não cumprimento das regulamentações que implicam em custo significativo.”⁷

Essa definição é essencial, uma vez que permite que empresas de porte considerável se incluam dentro do espectro da economia informal, uma vez que basta a sonegação fiscal ou qualquer outra inadimplência do gênero, práticas muito correntes em nosso país, para que a produção já não mais se enquadre dentro dos parâmetros econômicos formais.

Em suma, os estudos que apreciam o fenômeno se voltam para os fatores que implicam em redução de custos para as empresas e que geralmente se manifestam na forma de perda de capital para o Estado (sonegação tributária), para os trabalhadores (descumprimento das normas trabalhistas e previdenciárias) e em possíveis danos aos consumidores em geral (inobservância de determinações fito-sanoitárias).

Muitas vezes a economia informal é vista por um viés sociológico, pelo qual valoriza-se a economia informal como um modo de sobrevivência de várias famílias em países em desenvolvimento, tal como o Brasil⁸. Há argumentações no sentido de que a economia informal levaria a uma maior competitividade e dinamismo da economia como um todo. Afirma-se, ainda, que a boa parte da renda percebida informalmente retorna ao setor oficial por meio de gastos, contribuindo para a receita de impostos indiretos⁹.

Por outro lado, existem fatores que podem prejudicar a produtividade das empresas inseridas na economia informal, tais como dificuldades de obtenção de crédito junto às instituições financeiras, menor acesso ao Judiciário para o cumprimento de contratos, contenção do crescimento por receio à

⁷ Relatório do McKinsey & Company, Inc. **Eliminando Barreiras ao Crescimento Econômico e à Economia Informal no Brasil**. São Paulo, Junho de 2004.

⁸ McKinsey & Company, Inc. Op. cit. pg 23

⁹ BUGARIN e RIBEIRO. **Fatores Determinantes e Evolução da Economia Submersa no Brasil** Op. cit. pg. 7

fiscalização e inserção em cadeias de valores inteiramente informais, dificultando a expansão¹⁰.

Em nível coletivo, a clássica questão da perda de receitas se faz presente, considerando que grande parte da informalidade se caracteriza pela sonegação de impostos. Isso resulta em dois fenômenos, um aumento da carga tributária sobre os agentes formais, visando compensar as perdas, bem como uma queda na qualidade/quantidade de serviços públicos essenciais, tais como infra-estrutura, fiscalização e segurança. Esses serviços são normalmente aqueles cujo particular não tem interesse em suportar os gastos, mas que são imprescindíveis para o desenvolvimento da economia¹¹.

A existência de economia informal normalmente resulta em perdas para o trabalhador, que não terá o devido recolhimento da contribuição para a previdência social, tampouco um terço sobre as férias, horas extras, dentre outros direitos constitucionalmente assegurados. Por fim, o próprio consumidor pode se ver em risco, ante o não cumprimento das normas fito-sanitárias na manipulação do produto, ou a prestação de serviços em situações precárias.

Todos esses fatores possuem em comum o fato de constituírem custos para as empresas, que deveriam ser suportados com o exercício da atividade econômica. Custos estes que, por decorrerem de determinação legal, constituiriam despesa necessária para todos os agentes econômicos, contribuindo para a composição do preço final do produto.

Determinado o pano de fundo do conceito de economia informal, passa-se a uma análise de suas causas, voltada para a análise do mercado paralelo existente no Brasil e suas dimensões, com o objetivo de se verificar qual a são as implicações da economia paralela para a economia formal e sua potencial influência nos custos e preços praticados pelas empresas.

(1) Economia Informal no Brasil

Em outubro de 1997, foi realizada a primeira pesquisa de Economia Informal Urbana, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas – IBGE¹², que abrangeu a primeira categoria de economia informal, qual seja, pequenas

¹⁰ McKinsey & Company, Inc. Op. cit. pg 6

¹¹ BUGARIN e RIBEIRO. **Fatores Determinantes e Evolução da Economia Submersa no Brasil**. Op. cit. pg. 6

¹² Dados disponíveis no site www.ibge.gov.br

unidades produtivas. Conforme os dados apurados, a maioria das empresas pesquisadas não possuía constituição jurídica, chegando ao montante de 87%.

Os resultados mostram que existiam 9.477.973 empresas informais, a maioria localizada na Região Sudeste, e ocupavam 12.870.421 pessoas. As pessoas envolvidas eram trabalhadores autônomos, pequenos empregadores, empregados com e sem carteira de trabalho assinada e, ainda, trabalhadores não remunerados.

As atividades econômicas preponderantes eram o comércio e serviços de reparação, pessoais, domiciliares e de diversão. A atividade produtiva normalmente é desenvolvida fora do domicílio em 67% dos casos, em decorrência da predominância do comércio.

Pesquisa realizada mais recentemente¹³, utilizando o modelo de múltiplas causas e múltiplos indicadores, teve como objetivo determinar os principais fatores econômicos que incentivam a economia informal no Brasil, bem como analisar o seu desenvolvimento no período de 1994 a 1999.

Dentre os principais fatores econômicos que contribuem para a existência da economia informal tem-se as altas cargas de tributação, o desemprego, a inflação e o aumento da regulação da economia, inclusive referente ao mercado de trabalho. Como fatores sociológicos despontam a corrupção, a descrença na efetividade da Justiça, a pesada burocracia e a falta de lealdade para com as instituições públicas.¹⁴

Em linhas gerais, restou demonstrado que a carga tributária, o grau de regulamentação da economia e a taxa de desemprego atuam como fatores diretamente relacionados com a informalidade no país. A pesquisa apontou, ainda, que houve um incremento da economia informal em termos reais, como também em termos de sua participação na atividade agregada da economia no período em questão¹⁵.

Significa dizer que não só a quantidade de agentes submersos aumentou no período analisado, como também aumentou a proporção com que contribuem para a produção interna. Ainda mais explicitamente, implica em

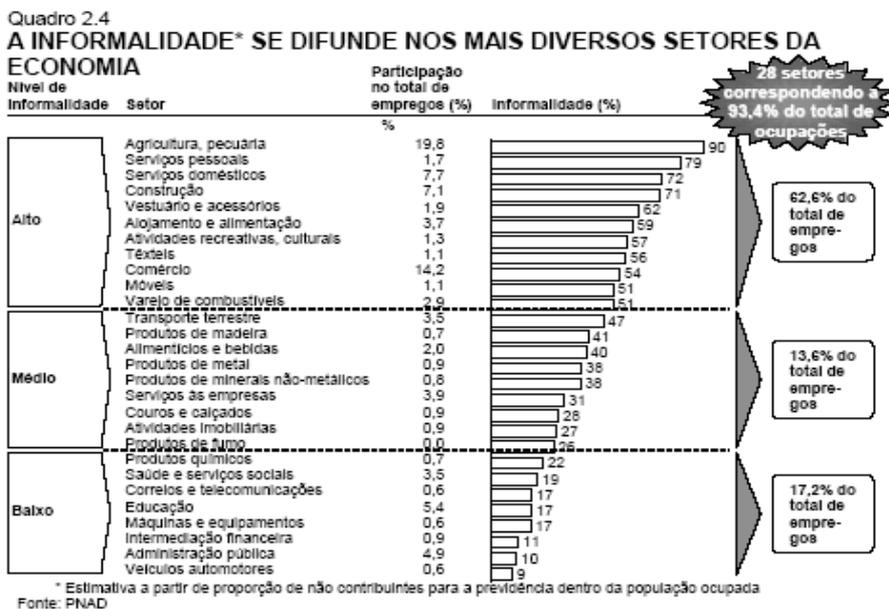
¹³ BUGARIN e RIBEIRO **Fatores Determinantes e Evolução da Economia Submersa no Brasil**. Op. cit.

¹⁴ BUGARIN e RIBEIRO **Fatores Determinantes e Evolução da Economia Submersa no Brasil**. Op. Cit. pgs. 4-5.

¹⁵ Op. Cit. pg 23

dizer que a economia informal teve um crescimento maior que os setores formais nos anos em questão. Conforme estudo realizado por Schneider¹⁶, com dados de 2000, verifica-se que a economia informal, no Brasil, é responsável por 39,8% do Produto Interno Bruto.

A título ilustrativo, segue gráfico baseado em dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios - PNAD, que claramente demonstra a abrangência da informalidade econômica, sendo que em onze setores mais da metade da mão-de-obra disponível no mercado como um todo se encontra informalmente empregada.



De todo o exposto, se conclui que a informalidade no Brasil é um fenômeno abrangente, de proporções significativas e que alcança os setores mais diversos da economia. Este panorama indica a importância da consideração das consequências advindas da existência de uma economia paralela tão expressiva para as análises levadas a cabo pelas autoridades antitruste brasileiras.

¹⁶ SCHNEIDER, Friedrich. **Size and Measure of the Informal Economy in 110 Countries Around the World**. 2002. http://rru.worldbank.org/Documents/PapersLinks/informal_economy.pdf

¹⁷ Gráfico extraído de Relatório do McKinsey & Company, Inc. **Eliminando Barreiras ao Crescimento Econômico e à Economia Informal no Brasil**. São Paulo, Junho de 2004. pg 15.

Considerando a redução de custos alcançada por parte dos agentes inseridos nesse contexto de economia informal, serão analisados os aspectos peculiares da verificação de práticas predatórias dentro de uma perspectiva concorrencial. Por uma questão de melhor compreensão dos pressupostos necessários para a avaliação das especificidades envolvendo preços predatórios decorrentes da informalidade, primeiramente se faz mister discorrer acerca de suas principais características, bem como a sua forma de apreciação pelas autoridades antitrustes.

III. Preço Predatório na Perspectiva Brasileira

A configuração de infração à ordem econômica no país está diretamente ligada aos valores sociais que se pretende proteger, longe de ser um instrumento de regulação puramente econômico, mas uma tentativa se estabelecer um comportamento dos agentes que seja pautado pelos princípios delineados pela Constituição Federal.¹⁸

Na Constituição de 1988, foi designado um título específico à ordem econômica e financeira, compreendia nos artigos 170 a 192. Para a presente análise, porém, é interessante a consideração detida tão somente no que tange os artigos que compõe o Capítulo I, referente aos princípios gerais informadores da atividade econômica diretamente ligados à concorrência, quais sejam, do artigo 170 ao 174.

¹⁸ Paula Forgioni, com base em diversos autores, adota como definição do direito antitruste como sendo uma “(...) técnica de que lança mão o Estado contemporâneo para implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso do poder econômico e tutela da livre concorrência.” Segundo a autora, prevalece uma compreensão de concorrência-instrumento, por meio da qual a concorrência não é um valor em si mesmo, mas sim um meio de obter o equilíbrio econômico. (FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998 pg. 81-83);

No mesmo sentido, Eros Grau, ao falar do direito econômico, afirma que “o que peculiariza como *ramo do Direito* é, portanto, a sua destinação à instrumentalização, mediante ordenação jurídica, da *política econômica do Estado*. Este, também, discrimen que aponte como marcante em sua conceituação: sistema normativo voltado à ordenação do processo econômico, mediante a regulação, sob o ponto de vista marco-jurídico, da atividade econômica, de sorte a definir uma disciplina destinada à efetivação da *política econômica estatal* (*Elementos de Direito Econômico, cit., p.31*)” (GRAU, Eros. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros Editores. 2004 pg. 138; grifos do autor).

Os princípios elencados no artigo 170, da Constituição, bem demonstram a tensão ainda persistente entre os valores liberais (propriedade privada e livre concorrência) e sociais (função social da propriedade, redução das desigualdades regionais e sociais e busca do pleno emprego) dentro da Carta vigente, juntamente com a percepção de equalização das esferas público e privado (defesa do consumidor, defesa do meio ambiente), absorvidos na concepção de Estado Democrático de Direito¹⁹.

Destarte, o primeiro artigo traz claramente a pretensão de inclusão social, ao declarar que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social e dos demais princípios que elenca²⁰.

A análise dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência interessa precípuamente, em decorrência do tema em apreço, sem olvidar, entretanto, que esses princípios esbarram nos limites cogentes dos demais princípios informadores da ordem econômica. Nesse sentido, o princípio da livre concorrência não poderá se sobrepor aos demais princípios, tais como da valorização do trabalho e da função social da propriedade, por exemplo, e o seu exercício deverá ser pautado para a obtenção de economia includente.

¹⁹ A respeito da função conformadora da constituição econômica em seu sentido estrito, Canotilho (pg. 340) afirma que “A Constituição, em estreita conexão com o princípio democrático (nas suas dimensões, política e econômica), consagrou uma ‘constituição econômica’ que, embora não reproduza uma ‘ordem econômica’ ou um ‘sistema econômico’ ‘abstrato’ e ‘puro’ é fundamentalmente caracterizada pela idéia de democratização econômica e social. Nesse contexto, o âmbito da liberdade de conformação política e legislativa aparece restringido directamente pela Constituição: a política econômica e social a concretizar pelo legislador é uma política de concretização dos princípios constitucionais e não uma política totalmente livre (...)”

²⁰ “(...) Entre os vários princípios ali previstos (alguns dos quais claramente podem entrar em contraposição com os demais) parece ser possível destacar três que se sobrepõem. São eles os mencionados no *caput*, os dois primeiros com fundamento e o terceiro como objetivo da ordem econômica: a *valorização do trabalho humano*, a *livre iniciativa* e a *busca da justiça social*. São todos limites absolutos de qualquer política industrial. (...)

Ora, se assim é, não existe no constitucionalmente no Brasil qualquer autorização para a aplicação do antitruste e da regulação econômica exclusivamente como instrumento da política econômica, sem qualquer atenção aos princípios institucionais concorrenciais.” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica* (princípios e fundamentos jurídicos) São Paulo: Malheiros Editores. 2001. pg 131 e 133; grifos do autor)

A livre iniciativa está afirmada não só no caput do artigo 170, como também em seu parágrafo único, que “*assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo casos previstos em lei.*” Esse princípio está calcado em uma concepção de liberdade que tem suas origens no Estado liberal, mas que, como não poderia deixar de ser, passou pelas reconstruções inerentes aos processos de mudança paradigmática.

Assim, no atual contexto, a livre iniciativa deverá ser vista como liberdade de exercício profissional e constituição de empresa dentro dos parâmetros da ordem econômica formal, sendo vedada a obtenção de lucros por meio da degradação da pessoa humana e prejuízo social. Essa percepção se evidencia na aceitação, por parte dos agentes econômicos, de limitações quanto às atividades praticáveis, relações de trabalho, fixação de preços, dentre outras²¹.

Dentro dessa mesma ótica temos o princípio da livre concorrência, cuja complementação encontra-se no parágrafo 4º, do artigo 173, da Constituição, ao dispor 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*”. Nota-se que a livre concorrência comporta em si um misto de preservação da livre iniciativa, bem como defesa do consumidor, ao impedir que um ou alguns agentes econômicos atuem de forma a mitigar esses princípios.

Importante ressaltar que a Constituição não condena a existência de poder econômico, mas o abuso do mesmo, a partir do momento que a utilização desse poder possa significar uma ameaça, em sua essência, à concretização dos objetivos de inclusão e participação social pretendidos.

Para Forgioni, a atuação estatal é compatível com princípio da livre iniciativa, bem como o da livre concorrência, na medida em que o Estado disciplina (i) “comportamentos que resultariam em prejuízos” e (ii) a “atuação dos agentes econômicos, de forma a implementar uma política pública”²². Destarte, a atuação da autoridade antitruste justamente garantiria a existência da livre iniciativa e concorrência.

²¹ Não significa dizer que há aceitação pelos agentes econômicos das políticas atualmente empregadas, mas tão-somente que há uma percepção contemporânea, até nas economias mais liberais, da necessidade de algumas regras mínimas visando limitar a liberdade empresarial individual, evitando a ocorrência de trabalho em condições sub-humanas e preços extorsivos, ao contrário do que é possível verificar ao longo da história.

²² FORGIONI, Paula. Op. cit. pg. 230

A Lei Antitruste Brasileira, Lei nº 8.884/94, em seu artigo 1º²³, é clara quanto aos objetivos que deverão ser perseguidos pelas autoridades antitrustes, bem como reforça os a incidência dos ditames constitucionais supra retratados. Ademais, impõe uma análise das condutas pelas autoridades voltada para os possíveis impactos a toda a sociedade e não apenas os agentes econômicos envolvidos, ao dispor em seu parágrafo primeiro, que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

Sintetizados os institutos informadores da ordem econômica, necessário se faz identificar brevemente a previsão legal quanto às infrações à ordem econômica e, em específico, quanto aos preços predatórios.

O caput do artigo 21, da Lei nº 8.884/94, ao apresentar um rol não taxativo de condutas potencialmente lesivas à ordem econômica dispõe que “*as seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no prevista no artigo 20 e seus incisos, caracterizam infração à ordem econômica*”.

Da análise do dispositivo supra citado, conclui-se que é na afronta aos institutos elencados nos incisos do artigo 20²⁴, da Lei nº 8.884/94, que se

²³ Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

²⁴ “Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros;
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

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

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

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

encontram as infrações à ordem econômica e, por conseguinte, nenhuma conduta será considerada ilícita *per se* no direito pátrio.

Diversamente das legislações norte-americanas²⁵ e europeias²⁶, no direito pátrio não há disposição legal que imponha a obrigatoriedade de deten-

²⁵ “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 (...)” USCA, Title 15, Sections 1-7.

“a) Price; selection of customers;

It shall be unlawful for any person engaged in commerce, in the course of such commerce, either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality, where either or any of the purchases involved in such discrimination are in commerce, where such commodities are sold for use, consumption, or resale within the United States or any Territory thereof or the District of Columbia or any insular possession or other place under the jurisdiction of the United States, and where the effect of such discrimination may be substantially to lessen competition or tend to create a monopoly in any line of commerce, or to injure, destroy, or prevent competition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them: (...).” U.S.C.A. Title 15, Section 13. In: (<http://www.access.gpo.gov/uscode/index.html>)

²⁶ “Artigo 81- 1. São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, designadamente as que consistam em:

a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;

b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;

c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;

d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;

e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.(...)”

“Artigo 82 - É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

ção de posição dominante pelo agente econômico acusado de prática anti-concorrencial. Tanto é que um agente que não detém a posição dominante e tenta de dominar o mercado relevante no qual atua, por meios que não a própria eficiência, já seria o suficiente para caracterizar infração à ordem econômica, nos termos do inciso II, do artigo 20, da Lei nº 8.884/94.

Importante destacar que dominar um mercado não implica em monopólio necessariamente, mas a detenção de parcela significativa do mercado, seja na ótica da oferta, seja na ótica da demanda. Nos Estados Unidos e na Europa, nos quais a posição dominante é pré-requisito para a constituição do ilícito, a infração considerada é o monopólio ou a tentativa de monopolizar um determinado segmento, por meios anticompetitivos. Bastante distinto de dominar ou tentar dominar mercado relevante, previsto na legislação pátria.

Assim, pode-se concluir que não seria imperioso que o agente acusado de práticas predatórias detenha a posição dominante no mercado em questão, exigir-se-ia apenas que a sua conduta prejudicasse a livre iniciativa e livre concorrência, para que fosse considerada ilícita. Não obstante, conforme será possível observar abaixo, as análises levadas a cabo pelas autoridades antitrustes consideram a existência de posição dominante requisito essencial na avaliação de prática de preços predatórios.

Ainda nos termos do caput do artigo 20, Lei nº 8.884/94, seria dispensada a prova da intencionalidade do agente econômico, como também não se requer que os efeitos da prática venham a se concretizar. Bastaria, pela letra da lei, a possibilidade de produzir os efeitos ali elencados. Ou seja, no caso de preço predatório, não é necessário que a empresa *queira* eliminar um concorrente ou impedir a entrada de um novo concorrente no mercado,

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse fato, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos. (http://www.europa.eu.int/eur-lex/pt/treaties/dat/C_2002325PT.003301.html#anArt82)

tampouco importa se, praticando preços potencialmente predatórios, *consiga* atingir seus objetivos. Suficiente para a caracterização da infração a possibilidade da produção dos efeitos elencados no artigo 20 em apreço.

O ilícito que a legislação brasileira deseja punir no tocante ao preço predatório é a prática tendente a eliminar, diminuir ou impedir a concorrência no mercado, e não o futuro abuso de preços após a prática predatória. Isso se verifica ante a existência de ilícito próprio, o abuso de preços, contido no inciso XXIV, do artigo 21, da Lei nº 8.884/94. Até mesmo porque, como visto anteriormente, não é pressuposto necessário da racionalidade da prática de preços predatórios um posterior aumento do preço²⁷.

No caso do inciso I, do artigo 20, verifica-se uma tipologia aberta, que permite à autoridade antitruste enquadrar conduta que não havia sido expressamente enumerada no artigo 21 e seus incisos, uma vez que os demais incisos poderiam ser incluídos dentro da previsão do inciso I, qual seja, limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

Na mesma linha deverá ser interpretado o inciso II, já que não se condena a obtenção de poder de mercado por meio de eficiência e melhor administração do empreendimento. Dominar ou tentar dominar um mercado será ilícito na medida em que a posição se alcança por meios prejudiciais à ordem econômica, a livre incitativa e à livre concorrência. Nessa ótica, a utilização de preços abaixo do custo com a finalidade de dominar o mercado deverá ser condenada, uma vez que elimina a concorrência por meio de vantagem competitiva artificialmente gerada.

O inciso IV, por sua vez, é uma extensão desse entendimento, ao proibir o abuso da posição dominante. Segue, a mesma linha estabelecida quando da interpretação do parágrafo 4º, do artigo 173, da Constituição.

O inciso III, do artigo 20, da Lei nº 8.884/94, proíbe o aumento arbitrário de lucros por parte do agente. Trata-se de uma proibição mais voltada para a tutela do consumidor do que da própria concorrência em si, retomando a noção de política pública das regulações econômicas e, dentro desse escopo, a proteção ao consumidor, conforme pautado no artigo 1º, da Lei em apreço.

²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial – As condutas**. São Paulo: Malheiros Editores. 2003. pg. 171

O artigo 21, por sua vez, condena, em seu inciso XVIII, vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo²⁸. Esse dispositivo, porém, em pouco auxilia na tipificação da conduta punível, uma vez que não estabelece que parâmetros de custo deverão ser utilizados, tampouco o que se entende por “vender injustificavelmente”

Continuando a análise legislativa, em 1999, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica editou a Resolução n° 20, cujos anexos propõem definições e critérios básicos para a análise de condutas restritivas. Essa resolução definiu preços predatórios como “prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos ao nível monopolista”.²⁹

A despeito da definição adotada pela Resolução n° 20/1999 do CADE ter empregado a expressão “prática deliberada” supra citada, o elemento volitivo não pode ser considerado elemento imprescindível para a configuração da infração, ante a inexistência de avaliação de dolo ou culpa na defesa da concorrência, conforme exposto na análise do caput do artigo 20, da Lei n° 8.884/94³⁰.

Quanto à questão dos custos, o CADE deixou expressa a sua pretensão de aplicação do teste Areeda e Turner³¹ para avaliação da prática de preços tidos como predatórios. Todavia, ressaltou a necessidade de uma análise

²⁸ É possível encontrar diversas espécies e definições de custo na doutrina econômica. Visando não desviar o tema da discussão principal, segue definição sucinta dos conceitos de custo, adotada por Forgioni: “Custo fixo é o custo que não varia e independe da quantidade de bens produzida. Custo variável, como o próprio nome diz, é aquele que varia com a alteração da produção. A soma dos custos fixos e daqueles variáveis nos dá o custo total. O custo médio é o custo total dividido pela quantidade de bens produzidos. O custo marginal é a modificação do custos total advindo do aumento da produção de um determinado bem. Em palavras bastante simples, é o aumento do custo que deriva do aumento de produção. (cf. Posner, *Economic analysis of law*, cit., p. 684)” (FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. SP: Ed. Revista dos Tribunais. 1998. pg. 317)

²⁹ Anexo I, A, da Resolução CADE n° 20/1999

³⁰ Nesse sentido ver PEIXOTO, Bruno Vilhena Lana. **Preços Predatórios: Elementos Para Caracterização Como Infração Da Ordem Econômica**. Revista do IBRAC vol. 9-1

³¹ Em 1975, Philip Areeda e Donald F. Turner desenvolveram um teste para identificação dos preços predatórios, visando possibilitar a identificação do fenômeno de predação por meio de critério único objetivo. Partem os autores da constatação de que uma empresa maximiza os lucros quando o preço de venda é igual ao custo marginal, dado um contexto de concorrência perfeita. Assim, se o preço ideal se encontra com os custos marginais, a venda de produtos abaixo dessa identidade seria predatório e o agente estaria

“detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa, além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo.”³²

Ao longo dos anexos da resolução em comento, é possível constatar que a base para determinação da ilegalidade das condutas é a sua ausência de eficiência, isto é, a avaliação da prejudicialidade da conduta perpassa a contraposição dos efeitos anticompetitivos com os possíveis benefícios compensatórios³³. Verifica-se, pois, que a linha teórica que norteia a resolução supra citada é a da Escola de Chicago, apesar da utilização de critérios combinados de outras vertentes da análise concorrencial.

A Portaria SEAE n° 70/2002, por sua vez, traz em seu anexo um Guia para Análise Econômica da Prática de Preços Predatórios, mas específico que a Resolução CADE n° 20/1999, apesar de possuir o alcance limitado à Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda. Ao reconhecer a necessidade de que a venda injustificada de preços abaixo do custo³⁴ produza os efeitos elencados no artigo 20, da Lei n° 8.884/94, o Guia

incorrendo deliberadamente em perdas. Considerando, porém que o cálculo do custo marginal é de extrema dificuldade, Areeda e Turner propuseram um critério substituto, aproximado, o custo variável médio. Este seria compreendido como o custo total dos fatores variáveis de produção, divididos pelo número de unidades produzidas. Ou seja, a venda de produtos por valor abaixo do custo variável seria considerado predatório. (In: AREEDA, Philip. TURNER, Donald. **Predatory Pricing and related Practices Practices under Section 2 of the Sherman Act**. Harvard Law Review, 88, pg. 697. 1975)

A despeito da aplicação quase imediata do teste pelos Tribunais Norte-Americanos, surgiram diversas críticas, tanto econômicas, quanto jurídicas, que colocaram em cheque as falhas de avaliação ocasionadas pela aplicação pura do teste Areeda e Turner. Apontavam, dentre outras coisas, que a avaliação em curto prazo do custo variável médio não era capaz de apreender a essência da natureza do preço predatório, qual seja, do comportamento estratégico ao longo do tempo.

³² Anexo I, A, da Resolução CADE n° 20/1999

³³ “De acordo com o princípio da razoabilidade, deverão ser condenadas as condutas cujos efeitos anticompetitivos não sejam suficientemente contrabalançados por possíveis benefícios/eficiência compensatórios.” Anexo II, Resolução CADE n° 20/1999.

³⁴ O Guia define a prática de preços predatórios como sendo “quando uma firma reduz o preço de venda de seu produto abaixo do seu custo, incorrendo em perdas no curto

propõe um roteiro para verificação de condições pré-existentes para que a prática resulte em infração à ordem economia.

Primeiramente, deverá ser analisado o mercado relevante afetado, segundo o *teste do monopolista hipotético*³⁵. Assim, verifica-se, qual é o mercado do produto fabricado pelo agente e posteriormente qual o mercado geográfico que a sua produção tem alcance.

Em seguida, sugere-se a verificação das condições de entrada no mercado relevante afetado. Isto porque se entende que a conduta será irracional se um posterior aumento de preços tornar o mercado atrativo, gerando mais concorrência e impedido a recuperação dos prejuízos. Inexistindo, destarte, barreiras significativas à entrada, recomenda-se o arquivamento do processo. É nessa etapa que se sugere a averiguação da participação de mercado do agente predador, sem, contudo, considera-la imprescindível.

A terceira etapa é a avaliação das condições da empresa em atender o incremento da demanda gerada pela redução dos preços. Analisa-se a capacidade ociosa da empresa, bem como sua capacidade de expansão da produção. Caso a empresa não apresente envergadura para suprir esse aumento da demanda, também se recomenda o arquivamento do processo.

Persistindo as características indicadoras da possibilidade da conduta, o Guia prossegue com a análise da capacidade de financiamento. Ou seja, analisar a capacidade do agente predador em adquirir financiamento de terceiros ou se de autofinanciamento, visando cobrir os prejuízos decorrentes das práticas predatórias.

Em um primeiro momento, o Guia afirma que “é preciso considerar que o mercado de capitais está disponível aos concorrentes com perspectivas de lucro, e que esse fluxo de financiamento tornaria a predação improvável”³⁶. Logo após afirma que “mesmo que os mercados de capitais estejam funcionando normalmente, o predador pode tentar manipular o relacionamento entre

prazo, objetivando eliminar rivais do mercado, o possíveis entrantes, para, posteriormente, quando os rivais saírem do mercado, elevar os preços novamente, obtendo, assim, ganhos a longo prazo.”

³⁵ O teste do monopolista hipotético é definido no item 12, da Portaria em apreço, como sendo “o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços”.

³⁶ Item 26, Portaria SEAE nº 70/2002

investidores e a sua concorrência. Nesse caso a estratégia predatória se viabiliza pela existência de imperfeições no mercado de capitais, derivadas da existência de assimetrias informacionais.³⁷

Cabe observar que a primeira afirmativa traz em si um conteúdo claramente derivado da abordagem neoclássica, pela qual a possibilidade de obtenção de financiamento por todos os concorrentes eficientes tornaria improvável a prática de preços predatórios³⁸. Os concorrentes poderiam suportar as perdas incorridas pela redução da demanda decorrente prática de preços abaixo do custo pelo agente predador ou acompanhar a redução de preços concomitantemente.

A segunda afirmação, por sua vez, já traduz como pano de fundo a teoria dos comportamentos estratégicos acima esplanada, admitindo comportamentos complexos em um contexto de acesso desigual de informações.

Novamente, se não são encontradas as condições necessárias para a obtenção de financiamento, seja de terceiros ou por seus próprios meios, o Guia recomenda o arquivamento do processo. Interessante destacar que se admite expressamente que as etapas anteriores são destinadas à verificação da possibilidade de recuperação dos prejuízos incorridos pelo agente predador³⁹.

Significa dizer que, precipuamente, a portaria em referência adota a linha afirmada pela Suprema Corte Norte-Americana, definido no caso *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*⁴⁰. Assim sendo, poderão

³⁷ Item 29, Portaria SEAE nº 70/2002

³⁸ No que tange ao tema sob análise, para a Escola de Chicago, não haveria racionalidade econômica na conduta predatória, uma vez que (i) não bastaria a redução do preço, mas a capacidade de expandir a produção com os preços abaixo do custo, importando em grandes prejuízos; (ii) as empresas concorrentes poderiam se proteger de tal conduta, por meio de financiamentos que permitiriam sobreviver à perda de demanda decorrente redução dos custos da empresa predatória, ou até mesmo reduzir concomitantemente os seus preços, tornando a prática inócua; e (iii) ainda que os concorrentes fechassem, somente seria possível a recuperação dos prejuízos se o mercado não fosse contestável, já que a posterior elevação dos preços tornaria o mercado atrativo para novos concorrentes. (Nesse sentido ver hovenkamp; bolton; calixto condutas)

³⁹ “Uma vez tendo se estabelecido que existem condições necessárias para a recuperação das perdas incorridas pelo acusado da suposta conduta predatória, a SEAE passará à etapa seguinte, na qual devem ser analisados os fatores referentes ao exercício da predação propriamente dita.”

⁴⁰ Apesar de deixar claro a necessidade de demonstração de preço abaixo de custo, a Suprema Corte não adentrou na análise dos custos da empresa, até mesmo porque achou desnecessária a análise detalhada dos mesmos, uma vez que estabeleceu outro

ser repetidas todas as críticas tecidas ao caso Brooke, na medida em que desconsidera todas as outras possibilidades de intenção do agente econômico, que não o posterior aumento de preços. A racionalidade da predação pode estar calcada, dentre outros, na intenção de criar (i) a impressão de “hiper eficiência”, decorrente dos preços menores; (ii) a reputação de empresa concorrencialmente agressiva, aumentando as barreiras de entrada naquele seguimento; e (iii) defender a manutenção do poder de mercado já adquirido.

Nesse contexto, a empresa predadora poderá emitir sinais equivocados a respeito da oferta e da demanda, induzindo os demais agentes a acreditarem que as condições de mercado não estão favoráveis para a manutenção/ criação de um empreendimento (*cost signaling*)⁴¹. A empresa pode também almejar criar uma reputação de empresa agressiva (*reputation effect*), que retalha os concorrentes que tentam aumentar a sua atuação em determinados mercados⁴². Essas estratégias incluem, além do *cost signaling* e do *reputation*

critério a priori cogente para determinação da racionalidade da conduta predatória, o *recoupment* ou recuperação.

A Suprema Corte afirmou a necessidade de apresentação de prova que demonstre a capacidade do agente aumentar o preço acima do nível de mercado após a conclusão da prática (capacidade de recuperação) de maneira a compensar o prejuízo incorrido pelo agente ao longo da predação (suficiência da recuperação).

A racionalidade da conduta, portanto, estaria adstrita ao aumento de receita do agente (ou sua probabilidade) após a predação. Para que tal condição seja satisfeita, imperiosa a existência de (i) estrutura de mercado que facilite a predação (alta concentração do mercado relevante); (ii) barreiras à entrada; e (iii) capacidade de absorver a demanda da empresa vítima de predação.

Caso esses requisitos não estejam presentes, prescindível a avaliação dos preços praticados com relação aos custos do agente, já que não haveria como o acusado de predação causar impacto na concorrência. Somente após a verificação da existência de toda essa conjuntura é que se passaria a analisar a política de preços da empresa. Ao analisar os fatos, porém, a Suprema Corte evidencia que para fazer prova da recuperação, é necessário demonstrar o posterior aumento do preço ou que este aumento seria provável ante a nova estrutura de mercado. In: Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993); <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=509&invol=209>

⁴¹ Devido a pouca utilização desses conceitos no âmbito da concorrência pátria, entende-se melhor a manutenção de suas designações originais.

⁴² O mercado predado não precisa ser necessariamente o mercado alvo. A empresa poderá assumir uma posição predatória em um mercado no qual já tenha posição dominante, mas não com o intuito de eliminar a concorrência restante, mas sim de criar uma reputação de agressiva, para um outro mercado no qual não possui posição dominante.

effect, o *test market* e *signal jamming*⁴³.

Por fim, resistindo o caso a todas as etapas anteriores, deverá ser feita a comparação entre preço e custo. Significa dizer que o confronto entre o preço e o custo somente se dará após a confirmação de um contexto de mercado que as autoridades entenderam como as condições necessárias para um que a conduta predatória resulte em efeitos negativos para a concorrência.

Nesse ponto, utiliza-se da metodologia firmada pelo Tribunal de Justiça Europeu no caso da AKZO Chemie BV v Comissão Europeia⁴⁴. O padrão para verificação de “preço abaixo do custo”, terá o custo variável médio como limite mínimo, o preço praticado abaixo desse limite deverá considerado ilegal. Os preços acima do custo total médio, por sua vez, serão considerados como competitivos, recomendando a Portaria SEAE n° 70/2002 o arquivamento do processo. Os preços praticados entre esses dois parâmetros deverão ser cuidadosamente analisado, pois somente a análise no caso concreto é que irá determinar a legalidade da prática, ou seja, não há presunção pré-determinada.

Sendo assim, resta evidente que, tal qual a Resolução CADE n° 20/1999, a Portaria SEAE n° 70/2002 prevalece a sistemática desenvolvida pela Suprema Corte Norte-Americana, com base na doutrina neoclássica, pela qual o custo somente deverá ser confrontado após a verificação das possibilidades de

⁴³ BOLTON, Patrick, BRODLEY, Joseph F. RIORDAN, Michael H. **Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy**. The Georgetown Law Journal, Vol. 88. N° 8 pp. 2239-2330, Agosto, 2000.

⁴⁴ “71 Prices below average variable costs (that is to say, those which vary depending on the quantities produced) by means of which a dominant undertaking seeks to eliminate a competitor must be regarded as abusive. A dominant undertaking has no interest in applying such prices except that of eliminating competitors so as to enable it subsequently to raise its prices by taking advantage of its monopolistic position, since each sales generates loss, namely the total amount of the fixed costs (that is to say, those which remain constant regardless of the quantities produced) and, at least, part of the variable costs relating to the unit produced.

72 Moreover, prices below average total costs, that is to say, fixed costs plus variable costs, but above average variable costs, must be regarded as abusive if they are determined as part of a plan for eliminating a competitor. Such prices can drive from the market undertakings which are perhaps as efficient as the dominant undertaking but which, because of their smaller financial resources are incapable of withstanding the competition waged against them.

73 These are the criteria that must be applied to the situation in the present case.” (Julgado C-62/86)

recuperação dos prejuízos pelo agente econômico. Não obstante, contém em si alguns elementos decorrentes da teoria dos comportamentos estratégicos na avaliação dos meios e objetivos adotados pela empresa acusada de predação.

Contudo e conforme pôde ser observado em todas as fontes utilizadas no presente estudo, a diferenciação de uma concorrência legítima de uma atuação econômica ilegal é um exercício extremamente complexo, sujeito a diversas falhas, ainda não superadas nem pela doutrina, nem pela jurisprudência.

À guisa de exemplo, cita-se a própria prática de preços baixos. Terá o agente logrado obter licitamente alguma vantagem competitiva sobre os seus concorrentes que o permite praticar preços mais baixos, ou estará ele utilizando meios artificiais na tentativa de se sobrepor no mercado?

O CADE, órgão máximo das decisões administrativas referentes às infrações à ordem econômica, tem decidido diversos processos abrangendo a temática de prática de preços abaixo do custo.

No caso da Microsoft Informática Ltda. e Paiva Piovesan Engenharia e informática Ltda., a Microsoft estava sendo acusada, em suma, das seguintes condutas:

- “1. inclusão do software de gerenciamento financeiro ‘Money 97’ no pacote de aplicativos denominado ‘Microsoft Office for Small Business 97’ (‘SBE Office’), o que poderia caracterizar venda casada (inciso XXIII do artigo 21);
2. venda de 250 mil cópias ao Banco do Brasil e 110 mil cópias à Caixa Econômica Federal do software gerenciador financeiro ‘Money 97’, o que teria restringindo a entrada de outros concorrentes no mercado (incisos IV e V do artigo 21);
3. restrição ao acesso dos produtos concorrentes aos maiores distribuidores nacionais de software, que são também distribuidores de Microsoft (incisos V e VI do artigo 21)”⁴⁵

Decidiu-se sumariamente pela inexistência de preços predatórios, em primeiro lugar, porque o preço de revenda para o consumidor não acompanhou as reduções de preço da Microsoft para os distribuidores. Segundo, porque o custo marginal de reprodução de software, uma vez já desenvolvida a tecnologia, é desprezível, tornando ineficiente a avaliação de “prática de

⁴⁵ Processo Administrativo nº 0812001182/98-31;

preços abaixo do custo”⁴⁶. Por fim, os baixos custos de adaptação e atualização do software implicariam em baixas barreiras à entrada, razão pela qual não haveria como impedir a entrada de novos agentes, impedindo a posterior elevação de preços e esvaziando a prática de racionalidade.

Quanto ao primeiro critério, considerou-se o preço praticado entre as distribuidoras e os consumidores finais e não entre os fabricantes e os distribuidores⁴⁷. Contudo, a conduta reputada como predatória estaria na compra e venda entre os fabricantes e distribuidores. Ao considerar que os fabricantes raramente vendem os seus produtos de forma direta aos consumidores finais, para estas empresas, o preço determinante para a avaliação da conduta é aquele praticado com relação às distribuidoras. Destarte, teria sido recomendável a verificação do preço dentro do mercado no qual as empresas efetivamente competem com o preço.

De fato, o cálculo de preços abaixo do custo é extremamente difícil no caso de softwares e são baixos os custos irrecuperáveis de entrada no mercado. O que não se considerou, para a verificação da existência de predação, é a venda a preços extremamente baixos permitiriam a criação dos efeitos de externalidades de rede⁴⁸. A externalidade de rede, por sua vez, gera uma barreira de entrada, dificultando a entrada de novos concorrentes. Esses elementos, apesar de descartados na avaliação de preços predatórios, foram considerados para a análise de prática de venda casada e tentativa de dominar o mercado.

Não se propõe afirmar a prática de preços predatórios no caso em questão, o que exigiria a análise de todos os documentos trazidos aos autos,

⁴⁶ Dentro desse contexto de desconsiderar a possibilidade de predação, o CADE não adentrou na qualificação do custo a ser utilizada, afirmando apenas que no caso em concreto seria “praticamente impossível a avaliação real das condições efetivas de custo. Por outro lado, o comportamento dos preços ao longo do tempo, como visto acima, não sinaliza para a necessidade de análise detalhada de custos, já que não revela indícios de que tenha ocorrido queda dos preços para o consumidores ou venda abaixo do custo.” (Processo Administrativo nº 0812001182/98-31)

⁴⁷ “(...) embora os preços do Money aos distribuidores, determinados pela Microsoft, tenham sido reduzidos seguidamente de 1995 a 1997, sendo elevados apenas no ano de 1998, os preços cobrados aos usuários finais, fixados pelas revendas, não acompanharam estas reduções.” (Processo Administrativo nº 0812001182/98-31)

⁴⁸ Externalidade de rede caracteriza-se pela vinculação do consumidor a uma ou várias redes, tornando difícil a mudança de um produto a outro, dada a necessidade de existência de uma rede de participantes, conforme definido no próprio acórdão do processo administrativo em referência.

mas tão somente alertar para os inúmeros vieses dos casos, razão pela qual se sustenta a dificuldade de determinação de preços predatórios, bem como dos critérios a serem utilizados.

Outro processo, talvez um dos julgados mais emblemáticos referentes a preços predatórios analisados pelo CADE, é o caso no qual figura como representante a Labnew Indústria e Comércio Ltda. e como representadas a Merck S.A. Indústrias Químicas e MB Bioquímica Ltda.

No caso em questão, a Labnew estava sendo acusada de vender tubos de coleta de sangue a vácuo por preços abaixo dos custos em licitações públicas. Os preços baixos seriam obtidos por meio de *dumping*, ou seja, de importações por preços mais baratos do que no próprio mercado de origem. As importações em condições ilegalmente mais vantajosas permitiria a prática dos preços predatórios. Resumo das principais características do mercado envolvido no caso pode ser dado pela transcrição parcial da ementa⁴⁹:

“Acusação de preço predatório e de criação de dificuldade a empresa concorrente, Art. 21, incs. V e XVIII, c/c art. 20, inc. I, da Lei 8.884/94. Análise das condições estruturais do mercado: 1) mercado relevante de produto: tubos para coleta de sangue a vácuo, sem distinção do tipo ou tamanho; 2) mercado relevante geográfico: território nacional; 3) estrutura do mercado: mercado concentrado; 4) barreiras à entrada: elevadas; mercado relevante relativamente contestável por exportações; ausência de concorrência potencial vigorosa; 5) inexistência de posição dominante. Necessidade de comparação custo/preço de venda. A prática não configura preço predatório.”

Na análise do caso o acórdão, desde o início, estabelece explicitamente um paralelo entre os artigos 20 e 21, da Lei n° 8.884/94 com a Seção 2 do Sherman Act, conceituando predação como “uma espécie de estratégia adotada por qualquer firma numa tentativa de monopolizar o mercado de algum produto”⁵⁰. Ressalva, ainda, que somente uma empresa com posição dominante teria condições de praticar preços infracompetitivos, expulsando os concorrentes do mercado, com a conseqüente elevação dos preços.

É de se ressaltar, porém, que a legislação brasileira, conforme supra analisada, em momento algum exige a existência de poder de mercado para a

⁴⁹ Processo Administrativo n° 08000.013002/95-97, pg. 3159

⁵⁰ Processo Administrativo n° 08000.013002/95-97, pgs. 3161-3162

prática de preços predatórios, já que os efeitos contidos nos incisos I e II, do artigo 20, da Lei nº8.8884/94, sendo esse tão-somente imprescindível para o enquadramento no inciso IV, do referido artigo, referente ao abuso de posição dominante⁵¹. Tampouco deverá ser considerada como finalidade exclusiva a tentativa de monopolizar o mercado, requisito previsto expressamente no Sherman Act, na medida em que isso compreende apenas um dos possíveis efeitos da predação, positivado no inciso II, da lei brasileira. Em suma, não é compatível com a ordem econômica nacional a equiparação da Lei nº 8.884/94, nesse quesito, com a legislação norte-americana.

O julgamento adota a linha cética da Suprema Corte Norte-Americana, aludindo textualmente à Escola de Chicago, segundo a qual, a prática de preços predatórios configura uma prática destituída de racionalidade e de difícil realização, conforme supra explicitado. Para tanto, tem-se como pressuposto um ambiente perfeitamente competitivo e de completa informação⁵².

A Resolução CADE nº 20/99 é tomada como base da análise e, conforme o voto, consiste na (i) avaliação da conduta ao longo do tempo, para que comportamentos sazonais não venham a ser considerados abusivos; e (ii) a análise de comportamentos estratégicos do agente econômico; ambos dentro de um contexto de preço abaixo do custo variável médio.

Ocorre que, no caso ora analisado, comportamento estratégico é visto tão-somente como capacidade de *recoupment*. Assim, indica-se como metodologia a verificação primeira das estruturas de mercado⁵³, para uma

⁵¹ Isto porque uma empresa que não detém poder dominante no mercado relevante, mas possui participação.

⁵² “Assumindo um ambiente perfeitamente competitivo, uma firma engajada em tal conduta, incorreria em severas perdas de curto prazo na sua tentativa de causar prejuízos aos rivais, que ela racionalmente não consideraria tal estratégia. Ainda que a firma engajassem em tal conduta e fosse bem sucedida na eliminação dos rivais, para ser lucrativa a firma predadora necessitaria recuperar as perdas por meio de elevação de preços mais tarde a níveis supracompetitivos. Num ambiente de completa informação preços em tais níveis atrairia novos competidores (na esperança de obter lucros supranormais), reduzindo as chances da firma, de recuperação de suas perdas. Percebendo isso, a firma calcularia a baixa probabilidade de recuperação de lucros perdidos e evitaria tal conduta.” (Processo Administrativo nº 08000.013002/95-97, pg. 3162)

⁵³ (1) mercado relevante concentrado; (2) posição dominante; (3) alto nível de barreiras de entrada; (4) excesso de capacidade do predador; e (5) remoção dos ativos dos concorrentes expulsos do mercado.

posterior análise do preço nos termos de Areeda e Turner e, enfim, de possibilidade de recuperação dos prejuízos incorridos.

Assim sendo, o voto conclui pela (i) existência de mercado relevante concentrado; (ii) barreiras a entrada não elevadas, mas inexistência de concorrência potencial vigorosa; e (iii) possibilidade de recuperação dos prejuízos. Aponta, ainda, para a possibilidade de suprir elevação de demanda por meio de importação.

No que tange a estrutura de mercado, somente não restou caracterizada a posição dominante, apesar de identificado o aumento contínuo de participação no mercado das empresas ao longo do tempo. Ou seja, em um primeiro momento são encontrados todos os elementos que tradicionalmente levariam à conclusão pela existência de prática predatória.

Na questão da análise dos preços, apesar de adotar o custo variável médio, o Conselheiro relator entendeu por bem seguir a metodologia de William Baumol e incluiu todos os custos que não os irrecuperáveis, dentro do cálculo de custo variável médio. Nesse contexto, não foi encontrado preço abaixo do preço de internação médio do produto⁵⁴.

Ocorre, contudo, que a conclusão foi pela inexistência de prática de preços predatórios, nos termos da Lei n° 8.884/94 e da Resolução CADE n° 20/99, uma vez que o preço praticado igual ou superior ao custo variável médio não pode forçar a saída ou impedir entrada de concorrente igualmente eficiente.

De pronto, é possível notar a possibilidade de transposição das críticas doutrinárias feitas à linha neoclássica, bem como as ponderações tecidas com relação à aplicação da Resolução CADE n° 20/1999.

Poucos meses depois o CADE apreciou uma averiguação preliminar envolvendo outro caso de preço predatório, cujo principal argumento para a desconsideração da prática predatória foi a ausência de posição dominante, já que a participação da empresa não alcançava mais de 1% do mercado relevante. O contexto teórico para a decisão, continuou nas mesmas bases do julgamento do caso Labnew, qual seja, a teoria neoclássica de preços predatórios:

⁵⁴ “Como o custo de internação é o custo direto e variável, considero-o como o referencial apropriado para se chegar ao custo variável médio base para a aferição de existência ou não do preço predatório. Assim, considero a comparação custo de internação/preço líquido de vendas feito pelas Representadas como um teste adequado para verificar a ocorrência de preço abaixo do custo.” (Processo Administrativo n° 08000.013002/95-97, pg. 3195)

“(…) Preços predatórios contra concorrente do mesmo mercado relevante são suficientemente baixos para reduzir a demanda pelo produto do concorrente abaixo do nível que lhe proporciona equilíbrio financeiro, causando-lhe prejuízos e eventualmente levando a sua expulsão do mercado. A estratégia de tal política de preços se torna racional para uma firma que tem por objetivo maximizar o valor presente de seus lucros quando o ônus econômico incorrido pelo predador, decorrente da prática de preço abaixo do nível que lhe proporciona maior lucro no curto prazo, é compensado pelo bônus representado pela possibilidade de acréscimo de poder de mercado, e conseqüentemente maiores lucros futuros, com a eventual saída de concorrente. A viabilidade de tal estratégia depende de que o praticante possua significativo poder de mercado inicialmente, já que, do contrário, seria pequena a sua capacidade de deprimir o preço de mercado a que se submete o seu concorrente e vítima somente com o aumento de sua produção.(...)”⁵⁵

Em síntese, ponto que diferencia substancialmente a legislação brasileira das demais, no que tange preços predatórios e infrações à ordem econômica em geral, é a ausência da imposição expressa de detenção de posição dominante pelo agente econômico acusado de infração. Assim, a existência de prática predatória não deveria ser descartada ante a simples verificação da inexistência de posição dominante no mercado sob análise. Certamente deter posição dominante é um ponto de peso na análise levada a cabo pelas autoridades antitruste, mas não é uma condição legal cogente, tal qual nos Estados Unidos e na Europa.

É possível afirmar que as autoridades antitrustes brasileiras têm incorporado elementos de ambas as linhas jurisprudenciais estrangeiras. Todavia, resta patente a predominância do entendimento empossado pela Suprema Corte Norte-Americana e a análise neoclássica do fenômeno predatório, tanto nas prescrições legais editadas pelas autoridades administrativas, quanto nos julgados do CADE.

Em decorrência dessa influência norte-americana, uma questão que tem sido bastante suscitada nas avaliações levadas a cabo pelo sistema brasileiro de defesa da concorrência é a relevância da capacidade da empresa conseguir recuperar os prejuízos incorridos durante a prática de preços abaixo do custo.

Para tanto, é realizado detalhamento do mercado envolvido, para verificação de barreiras à entrada, contestabilidade, dentre outros fatores su-

⁵⁵ Averiguação Preliminar nº 08000.027491/95-73

pra discutidos, que permitiriam a manutenção da posição alcançada no mercado às custas da predação, bem como a elevação dos preços necessária para a citada recuperação do agente.

Em se tratando de empresa submersa, porém, a discussão voltada para a recuperação se torna inócua, uma vez que não há que se falar em prejuízo. A prática de preços abaixo do nível de mercado não se dá por meio da imposição de preços abaixo dos custos incorridos pela empresa. Ao contrário, o agente reduz deliberadamente os seus custos de produção por meio do não cumprimento da totalidade de suas obrigações legais.

Significa dizer que a empresa reduz *ilegalmente* os seus custos, e por isso pratica sem prejuízos preços que, para as demais concorrentes formais, seriam considerados preços abaixo do custo. Implica em dizer que não há uma redução de receitas para a empresa predadora, ao contrário, dependendo do grau de submersão, poderá ocorrer da empresa auferir lucros maiores que as suas concorrentes, a despeito do preço inferior.

Em suma, em casos de prática de preços abaixo do mercado por empresas submersas, preços estes que seriam abaixo do custo para empresas formais, não haverá utilidade em verificar as condições do mercado que possibilitariam eventual recuperação, pois não há perda financeira para o agente predador.

Nestes casos, portanto, restarão superadas as críticas feitas à necessidade de identificação da possibilidade de recuperação, uma vez que ela se mostrará irrelevante para a caracterização de infração à ordem econômica no contexto ora analisado.

Destarte, será efetivada a verificação da possibilidade de caracterização de infração à ordem econômica, em especial, a prática de preços predatórios, nos casos em que as empresas estão inseridas em alguma espécie de informalidade. Considerando a inexistência do fenômeno de recuperação em casos de empresas informais, a análise partirá da avaliação da relação entre custos e preços, ponto que melhor identifica a atuação irregular do agente.

Nesse sentido, de relevância significativa para o presente estudo é a definição dos custos adotada pelo CADE, que seguiu a linha européia. A mesma será utilizada para a avaliação da repercussão da informalidade nos custos das empresas, em conjunto com a análise do mercado, levando em consideração as peculiaridades inerentes à análise hipotética de um contexto de informalidade econômica.

IV. Informalidade e Predação

(1) Da competência do CADE para a apreciação da matéria

Em processo administrativo tendo como representantes Nereu Crispin e Nilppa Comercial de Materiais de Construção Ltda e como representada a Sociedade dos Mineradores de Areia no Rio Jacuí Ltda. – SMARJA, o CADE foi chamado a se manifestar a respeito da acusação contra a SMARJA, de que estaria praticando sonegação fiscal por meio das pessoas jurídicas ligadas a seus sócios, como meio de viabilizar a redução do preço praticado ao consumidor final. Significa dizer que as acusações consistiam no conluio entre as empresas dos sócios, sonegação e prática de preços predatórios.

O CADE votou pela inexistência de infração à ordem tributária, com fundamentação na sua incompetência para a análise de questões regulatórias, bem como da impossibilidade de condenação de uma única empresa (SMARJA) por conluio, e determina a remessa dos autos ao Ministério Público Estadual. Paradoxalmente, afirma que o não cumprimento da legislação tributária constitui verdadeira concorrência desleal, nos seguintes termos:

“Ademais, é imperioso registrar que outra espécie de atuação concertada entre as empresas ligadas aos sócios da SMARJA foi apontada nestes autos, conquanto fuja à alçada de competência deste CADE examiná-la. Referimo-nos à alegação de que a SMARJA estaria praticando sonegação fiscal, em benefício exclusivo das empresas ligadas a seus sócios. Tal sonegação, em benefício exclusivo das empresas ligadas a seus sócios. Tal sonegação, desta forma, estaria sendo usada como instrumento para a viabilização de uma melhor oferta de preços ao consumidor final. Trata-se de conduta que, obviamente, viola o direito à concorrência por via reflexa, posto que alcança melhores preços mediante burla à legislação tributária constitui, além de crime contra a ordem tributária, verdadeira prática e concorrência desleal.”⁵⁶

De fato, a incompetência do CADE, bem como dos demais órgãos do sistema de defesa da concorrência, para a análise da documentação do agente e constatação inadimplemento quanto às obrigações tributárias, previdenciárias, trabalhistas ou fito-sanitárias, dificulta a análise da existência de infração à ordem econômica, nas hipóteses em apreço. Essa inabilitação

⁵⁶ Processo Administrativo nº 08012.000208/99-79, pgs. 1453-1454.

consiste em um complicador de difícil solução no panorama atual do funcionamento das instituições públicas.

É público e notório a mora na apreciação das demandas, sejam elas jurídicas ou administrativas. Os procedimentos administrativos podem levar anos para chegarem a uma conclusão. Após o desfecho administrativo, ainda é possível levar a questão ao judiciário, que necessitará de mais alguns anos para a resolução da lide.

Em um caso complexo de prática predatória, no qual o preço praticado pelo agente se encontra acima de seus custos, mas os custos são incompreensivelmente baixos, a suspeita deverá recair sobre a redução artificial e portanto ilegal dos custos. Para os órgãos de defesa da concorrência estabelecer a causa da redução ilegal dos custos far-se-ia imprescindível a avaliação do adimplemento das obrigações supra citadas.

Certamente o ideal seria a possibilidade de oficiar aos órgãos interessados para que se manifestassem a respeito do caso. O tempo necessário para as manifestações, porém, provavelmente iria tornar inócuo o processo visando coibir as práticas ofensivas à ordem econômica. Ademais, as empresas certamente iriam alegar que uma condenação do CADE com base na sonegação de tributos, por exemplo, precisaria aguardar o trânsito em julgado do processo administrativo correspondente, tal com a apreciação de existência de crime contra a ordem tributária⁵⁷, o que tardaria ainda mais a conclusão do procedimento perante o sistema brasileiro de defesa da concorrência.

Pra contrapor este argumento da necessidade de conclusão de processo administrativo fiscal para que sejam apreciados os efeitos decorrentes da infração pela autoridade antitruste, tem-se a hipótese de crime contra a ordem econômica, processo penal este que não depende do processo administrativo correspondente, nem tampouco o contrário é verdadeiro.

⁵⁷ HÁBEAS CORPUS. PENAL. TRIBUTÁRIO. CRIME DE SUPRESSÃO DE TRIBUTO (ART. 1º DA LEI 8.137/1990). NATUREZA JURÍDICA. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Na linha do julgamento do HC 81.611 (rel. min. Sepúlveda Pertence, Plenário), os crimes definidos no art. 1º da Lei 8.137/1990 são materiais, somente se consumando com o lançamento definitivo. 2. Se está pendente recurso administrativo que discute o débito tributário perante as autoridades fazendárias, ainda não há crime, porquanto “tributo” é elemento normativo do tipo. 3. Em consequência, não há falar-se em início do lapso prescricional, que somente se iniciará com a consumação do delito, nos termos do art. 111, I, do Código Penal. (HC 83414; Relator Min. Joaquim Barbosa; DJU de 23.4.2004)

Por outro lado, sem essa avaliação específica, a condenação por preços predatórios se daria por meio da mera presunção, de que preços resultantes de custos mais baixos do que os demais existentes no mercado seriam decorrentes de práticas ilegais. Esse tipo de avaliação corre o risco de punir empresas eficientes, que realmente trazem benefícios para o mercado e os consumidores.

A bem de destacar as medidas que vem sendo tomadas para melhoria desse quadro, no que tange à matéria em comento, cumpre ressaltar que a Secretaria de Direito Econômico e a Secretaria da Receita Federal celebraram um convênio objetivando o intercâmbio de informações. O convênio estabelece formas mais práticas de comunicação entre esses órgãos, por meio de procedimentos pré-estabelecidos e acesso on-line de alguns dados. Não há, contudo, prazo para atendimento das informações solicitadas por um ou outro órgão. Ademais, o convênio não soluciona o problema em questão, já que as informações não terão caráter definitivo quanto à existência de ato ilícito ou não.

Hipótese em que o convênio poderá facilitar a análise do sistema de defesa da concorrência é em caso de já existir débito inscrito em dívida ativa referente ao mesmo período em que se alega a prática de preços predatórios. Ou seja, em caso de dado pré-existente referente ao agente econômico representado.

Significa dizer que, apesar dos altos índices de sonegação fiscal, inadimplência previdenciária e trabalhista, bem como desvios das normas de produção, a inclusão desses fatores na apreciação de condutas potencialmente lesivas à economia será de difícil operacionalização, ante a falta de preparo das autoridades públicas em atender as demandas.

Cumpre ressaltar que esses fatores de informalidade supracitados, em si, não constituem infração à ordem econômica. Eles serão infrações tributárias, inadimplência contratual trabalhista e assim por diante caso as reduções de custo não sejam repassadas para o preço ou utilizadas de outra forma a falsear a concorrência. Assim, a avaliação do não cumprimento das obrigações legais por parte das empresas somente importa na medida em que essas infrações garantem os meios para atingir um dos efeitos elencados no artigo 20, da Lei nº 8.884/94.

É a partir dessa premissa em que reside a competência do CADE para a verificação da existência de informalidade na atuação dos agentes econômicos. Até mesmo porque, a única imunidade à observação dos princípios concorrências é no caso de planejamento impositivo, previsto no artigo 174, da Constituição Federal.

“Salvo essa hipótese específica, inexistente imunidade concorrencial. A Lei nº 8.884, em seu art. 15, expressamente submete ao regime antitruste

todas as pessoas físicas ou jurídicas, de regime de direito público ou privado, mesmo que exerçam atividades sob regime de monopólio legal. Essa disposição corresponde ao desejo de submeter ao controle do CADE todos os atos e ajustes entre as empresas, mesmo aqueles sujeitos ao controle estatal. Isso faz com que a desaplicação do direito antitruste só possa ser cogitada em hipóteses excepcionais, não bastando para isso uma situação jurídico-formal.”⁵⁸

Não só o referido artigo 15, da Lei n° 8.884/94⁵⁹, atribui ampla extensão à aplicação da legislação antitruste, como também prevê expressamente aplicação a quaisquer agentes econômicos, ainda que não estejam juridicamente constituídas. Ou seja, abre a possibilidade de aplicação da lei para os agentes paralelos.

Dentro desse contexto amplo anteriormente delineado, tem-se que, a despeito da impossibilidade de afirmar a existência de infrações outras que não à ordem econômica, nos termos previstos pela Lei n° 8.884/94, é prerrogativa do CADE apreciar e julgar todas as hipóteses de condutas anticoncorrenciais.

Como na determinação da existência de algumas condutas, bem como na apreciação de fusões e aquisições, dentre outros procedimentos, na forma regulamentada pelo artigo 54, da Lei n° 8.884/94, as decisões do CADE são baseadas em projeções acerca do mercado, ou as possíveis condutas do agente econômico.

O mesmo poderá ser feito nos casos de possibilidade de atuação informal do agente econômico analisado. Haverá circunstâncias em que será plausível atribuir como causa dos efeitos anticompetitivos o não cumprimento de alguma determinação legal, independente de procedimento específico, conforme poderá ser depreendido abaixo.

Ante competência do CADE para condenar infrações à ordem econômica independentemente das demais cominações legais cabíveis, não se fará imperioso a comprovação cabal da existência dos ilícitos em outras esfera. O importante é a existência dos efeitos prejudiciais à concorrência.

Deste modo serão analisados os aspectos peculiares da verificação de práticas predatórias por parte dos agentes inseridos nesse contexto de economia informal. Por uma questão de melhor compreensão, doravante serão utilizadas as

⁵⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação da Atividade Econômica... op. cit. pg. 140.

⁵⁹ “Art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

denominações “paralelo” e “submerso” para diferenciar os agentes mais ou menos tendentes à excludos da economia formal, segundo as categorias de Camicciali.

Importante ressaltar que existem outras categorias de informalidade, que dependerão da definição adotada ou do mercado específico no qual estiver inserido. Caberá, portanto, à autoridade estabelecer os parâmetros a serem utilizados, quando da análise do caso concreto. Para o presente estudo porém, serão enfocadas as duas categorias mais usuais de informalidade.

(2) Agentes paralelos e a prática de preços predatórios

Retomando o conceito de economia paralela que será ora utilizado, temos “conjunto de atividades econômicas no qual não há uma clara separação entre os fatores trabalho e capital dentro de um determinado processo produtivo geralmente desenvolvido por pequenas unidades de baixa produtividade”⁶⁰.

O agente paralelo, por conseguinte, dificilmente terá participação significativa no mercado relevante do produto. Em verdade, sua existência é raramente levada em consideração pelas autoridades antitruste quando da apreciação dos procedimentos, sejam concentrações, averiguações ou processos administrativos. Ou então são considerados mercados relevantes distintos, sendo considerada inexistente a interação entre as empresas formais e os agentes informais.

Nesse sentido, o voto proferido no ato de concentração da Nestlé Brasil Ltda com Chocolates Garoto S/A é bastante ilustrativo quanto ao tratamento usualmente dado aos agentes da economia paralela:

“Quanto à inclusão das vendas de chocolate artesanais no mercado relevante de chocolate sob todas as formas, acompanho o entendimento da SDE no sentido de que os chocolantes artesanais não exercem pressão competitiva sobre os produtores de chocolates industrializados. Apesar dos esforços das Requerentes em produzir argumentos favoráveis à inclusão destes produtores como ofertantes no mesmo mercado dos produtores de chocolates industrializados, expressos, principalmente através do parecer do ilustre ex-conselheiro do CADE Prof. Arthur Barrionuevo e do estudo da LCA Consultores (ambos juntados em apartados confidencial), entendo que os chocolates artesanais e industrializados concorrem em mercados relativamente distintos, tendo em vista que:

⁶⁰ BUGARIN e RIBEIRO. **Fatores Determinantes e Evolução da Economia Submersa no Brasil**. Op. cit. pg.2

1. Os fabricantes de chocolates artesanais, incluindo as duas categorias sugeridas no estudo da LCA (fabricantes de produtos diferenciados com pontos de vendas próprios e preços, em geral, elevados e “fabricantes informais de chocolates e produtos à base de chocolate”), não dispõem de capacidade produtiva suficiente para responder tempestivamente a um aumento da demanda por seus produtos diante de uma elevação de preço pelas grandes empresas;
2. Mesmo que, por hipótese, fosse possível esta elevação na oferta dos fabricantes de chocolates artesanais, as empresas fornecedoras do insumo básico, cobertura de chocolate (Nestlé/Garoto e Arcor), poderiam impor uma elevação no preço deste insumo, inviabilizando a ocupação de parcelas do mercado pelas fabricantes de chocolates artesanais;
3. Os ofertantes de chocolates artesanais não possuem estrutura de distribuição capilarizada. Em razão da pequena escala de produção, não podem recorrer a redes atacadistas e tampouco realizam vendas em supermercados ou hipermercados. Sua presença se faz basicamente ao nível local em pontos de venda dispersos, incapazes de atender parcelas do mercado suficientes para dissuadir elevações de preços das ofertantes de chocolates industrializados;
4. Mesmo supondo a existência de capacidade produtiva, disponibilidade de insumo a preço competitivo e rede de distribuição capilarizada, ainda assim é improvável que consumidor substitua o chocolate industrializado pelo chocolate artesanal em razão da fidelidade à marca presente neste mercado. Os fabricantes artesanais não dispõem de recursos nem escala suficiente para custear os elevados gastos em fixação de marca e propaganda, sendo improvável o deslocamento da demanda sem a realização destes gastos.

Em vista dos argumentos acima, entendo que é inadequado o cômputo das vendas de chocolates artesanais na estrutura de oferta do mercado de chocolates sob todas as formas, o qual deve incluir somente vendas de chocolates industrializados.”⁶¹

- A diferença essencial entre o agente informal e o agente submerso é a capacidade econômica do agente. A empresa informal não tem condições financeiras para suportar as obrigações que lhe são impostas pelo Estado. O agente submerso, do contrário, opta pela não observância das regulações estatais apesar de ter condições de adimplemento, visando a obtenção de vantagens comparativas artificiais

⁶¹ Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89

- Esse panorama permite considerar que a empresa informal, individualmente considerada, não haverá condições econômicas com o condão de causar os efeitos elencados no artigo 20, da Lei nº 8.884/94, já que a sua atuação não será capaz de limitar ou falsear à livre iniciativa e concorrência, muito menos dominar mercado relevante ou abusar de posição dominante.

Em um caso de cooperativas⁶², que possuem tratamento tributário especial, o CADE, foi incitado a manifestar-se a respeito da utilização indevida de benefícios fiscais para a prática de preços abaixo do mercado. A cooperativa estaria vendendo a pessoas não associadas sem a devida escrituração, ou seja, não estaria recolhendo o imposto devido por atos não cooperados.

A questão foi resolvida de modo sucinto, uma vez que se detectou que as barreiras de entrada eram baixas e que os preços não tiveram efeito anticompetitivo, ao contrário, o número de agentes dentro do mercado relevante aumentou. Sendo o mercado pulverizado, não haveria participação relevante da empresa. Conseqüentemente, decidiu-se inexistência da possibilidade da conduta redundar nos efeitos previstos no artigo 20, da Lei nº 8.884/94. Nesse processo o CADE declarou a sua incompetência para analisar se a cooperativa estava seguindo ou não a legislação específica aplicável, principalmente ante a inexistência de efeito anticoncorrencial.

Diante dessas considerações, improvável a concretização dos efeitos considerados prejudiciais para a ordem econômica, em decorrência da prática de preços abaixo do custo por um agente informal que não cumpre suas obrigações legais.

(3) Agentes submersos e a prática de preços predatórios

Contextualizando, portanto, o agente econômico submerso será aquele que, aparentemente está dentro dos padrões da formalidade. Possui registro no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, os respectivos cadastros fiscais, documentos societários devidamente registrados em cartório, dentre outros. Ocorre que, apesar de aparentar formalidade, o agente não cumpre com todas as suas obrigações legais que importam em custo. Significa dizer que em um primeiro momento, não será possível detectar a sua condição de submersa, sem uma análise detida da documentação contábil da empresa.

⁶² Processo Administrativo nº 08012.007818/98-77

Sendo assim, esses agentes serão contabilizados quando da verificação da participação no mercado relevante em caso de procedimentos administrativos na ceara da defesa da concorrência. Implica em dizer que esses agentes submersos constituem efetiva concorrência para os demais agentes formais, bem como poderão ter participações significativas de mercado.

A apreciação de uma matéria por um órgão judicante impõe a análise do caso em concreto, avaliando as suas peculiaridades à luz da legislação vigente. Dessa forma, não é possível estabelecer uma previsão normativa para os efeitos econômicos decorrentes da operação de uma empresa na informalidade, uma vez que as conseqüências dependerão das características do mercado relevante considerado, bem como da participação empresa dentro daquele mercado. Questiona-se quais poderão ser os parâmetros mais adequados para a avaliação, quanto aos efeitos concorrenciais, principalmente quanto à prática de preço predatório, em se tratando de empresas inseridas em um contexto de informalidade.

Dentro desse panorama, em casos de acusação de preços predatórios, poderemos verificar as seguintes conseqüências decorrentes da situação econômica bem como do modelo de análise de preços predatórios.

Primeiramente, será determinado o mercado relevante geográfico e do produto, no qual a participação do agente submersa será incluída. Essa informação é importante na medida em que, conforme dito, tradicionalmente não se incluem empresas “*informais*” nas análises levadas a cabo pelas autoridades antitruste. Isto porque ainda prevalece a concepção entre as autoridades antitruste de economia *não* formal somente em seu primeiro sentido, ora definido como economia paralela.

Conforme anteriormente ressaltado, todavia, no caso das empresas submersas não será possível a sua identificação de imediato, em decorrência de sua aparente formalidade, razão pela qual será levada em consideração para a determinação das características do mercado relevante.

Na hipótese do próprio agente submerso ser representado por prática de preços predatórios, ele poderá até mesmo ocupar posição dominante no mercado relevante em questão. Isto porque a dominação de um mercado não implica na regularidade e legalidade da atuação do agente.

Apesar de não da posição dominante não ser exigido pela legislação, mas por consistir em um requisito jurisprudencialmente construído, a tese acima exposta é importante na medida em que reconhece a possibilidade de empresas submersas possuírem participação relevante e até mesmo posição dominante nos mercados em que atuam.

A dificuldade da análise, em verdade, reside na identificação da qualidade de empresa submersa do agente acusado de predação. Ademais, empresa que sonega impostos ou deixa de recolher os encargos trabalhistas e, por essa razão, pratica preços baixos, estes jamais estarão abaixo de seu custo de produção, justamente porque custos efetivamente arcados são reduzidos ilegalmente. Configura-se, portanto, ainda mais um desafio para a teoria econômica tradicionalmente aplicada.

Adotando a metodologia contida na Portaria SEAE nº 70/2002, a mesma adotada pela jurisprudência predominante do CADE, no que tange ao quesito preço, serão consideradas “as variáveis preço, custo variável médio e custo total médio”.

Primeiramente, a consideração da qualidade de agente submerso somente terá relevância significativa para a análise econômica dos preços predatórios a partir do momento que as obrigações legais não cumpridas serão incluídas nos custos variáveis.

Uma vasta gama de tributos, tais como IPI, ICMS e ISS, serão considerados custos variáveis, uma vez que o aumento da produção, em regra, aumentará a tributação. Isto porque a base de incidência será a quantidade de produtos fabricados ou postos em circulação, ou o número de serviços prestados, dentre outros. Os tributos que incidem sobre o faturamento, lucro ou renda, também tendem a aumentar com o aumento da produção. Estes tributos aumentarão com o incremento da produção, desde que a empresa não tenha, efetivamente, prejuízo. Em poucos casos os tributos serão usualmente custos fixos, tais como o IPTU ou o ITBI.

No entanto, mesmo nos casos de predação tradicional nos quais o agente incorre em prejuízo para a prática de preços abaixo do custo, é pertinente a sua inclusão desses tributos nos custos variáveis, uma vez que seriam custos variáveis usualmente suportados pelo empreendimento formal. No caso da economia submersa não haverá prejuízo, razão pela qual inclusão dos tributos em apreço se fará sem a necessidade de questionamento quanto à existência de sua base de cálculo.

Quanto às contribuições que incidem sobre a folha de salários, bem como as verbas trabalhistas, será preciso averiguar no caso em concreto se o aumento da produção gera um aumento da mão-de-obra, para efeitos de sua inclusão nos custos variáveis.

As regras fito-sanitárias, por sua vez, também exigirão apreciação no caso concreto em decorrência da diversidade de regulamentação na área sanitária.

A imposição pode consistir em mero registro junto ao órgão competente, que será um custo fixo, ou poderá ser a utilização de certo procedimento específico cujos custos aumentarão com a produção e será, portanto um custo variável.

Definidos quais os custos que serão considerados variáveis, far-se-á mister a análise dos dados apresentados pelas partes interessadas quanto ao custo. Se dessa verificação concluir-se desde já pela prática de preços abaixo do custo variável médio, não será necessária perquirição mas aprofundada quanto ao cumprimento das obrigações legais. Isto porque a condição quanto aos custos, no que tange à prática de preços predatórios, já estará patente.

Porém, se uma empresa estiver praticando preços visivelmente abaixo do preço de mercado⁶³, mas estes se mostrarem acima do custo variável médio ou, principalmente, acima do custo total médio do agente, interessante que se faça ponderação do porquê os custos estão tão baixos.

É possível que a empresa demonstre concretamente que possui condições especiais de aquisição de matéria prima, uma eficiência tecnológica diferenciada, ou algum outro fator de produção que justifique a existência de custos tão abaixo dos demais concorrentes. Do contrário, a probabilidade será de que a redução de custos está sendo obtida por meios ilegais, de forma a caracterizar a natureza de empresa submersa do agente predador.

Mais concretamente, aumentam as chances dos preços abaixo dos custos acarretarem em um dos efeitos elencados no artigo 20, da Lei nº 8.884/94, já que poderá (i) ser praticado por um período indefinido no tempo, aumentando a capacidade eliminar a concorrência existente; (ii) criar barreiras artificiais à entrada, dificultado o acesso ao mercado e mantendo-o concentrado; (iii) impedir a expansão dos demais concorrentes, inclusive para outros mercados; dentre outros possíveis efeitos, a serem analisados de acordo com caso em concreto.

Dentro deste contexto, conforme visto, não será necessário a comprovação da possibilidade de recuperação, ante a ausência de prejuízo. O agente submerso, ademais, terá receita positiva, permitindo a aplicação do excedente na ampliação da produção para atendimento do aumento da demanda, se assim o desejar. O ponto crucial, portanto, é uma maior facilidade da execução de uma conduta lesiva à ordem econômica do que a prática predatória em situações de estrita formalidade das empresas.

⁶³ Pelas razões anteriormente explicitadas, práticas de preços sazonais não serão consideradas preço predatório. Assim, a prática deverá se manter durante um período razoável de tempo.

V. Conclusões

De todo o exposto, verifica-se que as políticas governamentais, ao impor grandes custos às empresas, aliados a um baixo grau de fiscalização, proporcionam condições ideais para o alto grau de informalidade existente no Brasil. Assim, os agentes econômicos deixam de atender a todos os requisitos exigidos por lei, visando a redução de custos.

Com essa redução ilegal dos custos de produção é possibilitado aos agentes uma prática de preços baixos, que de outra forma não lhes seria possível. Os preços praticados são inferiores aos custos usuais que o agente normalmente teria caso atendesse todas as normas. Dessa forma os agentes informais conseguem praticar preços abaixo daqueles praticado pelas empresas formais.

Destarte, é possível que agentes informais, principalmente os submersos, pratiquem preços predatórios, uma vez que as empresas que operam dentro da estrita legalidade não terão condições de competir com os preços dos agentes informais.

Considerando os valores constitucionalmente estabelecidos para a ordem econômica no Brasil e reforçados pela Lei nº 8.884/94, não há como compatibilizar esse tipo de atuação com os ditames de uma economia pautada pela concorrência leal.

Porém, considerando que as condutas praticadas pelos agentes somente poderão ser caracterizadas como infração à ordem econômica na medida em que resultem nos efeitos do artigo 20, da Lei nº 8.884/94, dificilmente os agentes aqui definidos como paralelos tenham impacto suficiente na configuração do mercado para ensejar uma condenação. O mesmo não ocorre, contudo, no caso dos agentes submersos, uma vez que podem possuir parcelas significativas do mercado, ou até mesmo posição dominante dentro dos mesmos.

Ainda que não possuem posição de destaque onde atuam, normalmente constituem empresas com uma estrutura capaz de suportar o aumento da demanda e, como não há prejuízos financeiros em casos de redução ilegal de custos, essas empresas terão capital para investir no aumento da produção, durante um período indefinido, razão pela qual podem provocar graves entraves à concorrência saudável dentro de um mercado, aumentando o grau de concentração do mesmo.

Por conseguinte e em observância ao elevado percentual de informalidade existente no país, seria interessante a avaliação do preço em

relação ao custo, antes mesmo da avaliação das demais condições de mercado que facilitam a prática de preços predatórios, pois pode ser que eles sejam prescindíveis para o sucesso da conduta do agente. Como exemplo podemos citar a verificação da necessidade de recuperação dos prejuízos, bem a necessidade de haver capital ou financiamentos, já que o agente informal, apesar dos preços baixos, estará tendo uma receita positiva, não deficitária.

Sendo assim, em casos de produtos ou serviços que estão sendo oferecido no mercado por um preço menor que dos demais concorrentes, mas permanecem acima dos custos efetivos da empresa, é interessante que as autoridades antitrustes verifiquem se existe fundamentação razoável, tal como condições especiais na compra da matéria prima dentre outros. Caso contrário, alta será a probabilidade de descumprimento dos preceitos legais que importam em custo.

Interessante ponderar que, apesar da ausência de efeitos anti-concorrenciais da atuação de um agente informal específico, a existência de um mercado informal consolidado é capaz de acarretar em graves entraves à livre iniciativa e livre concorrência.

Diversas empresas operando dentro da informalidade, com preços mais baixos, poderão levar às empresas formais a fecharem as suas portas ou conduzi-las também à informalidade. Os agentes formais, percebendo suas graduais perdas de mercado, muitas vezes reconhecem que o único modo de evitar a saída do mercado seria adotar as mesmas condutas que seus concorrentes informais.

A Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro realizou pesquisa acerca de concorrência desleal com 192 empresas de 24 setores diferentes⁶⁴. Dentre essas empresas, 91% se afirmaram financeiramente prejudicadas por agentes sonegadores, pirataria, contrabando, produtos fora de normas técnicas dentre outros.

Dentre desse contexto, é necessário que as autoridades antitrustes passem a observar com mais atenção os fatores que possibilitam às empresas a prática de preços abaixo daquele usualmente praticado no mercado. Faz-se mister, ademais, que as autoridades responsáveis pela elaboração das políticas, sejam fiscais, trabalhistas, previdenciárias ou em qualquer outro setor que traga reflexo nos custos das empresas, tenham uma visão mais abrangente dos impactos que isso trará à economia e ao bem estar da população em geral.

⁶⁴ Nota Técnica n° 9/2003, disponível no site www.firjan.org.br

Caso contrário, os agentes informais terão todos os meios para predar as empresas que pautam pela legalidade de sua atuação, bem como o mercado informal acabará por englobar o mercado formal, ante as desigualdades de condições competitivas. Situação que acarretaria na redução de arrecadação fiscal, mais trabalhadores desprovidos de suas garantias mínimas, bem como produtos de menor qualidade aos consumidores. Ou seja, fatos esses que seriam extremamente prejudiciais ao desenvolvimento econômico e tornariam impossível a construção de uma ordem econômica justa.

VI. Bibliografia

- BAUMOL, William J. Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test. *Journal of Law & Economics*. Vol 39. pg 49-72. 1996.
- BOLTON, Patrick, BRODLEY, Joseph F. RIORDAN, Michael H. Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy. *The Georgetown Law Journal*, Vol. 88. N° 8 pp. 2239-2330, Agosto, 2000.
- BUGARIN, Mirta Noemi Sataka e RIBEIRO, Roberto Name. Fatores Determinantes e Evolução da Economia Submersa no Brasil. *Estudos Econômicos*. Vol. 33, n° 2, 2003. pg. 2
- CACCIAMALI, Maria Cristina. As Economias Informal e Submersa: conceitos e distribuição de renda. In: Camargo, J.M. e Giambiagi, F. (orgs) *Distribuição de Renda no Brasil*, Editora Paz e Terra, SP. 1991.
- CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocada da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do Controle de Constitucionalidade das Leis no Brasil: um pequeno exercício da Teoria da Constituição. *Rev. Fórum Administrativo*. Ano I. n° 1. Março/2001. pg 11-20.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almeida. 4ª Edição. 2000.
- DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores. 23ª edição. 2004. pg 113.
- DE SOTO, Hernando. *The Other Path*. Traduzido por June Abbott. New York: Harper and Row. 1989.
- FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1998.

- GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 9ª edição. São Paulo: Malheiros Editores. 2004.
- MARINHO, Josaphat. A Ordem Econômica nas Constituições Brasileiras. Revista de Direito Público - RDP, , 19, 51.
- MELLO, Celso Antonio de. O Estado e a Ordem Econômica. Revista de Direito Administrativo - RDA, , 143, 37.
- Relatório do McKinsey & Company, Inc. Eliminando Barreiras ao Crescimento Econômico e à Economia Informal no Brasil. São Paulo, Junho de 2004.
- PEIXOTO, Bruno Vilhena Lana. Preços Predatórios: Elementos Para Caracterização Como Infração Da Ordem Econômica. Revista do IBRAC vol. 9-1
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial – As estruturas. São Paulo: Malheiros Editores. 1998.
- _____. Direito Concorrencial – As condutas. São Paulo: Malheiros Editores. 2003.
- _____. Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos) São Paulo: Malheiros Editores. 2001
- SCHNEIDER, Friedrich. Size and Measure of the Informal Economy in 110 Countries Around the World. 2002. http://rru.worldbank.org/Documents/PapersLinks/informal_economy.pdf
- SULLIVAN E. Thomas e HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Law, Policy and Procedure. Editora Michie 3ª ed. 1994
- _____ e ENSTE, Dominik. Shadow Economies: Size Causes and Consequences. Journal of Economic Literature. Vol. XXXVIII. Março 2000. pg. 79.
- www.ibge.gov.br
- www.access.gpo.gov/uscode/index.html
- <http://caselaw.lp.findlaw.com>

O PAPEL DA ATUAÇÃO GOVERNAMENTAL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO E CONCORRENCIAIS: QUEM PROTEGE A ÉTICA? UMA VISÃO A PARTIR DA PRESENÇA DO MERCADO ILEGAL NA INDÚSTRIA DE CIGARROS

Rodrigo Holtermann Lagreca

Resumo: a oferta ilegal representa uma fatia importante do consumo de cigarros no Brasil. O assunto vem ganhando notoriedade nos últimos anos, em função da significativa evasão fiscal que acarreta aos cofres públicos. Observado este contexto, o objetivo deste trabalho é entender como se estrutura a oferta ilegal e avaliar o seu impacto na indústria, governo e sociedade. Como referencial teórico usamos, de forma adaptada à situação de um mercado ilegal, os conceitos sobre competitividade setorial e os associados à barreiras à entrada. Para atender o objetivo proposto, desenvolve-se pesquisa bibliográfica e são entrevistados executivos da indústria e técnicos governamentais ligados especialmente aos processos de controle da ilegalidade. Constata-se que os diversos fluxos da oferta ilegal – contrabando, evasão fiscal e contrafação – são estimulados pelos altos impostos e a pela dificuldade governamental em fiscalizar essas práticas e fazer cumprir as leis. O impacto das ações ilegais é significativo na arrecadação de impostos e, por propiciar a venda de cigarros à preço mais baixo, desestabiliza também as ações governamentais tentativas de coibir o hábito de fumar.

1. Introdução

Dentre as indústrias de consumo de massa, a indústria de cigarros adquire notabilidade no contexto nacional e mundial, dadas às cifras elevadas que movimenta em toda a sua cadeia. A notabilidade é sublinhada pelo seu aspecto controverso, uma vez que, sendo uma indústria tabagista, historicamente enfrenta contestações dos defensores da saúde pública. Os governos, por seu turno, adotam postura ambígua face a essa indústria, uma vez que impõem políticas de restrição ao consumo do tabaco, e simultaneamente não conseguem abrir mão da arrecadação proporcionada pelos produtos derivados do tabaco. Uma questão relevante, derivada das práticas desleais de mercado (oferta ilegal) é a evasão fiscal resultante e seus múltiplos impactos – econômicos, sociais e na própria estrutura concorrencial da indústria e das cadeias de valor.

Em nível global, a indústria de cigarros vem sendo afetada pela atuação de ofertantes ilegais, os quais operam fora de parâmetros estabelecidos

pelos governos em acordo com a indústria em diversos países, estabelecendo-se uma rede mundial de abastecimento, muitas vezes financiada pelo crime organizado (Bosso, 2001; Cabral, 2001). O comércio ilegal – contrabando, pirataria ou evasão fiscal – vem se tornando, no transcorrer dos últimos anos, um elemento de preocupação à indústria e ao poder público, graças à evasão tributária decorrente da operação de venda ilegal deste produto, que tem grande parte de seu preço final representado por carga fiscal e pela redução do mercado formal (Verdi, 2001). Esse, no entanto, não é um fenômeno que ocorre apenas no Brasil. Em todo o mundo são envidados esforços no sentido de estimar, prevenir e combater ações ilegais, personificados em alianças e parcerias entre a indústria, governos e Organizações Não-Governamentais – ONG, que cooperativamente interagem em ações de contenção à ilegalidade.

No mercado brasileiro, a indústria de cigarros apresenta uma estrutura de concorrência onde predominam poucos *players* mundiais de grande porte, que detêm a maior parte da produção e vendas do setor. No mercado nacional legal, onde os participantes recolhem impostos e têm suas atividades regulamentadas, as maiores empresas do setor - Souza Cruz e Philip Morris - somam cerca de 92% de mercado, sendo que os 8% restante distribui-se entre empresas locais de menor porte, de acordo com o Instituto de Pesquisa Nielsen (apud Souza Cruz, 2002) apurado no período de agosto e setembro do ano 2002. Mas, os competidores que vêm logrando espaços são os fabricantes de cigarros contrabandeados, falsificados e vendidos com evasão fiscal. Os apontamentos do negócio ilegal de cigarros dão que cerca de um terço do consumo no mercado nacional é abastecido ilegalmente, de acordo com as mesmas fontes. Em termos financeiros, para a indústria isso representa perdas de receita de aproximadamente R\$ 600 milhões por ano (Cabral, 2001). Para o poder público, dada a elevada taxaço, o prejuízo é de cerca de R\$ 1,2 bilhão por ano (Verdi, 2001).

Tendo em vista o cenário demonstrado, estabeleceu-se que o objetivo deste trabalho é entender como se estrutura a oferta ilegal e avaliar o seu impacto na indústria, governo e sociedade e a forma como o papel desempenhado pelo governo influencia nas relações éticas de consumo e concorrência. Para tanto, esse trabalho, além da introdução, consta de cinco partes: na primeira parte são tratados os procedimentos metodológicos, na segunda é apresentado referencial teórico, na terceira discute-se a situação do setor e a dinâmica competitiva, na quarta avaliam-se as consequências da oferta ilegal, e, finalmente, são apresentadas as conclusões.

2. Metodologia

O tema pesquisado apresenta entre suas principais contingências a carência de pesquisas científicas ou academicamente aceitáveis, contrariamente ao interesse que vem sendo atribuído ao tema pela mídia convencional e ao impacto que causa às atividades econômica e empresarial. Para suprir essa dificuldade, busca-se um paralelo entre as informações disponíveis (mídia convencional, dados da indústria), casos semelhantes registrados em outros países (EUA e Europa), dados de pesquisas empíricas lá realizados e as discussões publicadas em eventos sobre o assunto (Seminário Internacional sobre Fraudes no Setor de Cigarros – SISFSC), sendo que este é o único registro plural de opiniões sobre o assunto produzido no Brasil até o ano de 2002. Outras informações relevantes à consecução deste trabalho foram obtidos junto a representantes da indústria – seus executivos, cujos depoimentos estão considerados como dados apurados. Suas identidades não foram reveladas, a fim de preservar as fontes de informação.

Com a posse desses dados, passa-se à triangulação entre eles, destacando os aspectos significativos e conclusões mais relevantes.

3. Referencial Teórico

As proposições teóricas do campo da administração, como não poderia deixar de ser, não contemplam o não pagamento dos impostos na definição de conceitos e paradigmas. De uma maneira geral, pode-se dizer que essas são desenvolvidas pressupondo-se o livre mercado como fator determinante na alocação de recursos da sociedade e os governos exercendo um papel regulador. Diversos modelos da área destacam esses fatores, podendo ser salientado entre esses o dos quatro Ps da área de marketing (Kotler, 2000) e o das cinco forças competitivas para análise da indústria concebido por Porter, 1986. Tendo em vista o contexto acima, entendemos como relevantes para atender os objetivos da investigação o conceito de barreiras à entrada, básico para se entender a dinâmica competitiva, e aqueles que buscam destacar a função dos governos no sentido do cumprimento das leis.

A literatura sobre estratégia tem como um de seus pilares a noção de que o sucesso competitivo de uma empresa está associado a fatores internos e externos (ver por exemplo Andrews, 1980; Rumelt, 1991 e McGahan & Porter, 1997). À empresa, com base em seus pontos fracos e fortes, cabe ajustar-se a um ambiente externo em permanente alteração, onde estão presentes ameaças e oportunidades.

Porter (1986) propõe que o ambiente externo seja compreendido a partir da análise do setor onde a empresa atua, o qual sintetizaria o efeito de um conjunto de influências de natureza tecnológica, concorrenciais e governamentais. Para que isso seja alcançado, o autor salienta o papel das chamadas cinco forças competitivas: ameaça de novos entrantes, poder de negociação dos fornecedores, poder de negociação dos clientes, ameaça de produtos substitutos e competição intra-indústria.

A ameaça de novas empresas entrarem no mercado e, por consequência aumentar a intensidade competitiva, depende das barreiras à entrada (Porter, 1986; Ghemawat, 2000). Buscando-se semelhança com o tema central desse artigo, o fluxo da oferta ilegal de cigarros, pode-se dizer que o seu sucesso é dependente da possibilidade de serem superadas as barreiras de entrada ao mercado. Com base em Porter, 1986 e Ghemawat, 2000, destaca-se as seguintes barreiras para efeito desse trabalho:

- *Economias de Escala*: em essência, refere-se aos declínios nos custos unitários de um produto (ou no processo de fabricação) à medida que aumenta o volume absoluto por período de tempo. Essa prática detém o novo entrante forçando-o a ingressar em larga escala e estabelecer um embate com os já estabelecidos ou entrar em pequena escala e ter o ônus do maior custo. Ambas opções são indesejáveis.
- *Diferenciação de Produto*: nesse tipo de barreira, as empresas estabelecidas têm uma identificação e uma relação de lealdade com seus clientes/consumidores, advindas de esforços publicitários, serviços ao cliente, produtos diferenciados ou mesmo por terem entrado primeiro na indústria.
- *Necessidade de Capital*: a necessidade de altas somas de capital pode vir a ser igualmente uma alta barreira à entrada, particularmente se esse capital for requerido para atividades arriscadas e irrecuperáveis, como publicidade ou P&D. O capital pode ser necessário para crédito ao consumidor, estoques ou fundo de prejuízos iniciais, além da infra-estrutura de produção.
- *Custos de Mudança*: basicamente é o custo do cliente em mudar de um fornecedor para outro. Isso inclui novo treinamento para empregados, necessidade de novos equipamentos auxiliares, custo e tempo de testes, assistência técnica, custos logísticos diversos e mesmo custo psíquico de desfazer uma parceria em curso.
- *Acesso aos Canais de Distribuição*: essa barreira é exemplificada pela necessidade de um novo entrante em dispor de canais para escoar seu produto

ao mercado. Estando os canais logísticos já atendidos pelas empresas estabelecidas, isso irá requerer ao novo entrante aportar com descontos maiores e promoções, reduzindo sua rentabilidade. Isso faz com que surja então o custo de quebra de relacionamento.

As barreiras tendem se alterar com o tempo como consequência da interação das estratégias competitivas das empresas já presentes no mercado e de outras forças, independentes das ações empresariais, que são denominados por Coutinho e Ferraz (1994) de fatores sistêmicos. Esses, de uma forma geral, resultam de políticas governamentais de curto e longo prazo, como destacados na relação a seguir:

- *Macroeconômicos*: taxas de câmbio, carga tributária, taxa de crescimento do PIB, oferta de crédito e juros, política salarial, etc;
- *Político-institucionais*: política tributária, apoio fiscal ao risco tecnológico, poder de compra do governo;
- *Legais-regulatórios*: políticas de proteção à propriedade intelectual e industrial; preservação ambiental; defesa da concorrência e proteção ao consumidor e regulação de capital estrangeiro;
- *Infra-estruturais*: disponibilidade, qualidade e custo de energia; transportes, telecomunicações, insumos básicos e serviços tecnológicos; ciência e tecnologia; informação tecnológica; serviços de engenharia, consultoria e projetos; metrologia, normalização e qualidade;
- *Sociais*: sistemas de qualificação de mão-de-obra, políticas de educação e formação de recursos humanos, política trabalhista e seguridade social;
- *Internacionais*: tendências de comércio mundial, fluxos de capital, de investimentos de risco e tecnologia, relações com organismos multilaterais e acordos internacionais.

Tentando compreender a intensidade da oferta ilegal de cigarros, destacam-se no referencial acima a importância dos impostos e das ações governamentais no sentido de cumprir a lei. O cigarro é um produto altamente taxado em todos países, pois há um interesse por parte dos governos em conter o seu consumo visando proteger a saúde pública (Joossens, Merriman, Yurekli, Chaloupka, 2000). O fato de serem altos os impostos, torna esse mercado atraente para o desenvolvimento de atividades ilegais. Hudgins (1998), por sua vez, afirma que para os governos conterem a oferta ilegal e manter a

arrecadação de tributos é necessário aumentar as ações que forcem o cumprimento da lei.

4. A oferta ilegal de cigarros no mercado brasileiro

Constata-se no mercado brasileiro, de acordo com Cabral (2001), a presença das seguintes formas de ilegalidade: *contrabando*, diz respeito à entrada ilegal de produtos no mercado brasileiro advindo de fábricas situadas em país estrangeiro; *evasão fiscal*, consiste no não recolhimento de impostos por fábricas localizadas no Brasil em algum momento de suas atividades – produção ou distribuição; *contrafação* ou *piratas*, refere-se à categoria de produtos falsificados ou produzidos ilegalmente a partir de alguma marca conhecida. A importância relativa dessas diferentes formas de oferta ilegal pode ser vista na tabela 1 a seguir.

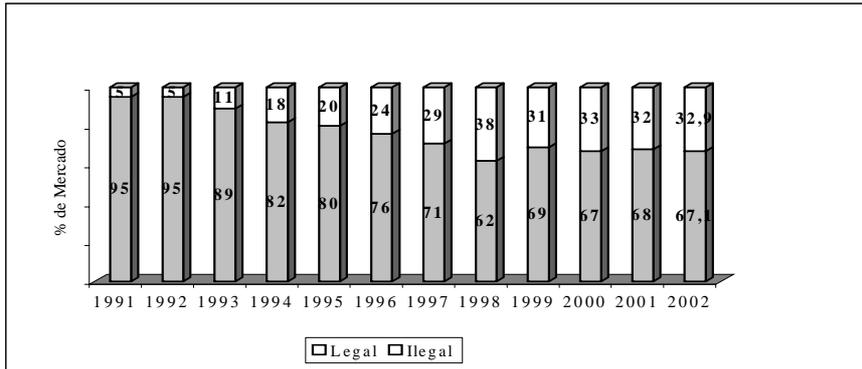
Tabela 1- Distribuição da oferta informal de cigarros no mercado brasileiro em 2002

<i>Contrabando</i>	58%
<i>Evasão Fiscal</i>	29%
<i>Contrafação</i>	13%

Fonte: Nielsen (2002), apud Souza Cruz.

Segundo Dieguez (2003), dos 143 bilhões de cigarros vendidos no Brasil em 2002, 58% foram produzidos pela Souza Cruz e Philip Morris. O restante é suprido de duas formas: ou é produzido por 12 empresas brasileiras de pequeno porte, a maioria delas envolvida em fraude e sonegação fiscal, ou, chega via contrabando pelo Paraguai.

Cabral (2001) credita aos altos tributos e a sua diferença em relação aos países limítrofes, em especial o Paraguai, o fator que viabiliza a oferta ilegal de cigarros no mercado brasileiro. A primeira característica estimula a evasão fiscal e a segunda, o contrabando. Em geral, a oferta entendida como contrafação é disponibilizada associada ao contrabando, perfazendo então dupla ilegalidade (Lagrecia, 2003). A importância da oferta ilegal nos últimos anos pode ser vista pela figura 1 a seguir, que mostra que essa tem se mantido nos últimos anos em torno de 1/3 do mercado brasileiro.

Figura 1 - Evolução da *market share* da oferta ilegal no Brasil

Fonte: Cabral, 2001; Nielsen (Ago/Set 2002), apud Souza Cruz (2003b), adaptado pelos autores.

A vantagem dos fluxos ilegais frente à oferta legal pode ser avaliada pelo quadro 1 a seguir, onde se comparam preços e margens dos fabricantes e varejistas. Constata-se que embora o custo de fabricação seja menor para a oferta legal, o que se explica especialmente pelas economias de escala, as margens e preços que se observam na cadeia de distribuição em seqüência, favorecem os negócios ilegais.

Quadro 1 - Comparativo entre preços, custos e margens entre as diferentes ofertas no mercado brasileiro por vintena de cigarros produzidos.

Cadeia de Margens - Jul/01 - Base 20's	CONTRABANDO	EVASÃO FISCAL	LEGAL
Custo do Fabricante - R\$	0,30	0,35	0,25
Margem - R\$	0,34	0,35	0,13
Tributos - R\$	0,00	0,00	0,83
Preço aos Varejistas - R\$	0,64	0,70	1,21
Margem Varejistas - R\$	0,15	0,14	0,11
Preço ao Consumidor - R\$	0,79	0,84	1,31

Fonte: Cabral, 2001, adaptado pelos autores.

Segundo Cabral (2001), é o não recolhimento fiscal que determina a competitividade do produto procedente de contrabando e evasão fiscal, comparativamente ao produto da indústria legal. Além da questão fiscal, outros fatores, entendidos como fatores sistêmicos de competitividade (Coutinho e Ferraz, 1994; Ferraz, 1996) também influenciam a venda ilegal de cigarros no mercado brasileiro. A questão cambial, por serem as atividades de exportação e importação praticadas em dólar, indica que a viabilidade das operações comerciais entre o Brasil e outros países é restrita pela paridade da moeda norte-americana em relação à moeda nacional e suas oscilações. As grandes extensões geográficas de fronteiras secas dificultam o policiamento para conter o contrabando. A existência de contingente populacional significativo tendo como renda média menos de três salários mínimos, torna esse segmento sensível à oferta de produtos com preços menores do que os aplicados pela indústria formal (Cavalcante, 2001). Finalmente, as dificuldades financeiras presentes na população replicam-se na base de varejos, sobretudo os periféricos aos grandes centros, o que estimula a comercialização de produtos que não recolhem impostos e taxas (Verdi, 2001).

Um fator determinante para o êxito dos negócios ilegais é a competência específica adquirida sobre o *core business*; constata-se a presença de

ex-executivos das multinacionais instaladas no Brasil e ex-funcionários da Receita Federal assessorando e até gerenciando as atividades das empresas instaladas no Paraguai (Evelin, 1998; Cordeiro e Clemente, 2001). É importante destacar que a disponibilidade de executivos a partir dos anos noventa, tanto provenientes da indústria como do governo, resultou da utilização de novas tecnologias gerenciais que reduziram os postos de trabalho. Nos governos, tanto estadual como federal, houve também a impossibilidade de complementar e substituir a contento os funcionários que se aposentavam, bem como atender às novas demandas, fragilizando, entre outras áreas, a sua capacidade em fiscalizar atividades de contrabando e evasão fiscal.

5. Evolução das formas ilegais de suprimento do mercado brasileiro de cigarros

Nem sempre as formas de suprir ilegalmente o mercado brasileiro foram iguais. Ao longo dos últimos anos, como consequência de ações governamentais, a importância e a origem dos diversos fluxos têm variado. A seguir descreve-se as dimensões mais relevantes desse processo.

5.1. Contrabando proveniente de exportações brasileiras

Durante os anos 90, merecem ser destacadas as vendas da indústria estabelecida no Brasil para os países limítrofes, especialmente o Paraguai, cuja carga tributária sobre o cigarro é bastante inferior, 13,00% contra então 74,73% no Brasil, e com uma estrutura de mercado interno restrita a 3 bilhões de unidades/ano (Cabral, 2001). Até 1999, a presença da oferta ilegal no mercado brasileiro era ditada por fluxos de exportação da indústria brasileira, então isenta de impostos, cujas partidas acabavam retornando ilegalmente ao mercado interno (Nicolini, 1999).

As atividades de contrabando começaram a se estruturar nos anos 80, ainda que de forma tímida. O deslanche das exportações de cigarros aconteceu durante os anos 90; em 1990, 5,71% da produção de 173,28 bilhões era exportada. Em 1997, a participação das exportações já alcançava 39,39%, com ainda basicamente a mesma produção. Nesse período, houve crescimento nas exportações com a produção e o consumo interno permanecendo estáveis. Nesse cenário, Nicolini (1999, p. 84) afirma que “as grandes vendas brasileiras ao Paraguai passaram a ser associadas ao crescimento do mercado informal no Brasil, pois boa parte das exportações estaria retornando clandes-

tinamente ao Brasil”. Como não haviam impostos sobre os produtos exportados, esses podiam retornar ao Brasil com preços menores aos praticados no mercado interno, potencializando-se uma margem de lucro maior da cadeia de distribuição. Na época, exemplificando-se, enquanto o preço médio do maço no mercado legal girava em torno de R\$ 1,00, para a exportação ele custava R\$ 0,18 (Casado, 1998). O aumento dos níveis de produção, a estabilidade de vendas no mercado interno e o aumento da exportação levaram especialistas a acreditar que a indústria estabelecida tinha o controle (ou o conhecimento, ao menos) de que as partidas eram desviadas para canais informais de comercialização, o que conduziria à evasão fiscal.

Com essa situação posta, e atentos à evasão fiscal de quase US\$ 1 bilhão que as remessas de cigarro do Paraguai para cá estavam originando, o governo federal editou em 1999 a medida provisória nº 1.725 (Nicolini, 1999). Essa medida introduziu uma sobretaxa de 150% sobre os cigarros exportados para os países que serviam de passagem para o contrabando ao mercado interno brasileiro. Segundo a Receita Federal, essa medida na época eliminou a atratividade do contrabando com origem na produção brasileira.

5.2. Contrabando a partir de fábricas nos países limítrofes e evasão fiscal com base em pequenos produtores brasileiros.

As medidas tomadas em 1999 foram insuficientes para conter o contrabando, pois se instalaram novas fábricas nos países limítrofes – como pode ser visto na figura 2 e 3 - que passaram a produzir cigarros a partir do fumo em folha importado do Brasil, que ainda era isento do imposto de exportação. Dada a maior importância do Paraguai, o fluxo de contrabando para o Brasil passa, então, a ter nesse país a sua maior base. Adicionalmente, aponta-se, segundo representantes da indústria, a incapacidade ou desinteresse do governo vizinho em não coibir a apropriação de marcas e patentes da indústria formal instalada no Brasil.

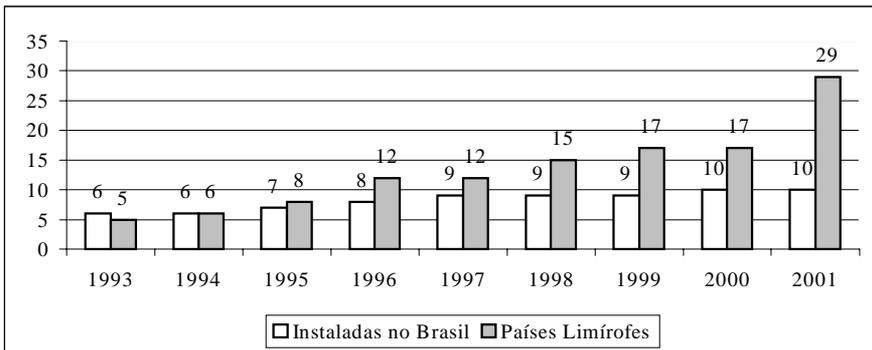
Concomitantemente, as fábricas de pequeno porte instaladas no Brasil – ver figura 2 e 3 - também passaram a incrementar suas operações. Segundo Bosso (2001), a participação de mercado dos fabricantes nacionais de pequeno e médio porte cresceu de 3,1% em 1994 para 6,4% em 2000. Um fato constatado foi o pouco ou nenhum recolhimento de ICMS por parte dessas empresas. Isso fez com que o índice de inadimplência desses ofertantes, baseado nos débitos declarados e não pagos, chegasse a 50% (do valor total declarado ao fisco não recolhido). Uma das práticas utilizadas por essas empresas para burlar os controles governamentais é a falsificação do selo de controle da

Receita Federal inserido nas carteiras de cigarros, o qual é confeccionado em papel-moeda e somente pode ser adquirido junto a esta instituição (Bosso, 2001; Cordeiro e Clemente, 2001).

5.3. Oferta ilegal mista: contrabando com origem nos países limítrofes e produção ilícita no Brasil

Conforme pôde ser visto no quadro 1, a incidência de tributos na oferta legal faz com que sua margem de lucros seja menor do que a da oferta informal, mesmo com custos de fabricação inferiores. As economias de escala e a utilização de tecnologia de ponta por parte das empresas que dominam a oferta formal têm sido insuficientes para fazer frente aos preços baixos da oferta ilegal, dada a incidência dos tributos. Nos países limítrofes (Paraguai e Uruguai), de acordo com Cabral (2001), o número de unidades industriais saltou de 17 no ano de 2000 para 29 em 2001, sinalizando um crescimento de 70%, conforme figura 7.

Figura 2 - Evolução do número de fábricas de cigarros informais: BR, PY e UY.

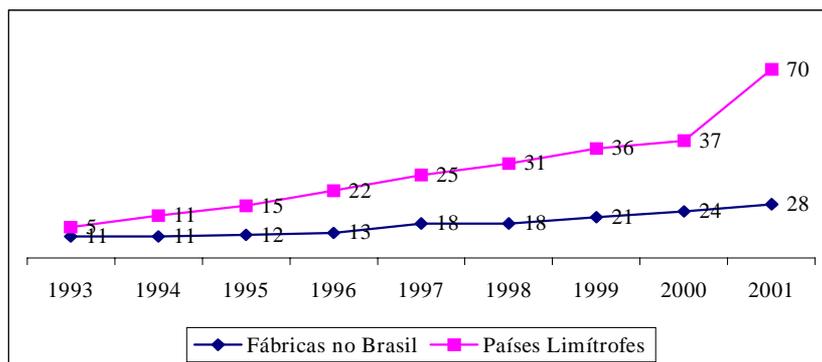


Fonte: Cabral, 2001.

Essas movimentações do fluxo de oferta levou também a uma adequação no fluxo de suprimento de matéria prima – fumo. Com a alíquota de 150% sobre exportações aos países limítrofes expandida do cigarro ao fumo em 2001, as fábricas lá instaladas passaram a manipular esquemas de suprimento de fumo brasileiro usando países livres da medida, como no continente africano. Fontes da indústria destacam que freqüentemente a carga não chega a partir em direção à África; apenas uma documentação é constituída, e carga é encaminhada ao Paraguai como mercadoria importada de países africanos.

O aumento do número de plantas industriais nos países limítrofes trouxe como consequência um significativo aumento da capacidade instalada, o que se exemplifica na figura 8 a seguir, que confronta as posições de capacidade instalada do Brasil e países fronteiriços:

**Figura 3 - Evolução da capacidade informal instalada:
BR, PY e UY (em bi/unidades)**



Fonte: Cabral, 2001.

Como a capacidade instalada nesses países (Paraguai e Uruguai) supera em muito seu mercado interno conjunto de aproximadamente sete bilhões de cigarros ao ano, prevê-se que a oferta informal possa dobrar sua já intensa participação no mercado brasileiro (Cabral, 2001). Reforçando a realidade dessa previsão, deve ser destacado que a legislação que regula a ação das empresas nesses países não coíbe a apropriação de marcas e patentes da indústria formal instalada no Brasil e, ainda, as dificuldades de controle alfandegário, devido a extensão de fronteiras secas com os países vizinhos.

De forma a relacionar as ações ilegais com a análise da indústria proposta por Porter (2003), tem-se que os operadores da indústria informal conseguem superar as barreiras à entrada presentes na indústria formal, como economias de escala, estrutura da distribuição e fidelidade à marca, a partir da expectativa de lucros advindos da sonegação tributária, uma vez que a sonegação lhes permite oferecer ao consumidor produtos a um custo aquisitivo sensivelmente inferior aos oferecidos pela indústria formal. Outros investimentos – como *marketing* e P&D – naturalmente também não são feitos pelos ofertantes informais. Opostamente, eles se beneficiam do *marketing* construído pela indústria estabelecida, falsificando suas marcas (contrafação) e

posicionando seus produtos abaixo do padrão de preço estabelecido pela indústria formal.

Em 2001, como a taxaço sobre o cigarro tinha sido insuficiente para conter o contrabando, o governo estende a taxaço também à exportação de insumos de produço de cigarros (fumo, papel, etc.), o que jogou na ilegalidade também o suprimento de matérias-primas originadas no Brasil às fábricas situadas nos países limítrofes (Verdi, 2001). Fontes da indústria destacam que, para obter as matérias-primas necessárias à manufatura de cigarros, os ofertantes, instalados no Paraguai, passaram a triangular as operaçoes de importação de fumo brasileiro. Por esse processo, o fumo é exportado a países da África, sendo a seguir reexportado para o Paraguai. Muitas vezes, em operaço fraudulenta, as partidas são remetidas diretamente ao Paraguai, sem o embarque aos países africanos.

A partir do segundo semestre de 2002, o governo tem intensificado suas açoes visando o cumprimento da lei- *law enforcement*- as quais têm logrado êxito quanto ao contrabando. Fontes da Receita Federal – RF (in Lagreca, 2003) confirmam que se obteve reduço no contrabando de produtos pelas fronteiras secas com os países limítrofes, principalmente pelo Paraguai. Essas açoes resultam de um esforço conjuntos da Polícia Federal, polícias estaduais e de oficiais aduaneiros da RF. Essas movimentaçoes, somadas à desvalorizaço do real que ocorreu a partir de 1999, levaram, segundo fontes da indústria, a uma reduço significativa da oferta do contrabando ao Brasil. Apesar disso, a fatia de mercado dominada pelo contrabando acabou não sendo assumida pela indústria formal. Isso se deve ao fato de que a produço informal no país – sem o recolhimento de impostos – ainda ser mais atrativa ao consumidor, pelo seu baixo custo de aquisiço, do que os produtos formais, cujo preço médio é significativamente mais elevado. Assim, houve migraço do consumo da oferta do produto contrabandeado para o produto brasileiro produzido com evasão fiscal, ambos ilegais no que tange ao não-recolhimento tributário.

A partir das características dos relatos apresentados acima, confirmam-se pelos estudos de Merriman, Yurekli e Chaloupka. (2000) que avaliam o nível de corrupço dos diversos países. Em uma escala que oscila entre zero – países mais corruptos – e dez, para os países mais honestos, o Brasil, com um índice 4,0, posiciona-se entre o 45º e o 46º lugar. Para efeitos de análise, o Paraguai (1,7) situa-se em 100º lugar (*Transparency International*, 2003).

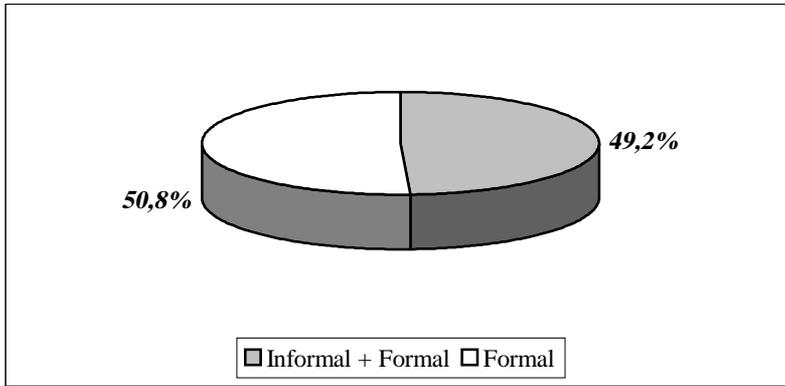
5.4. A estrutura de distribuição como apoio a oferta ilegal

Conforme salientado anteriormente, o cigarro ilegal tem como principal característica o preço baixo, podendo ser identificado como o concorrente de custos baixos propostos por Porter, 1986. Segundo fontes da indústria (Souza Cruz, 2003), o perfil do mercado consumidor de cigarros indica que a maior parte é constituída de homens, com idade superior a 35 anos e concentrados nas classes sociais menos favorecidas. Para este segmento, o principal fator indutor de consumo é o preço baixo, juntamente com o fator disponibilidade do produto.

Segundo Cabral (2001), a capacidade de disponibilizar o produto ilegal no varejo é a principal competência dos seus operadores. Ele credita às margens proporcionadas pela comercialização sem o recolhimento de impostos o principal atrativo para os varejistas, o que possibilita à oferta ilegal estar presente em praticamente metade dos pontos de venda formalmente estabelecidos no país. Isso é ilustrado pela presença de cigarros contrabandeados produzidos na China no mercado brasileiro. Ainda que não seja a oferta em maior disponibilidade, ela revela como o não-cumprimento de obrigações fiscais suporta uma operação logística em escala mundial para disponibilidade de cigarros. A situação também mostra como a oferta ilegal pôde superar os custos de mudança (Porter, 1986), relacionados à fidelidade anterior às marcas dominantes.

A capacidade dos distribuidores ilegais vê-se pela figura 4, a qual salienta o grau de penetração da oferta informal nos varejos legalmente estabelecidos. Constata-se que praticamente 50% dos pontos de venda brasileiros têm pelo menos uma marca do mercado ilegal em disponibilidade ao consumidor, evidenciando a capacitação de bem distribuir seus produtos (Cabral, 2001). Tal pulverização é resultado de um eficiente trabalho de distribuição realizado “porta a porta” nos varejos. Esse abastecimento advém de cargas em grandes quantidades, quase sempre caminhões ou contêineres, as quais são repartidas entre os distribuidores para só então serem repassadas aos vendedores que atendem o comerciante tradicional. Esses vendedores atendem aos varejistas em motocicletas, carros de passeio, caminhonetes e até bicicletas, denotando a simplicidade da estrutura operacional.

Figura 4 - Representação da presença da oferta informal nos varejos brasileiros



Fonte: Nielsen apud Cabral (2001).

Os distribuidores informais têm seu foco de atuação muito bem direcionado, no que tange à questão geográfica. Seus produtos estão posicionados em áreas onde está a população de baixa renda e menores índices de escolaridade, beneficiando-se do menor índice de consciência de seus potenciais consumidores em questões como legitimidade de atuação e qualidade de produto. As posições apresentadas na figura 4 são reproduzidas nas prateleiras dos pontos de venda. Faz parte do *modus operandi* da indústria informal, juntamente com a presença ampla de seus produtos nos pontos de venda, um amplo leque de marcas: cerca de 366 contra as 54 disponibilizadas pela indústria formal (Cabral, 2001).

Reitera-se, então, que o fator chave para o êxito da ilegalidade no mercado é a alta margem oferecida à cadeia de distribuição, o que torna atrativo vender cigarros ilegais (Cabral, 2001). A alta margem, em conjunto com a extensa disponibilidade do produto, faz com que a vantagem desta oferta seja grande. Seus preços inferiores representam um deságio de 31% por maço de cigarros em relação aos produtos legais mais baratos (que no período de medição estavam sendo vendidos pelo preço de R\$ 1,10). Se considerado o preço médio da indústria legal, o deságio por maço sobe a 46%. Os distribuidores informais entregam produtos com menores custos e com maiores margens aos varejistas, e conseqüentemente aos consumidores finais.

De forma a relacionar as ações ilegais com a análise da indústria proposta por Porter (2003), constata-se que os operadores da indústria informal têm conseguido superar as barreiras à entrada presentes na indústria formal,

como economias de escala, estrutura da distribuição e fidelidade à marca, a partir da expectativa de lucros advindos da sonegação tributária, uma vez que a sonegação lhes permite oferecer ao consumidor produtos a um custo aquisitivo sensivelmente inferior aos oferecidos pela indústria formal. Outros investimentos – como *marketing* e P&D – naturalmente também não são feitos pelos ofertantes informais. Opostamente, eles se beneficiam do *marketing* construído pela indústria estabelecida, copiando suas marcas (contrafação) e posicionando seus produtos abaixo do padrão de preço estabelecido pela indústria formal.

5.5. *Impactos da oferta informal na indústria, governos e sociedade*

Até este ponto, foi discorrido sobre a forma como acontece a oferta informal no país, identificando-se quais suas competências e facilidades de acesso ao mercado. No entanto, os impactos decorrentes da presença do mercado informal são numerosos, destacando-se a seguir os mais relevantes.

5.5.1. Impactos na indústria

Verdi (2001) alerta que as perdas com a ilegalidade contabilizam uma lista extensa. Para a indústria, os custos acarretados são significativos, como o de trabalhar com capacidade ociosa, reduzindo suas projeções de ganhos e rentabilidade para si e seus acionistas. Enfrentam ainda a concorrência desleal de produtos de menor qualidade e preço. Na esteira das perdas, a indústria ainda vê suas marcas sendo falsificadas pelos ofertantes ilegais, sem receber *royalties*. Isso ocasiona um prejuízo na imagem de seus produtos que é difícil quantificar.

Para Bosso (2001), o crescimento da oferta ilegal deve ser compreendido pela redução da participação de mercado das grandes empresas, que em 1991, tinham 94% de domínio de mercado brasileiro, e em 2000, participavam com 68% do mesmo mercado. O que tem mudado nesse cenário, conclui, é o crescimento da oferta de cigarros ilegais. De acordo com Cabral (2001), o crescimento da oferta informal faz com que indústria deixe de vender mais de 45 bilhões de cigarros por ano, o que soma perdas em receitas anualmente de aproximadamente R\$ 600 milhões.

No mês de maio de 2003, a Souza Cruz inaugurou sua nova fábrica em Cachoeirinha, em substituição à planta provisória ali já existente. Durante o evento de inauguração, em entrevista concedida ao jornal Zero Hora (25/04/03), o presidente da empresa, Flávio de Andrade, referiu-se à possibilidade da realização de novos investimentos, com ampliação da capacidade fabril. O

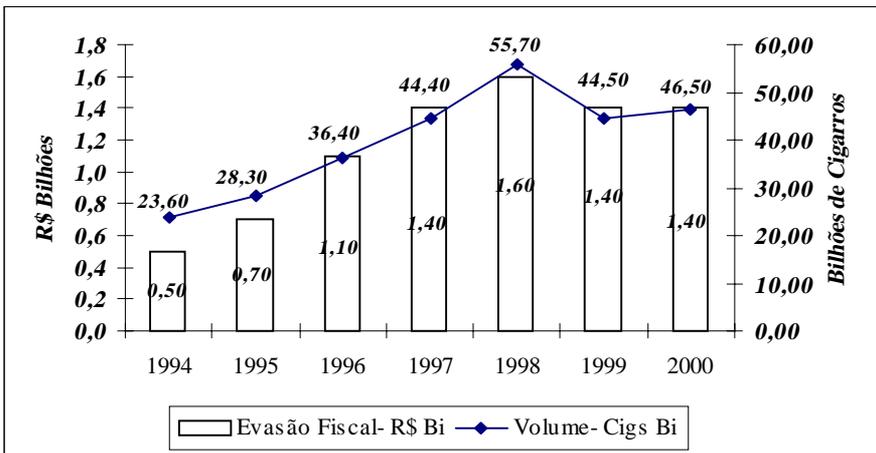
executivo frisou, no entanto, que isso só será possível se houver demanda. Com isso, a expectativa quanto à decisão da multinacional em ampliar suas atividades repousa na condição de que se reduza a ilegalidade no setor.

5.5.2. Impactos no governo

O cigarro, sendo um produto altamente tributado, faz com que a evasão fiscal sobre ele incidida seja economicamente significativa. Assim como os cigarros, há outros produtos que são produzidos e distribuídos ilegalmente, e portanto mais acessíveis. São exemplos CDs, brinquedos, produtos com imagens de celebridades ou com marcas famosas.

A figura 5 apresenta a evasão fiscal causada pelo comércio ilegal de cigarros no País entre os anos de 1994 e 2000.

Figura 5 - Evolução da escalada da evasão fiscal e do volume de cigarros ilegais no Brasil.



Fonte: Cabral, 2001.

Os efeitos negativos que os representantes da indústria destacam estão diretamente relacionados com a arrecadação dos cofres públicos. O Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI – sobre o cigarro (imposto federal), que nos anos 80 contribuía com 0,4% do PIB, nos anos 90 teve sua participação reduzida para 0,28% do PIB (Verdi, 2001).

Os especialistas da área tributária expressam preocupação com essa tendência, pois consideram que a participação do IPI sobre o fumo (a

commodity), inversamente à arrecadação sobre o cigarro, vem crescendo. Isso mostra que o fumo – matéria prima para a manufatura do cigarro – tem sua performance estável, ao passo que a arrecadação do cigarro é decrescente. A arrecadação sobre produtos de tabaco (incluem cigarro e fumo) corresponde a 11% do total do IPI arrecadado no Brasil.

Visando coibir práticas de contrabando, a partir do ano de 1999 o governo brasileiro, em negociação com a indústria de cigarros, reformulou a tributação sobre o cigarro, passando a taxar o produto de acordo com classes (Lacerda, 2002). A cobrança deixou de ser *ad valorem* (cobrado por alíquota percentual) e passou então a ser *ad rem*, pela qual definiu-se um valor fixo por classe a título de arrecadação de IPI. Determinou-se, dessa forma, seis categorias de taxação, que contemplam especificações técnicas e atributos físicos do cigarro, como tamanho do cigarro e tipo de embalagem empregada (Receita Federal, 2003). Essa medida teve “o intuito de combater o contrabando” (Lacerda, 2002, p.83), já que a cobrança do IPI passou a ser feita a partir da emissão do selo de controle. De acordo com Menezes (2003), a cobrança na forma *ad rem* é mais fácil de ser fiscalizada, por relacionar o IPI a ser recolhido com a quantidade de selos expedida, além de ser uma tentativa de reduzir o distanciamento tributário entre Brasil e Paraguai. As perdas tributárias que o IPI da classe tabaco vinha sofrendo com o mercado ilegal desde 1996, quando somou R\$ 2,87 bilhões, ao passo que em 1999 a arrecadação reduziu para R\$ 2,28 bilhões, também foram de consideradas quando na alteração na forma de arrecadação. A medida, no entanto, não reverteu as perdas na arrecadação do IPI. No período da mudança, o padrão *ad rem* não afetou uniformemente toda a indústria, de forma que os cigarros de preço mais elevado tiveram sua carga tributária percentualmente menor do que as marcas de preço baixo, e aí se inserem também os produtos das empresas de menor porte que habitam nesta indústria (Menezes, 2003; Anuário Gazeta, 2001).

Verdi (2001) afirma que a evasão fiscal tende a ganhar destaque na ótica governamental, uma vez que o governo federal necessita mobilizar a sociedade em torno da conscientização para o aumento de arrecadação. O IPI, no entanto, é apenas um dos impostos cujas perdas são computados pelo governo federal. A evasão fiscal penaliza também os estados, ao não recolher o ICMS. Estudos da Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo – SEFAZ/SP – apontam que esse estado participou no ano 2000 com 37,4% do total de ICMS recolhido no país e concentra 21,9% do mercado ilegal brasileiro (Bosso, 2001). A participação do setor de tabaco na sua arrecadação, no entanto, vem experimentando decréscimos percentuais desde o ano de 1995, quando participação do

setor na arrecadação de ICMS era de 2,4%, finalizando o ano de 2000 com uma participação de 1,8%. O *expert* projeta a continuidade da redução da participação do fumo no ICMS dos Estados. As operações de contrabando e o descaminho de cigarros acarretam ao governo custos de combate, transporte, pessoal, estruturas físicas, como depósitos, processos jurídicos e administrativos, os quais não são mensurados. A tendência desses custos é aumentar, já que as ações dos ofertantes ilegais demandam ações governamentais de repressão. Há também a percepção de que o combate ao contrabando nas ruas concentra esforços que poderiam ser mais bem aproveitados se canalizados para a adoção de meios mais modernos de controle de operações internacionais.

5.5.3. Impactos sociais

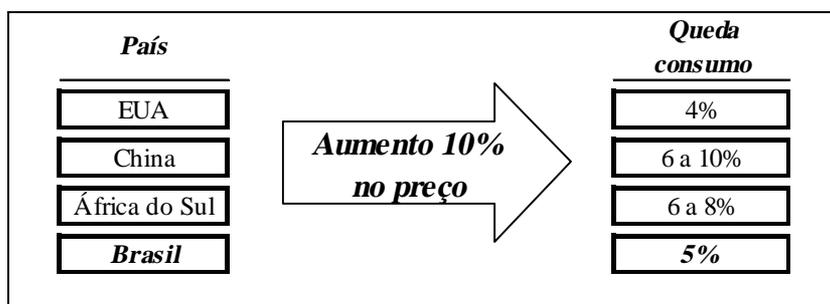
Os impactos negativos atribuídos à ilegalidade no setor de cigarros podem ter conseqüências mais amplas do que unicamente econômicas. De acordo com Verdi (2001), há também impactos cruzados entre a indústria e o setor agrícola, uma vez que a redução do consumo pelo abastecimento formal pode representar redução na demanda por área plantada, com o desaquecimento das atividades industriais formais. Como conseqüência, isso poderia trazer redução de renda e desemprego no campo, desestruturando um setor atualmente em equilíbrio. Isso poderia culminar com o êxodo de pessoas do campo.

A área da saúde é um dos segmentos que mais demonstra preocupação com a questão do tabagismo, sob seus diversos aspectos, inclusive o mercado ilegal. Análises apontam que pessoas menos favorecidas – menor renda e menor grau de instrução – são mais atingidas por produtos PHP (“potentially-harmful products”), onde a categoria de produtos de tabaco se insere, do que pessoas de classes sócio-econômicas mais altas (Sautter e Oretskin, 1997). As estratégias de *marketing* de produtos PHP podem criar uma necessidade em mercados de minorias que não existiam ou não existiriam se não fosse pela sua exposição a tais ações. Em concordância, Poterba (1989) evidenciou que, quanto mais jovens as famílias, maior é o gasto com produtos de tabaco. Quando esse critério é conciliado com baixa renda, tem-se que o consumo nesse estrato social é três vezes maior do que em famílias jovens de alta renda.

No Brasil, *experts* da saúde pública fazem coro em relação à relevância do problema. Cavalcante (2001) esclareceu que sua preocupação se justifica pelo maior impacto à saúde pública que os produtos ilegais provocam. Estudos realizados pela Fundação Getúlio Vargas – FGV – e o Instituto Nacional do Câncer – INCA, em 1997, mostram que o mercado brasileiro

apresenta uma elasticidade média de redução de consumo de tabaco, quando comparado à realidade de outros países (ver figura 6). Esses estudos afirmam que, para cada 10% de aumento no preço do cigarro, ocorre uma redução de consumo de 5%.

Figura 6 - Determinantes do Consumo do Tabaco entre países



Fonte: Organização Mundial da Saúde, apud Cavalcante (2001)

A especialista concluiu, dizendo que a oscilação é maior entre as classes mais baixas da sociedade e entre os fumantes mais jovens. Assim, o mercado ilegal, por disponibilizar produtos a preços mais baixos do que aqueles praticados pela indústria formal, faz com que jovens e pessoas mais pobres mantenham-se consumindo, pela facilidade de aquisição.

No que tange aos riscos à saúde pública, relatório de perícia microbiológica (Braun, 2002) apontou que de 30 marcas comercializadas ilegalmente, apenas duas delas continham seus teores de alcatrão e nicotina e monóxido de carbono dentro dos limites estabelecidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Em 30% das amostras, foi encontrado agente de sabor de uso proibido em diversos países, inclusive no Brasil. Em 47% das marcas pesquisadas, foram encontrados corpos estranhos, como sementes de plantas, insetos, grãos de areia, barbante, capim, fumo verde e outros. Em 43% das marcas foram encontrados resíduos de pesticidas vetados ao uso do fumo no Brasil, e 23% da amostra apresentaram contagem microbiológica “bem acima dos valores tolerados”, confirmando a ausência de controle sanitário na manufatura dos cigarros.

O relatório concluiu, após os diversos testes realizados, que os cigarros ilegais têm “enorme diferença de qualidade para os praticados pelo mercado legal”. Ainda em relação à ANVISA, destaque-se que a propaganda governa-

mental obrigatória ilustrando imagens nas carteiras de cigarro também não são estampadas nos produtos informais. Em apoio à questão, Borna (1989) destacou que as prerrogativas legais de atuação no mercado são cumpridas apenas pela indústria lícita, o que aumenta a necessidade de fazer com que as leis protejam os consumidores de produtos ilegais. Esses produtos, conforme apresentado, são freqüentemente adulterados, aumentando seu potencial de risco.

O Brasil, mesmo tendo uma taxaço das mais elevadas no mundo, ainda é dos países que têm o menor custo aquisitivo do cigarro, o que preocupa os profissionais da saúde pública. No caso brasileiro há uma relação direta entre o problema da ilegalidade e os riscos à população, uma vez que produto ilegal tenderá a ser mais barato do que o produzido pela indústria formal, e isso acarreta em aumento da demanda (Cavalcante, 2001). Outro ponto de preocupação é o estímulo à iniciaço por parte dos jovens, uma vez que o custo aquisitivo é baixo e a contrafaço faz com que marcas mundiais líderes tornem-se produtos acessíveis à população de baixa renda.

Cavalcante (2001, p 27) concluiu que “pela facilidade de acesso, o contrabando tem sido um argumento para impedir medidas governamentais para o controle do tabagismo por meio da taxaço”. Isso porque as classes D/E da sociedade são sensíveis para a troca de qualidade de cigarros pelo preço mais acessível. No Brasil, 76% dos trabalhadores com carteira assinada recebem menos de cinco salários mínimos, o que leva a *expert* a acreditar que podem ser representativas diferenças de centavos na carteira de cigarros para um cidadão com família que receba até três salários mínimos. Por fim, Cavalcante (2001, p 32) afirmou que “o controle do tabagismo extrapola o âmbito da saúde, devendo contar com o apoio de outros setores da sociedade, especialmente o setor econômico e de legislaço”.

Se a soma da evasão fiscal com cigarros – cerca de R\$ 1,2 bilhão por ano – estivesse disponível para investimentos sociais, tal montante poderia reforçar pastas sociais importantes. O valor cobriria opcionalmente, por ano: 260 mil salas de aula para estudante de 1º grau; 130 mil ambulatórios médicos; 65 mil casas populares; 32,5 mil creches; ou alfabetizaria 13 milhões de cidadãos (Garçoni, 2003).

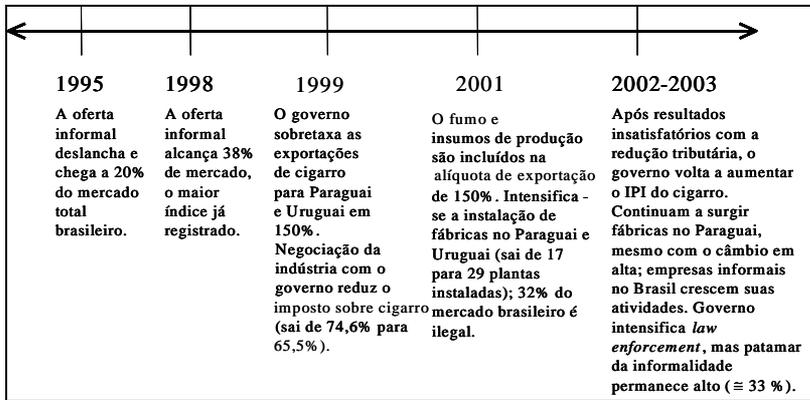
5.6. Experiências adquiridas no combate à atividade informal

Hudgins (1998) afirmou que, para os governos efetivamente conterem a escalada do contrabando e proteger sua base tributária, é necessário aumentar as ações que forcem o cumprimento da lei - *law enforcement*. O uso do *law enforcement*, segundo o autor, com total concordância de representantes da indústria, é muito mais recomendável do que simplesmente elevar os impostos por ocasião de perdas tributárias com o mercado ilegal. Cabral (2001) discute a formação de um círculo vicioso disparado pela ilegalidade no setor. Este círculo começa com o aumento da venda de produtos ilegais, trazendo em consequência perda de vendas no mercado formal e perda de arrecadação. A redução na arrecadação faz com que haja necessidade de recuperá-la, levando os governos a aumentar a tributação sobre o produto formal. O ciclo se encerra com a nova vantagem obtida pela indústria informal, que usa a elevação de impostos sobre a indústria formal para aumentar a distância entre os dois produtos, podendo assim fazer sua oferta ao mercado por preços ainda menores. No entanto, a elevação de impostos não é a única forma dos ofertantes ilegais obterem vantagem sobre a indústria formal.

Ainda segundo Hudgins (1998), há outras formas de a indústria ser forçada a aumentar os preços de seus produtos, além dos impostos. Acordos feitos com os governos, como financiamento a programas de redução de consumo entre adolescentes, têm seus custos debitados na conta da indústria. Verdi (2001) cita também o incremento dos custos administrativos com a ilegalidade, como processos judiciais e investigações particulares. Esses custos reduzem a sua lucratividade, forçando a empresa a repassá-los sob forma de aumento de preço ao varejo, e consequentemente ao consumidor final. Abre-se ainda nova forma de atuação para os operadores ilegais de cigarros, que buscam competir com a indústria estabelecida no seu nível mais básico. Segundo o autor, a forma mais eficaz de conseguir o equilíbrio entre o aumento de impostos e a redução do contrabando é a coordenação de política de impostos entre os níveis de governo de uma localidade. Se um estado ou país quiser aumentar seus impostos, antes disso ele deveria convencer seus vizinhos a aumentar os seus no mesmo percentual ou proporção. Isso desestimularia o contrabando entre divisas estaduais ou mesmo entre fronteiras nacionais, como o é no caso brasileiro.

Finalizando, com o objetivo de melhor destacar as principais dimensões do relato apresentado, apresenta-se a seguir a figura 7:

Figura 7 - Cronologia da ilegalidade no setor de cigarros: de meados dos anos 90 até 2003



Fonte: interpretado pelo autor.

6. Conclusões

Analisa-se nesse artigo o caso da indústria brasileira de cigarros, setor tradicionalmente dominado por competidores de grande porte, cuja estrutura vem registrando o crescimento de novos entrantes. Esses novos entrantes, apesar de atuarem ilegalmente, têm mostrado suas competências operacionais e consolidam suas posições. Os novos ofertantes, com capacitações e estratégias não-convencionais, criam na indústria de cigarros dois padrões de concorrência distintos: um legal e outro ilegal. Visto que os fatores estruturais e sistêmicos da indústria de cigarros apresentam oportunidades para a prática desleal, não é possível imaginar um cenário competitivo homogêneo entre o ofertante formal e o informal. Apesar do fator principal ser a alta carga tributária sobre o produto, há mais aspectos que não podem ser negligenciados: as fragilidades apresentadas pelo governo brasileiro em impor-se como elemento fiscalizador e controlador dos fluxos de oferta – formal e informal, a situação sócio-econômica, que estimula os consumidores a buscar por produtos de baixo preço, e a própria condição da indústria – setor super-concentrado – constituem o pano de fundo para que a oferta informal se consolide.

Um elemento relevante que torna a participação dos ofertantes informais estável no mercado é a oferta duradoura de produtos com preços inferiores aos praticados pela indústria formal. Variando nas diferentes formas de atuação, a oferta ilegal está presente de forma constante, o que faz com seu apelo de

preço baixo esteja disponível a uma categoria de consumidor que não prioriza valor agregado de marca na ocasião de definir-se pela aquisição do produto. Esse comportamento de consumo vem sendo consolidado junto ao mercado por mais de uma década, conforme o gráfico da figura 1 mostra – a oferta ilegal manteve-se em ascensão durante toda a década de 90 e estável no período atual. A atratividade ao consumidor acontece por já existir nele o hábito de encontrar com facilidade produtos mais baratos, sensibilizando o segmento de consumo de baixa renda, numericamente o maior do país. Este hábito faz com que o consumidor acabe demandando ao mercado produtos a preços similares, independentemente da origem dessa oferta. Com o espaço aberto para produtos com preços mais baixos, as dinâmicas de mercado se reajustam, valendo-se da informalidade e seus fatores críticos, neste artigo apresentados.

Essas dinâmicas levam a uma conclusão inicial de que existe uma fatia de mercado que hoje já não é sensível ao apelo de consumo da indústria formal, mesmo que a informalidade fosse removida do mercado. A diferença de preço de 49% em relação à vintena média da indústria formal – e de 38% em relação a sua vintena de menor custo – faz com que haja uma parcela de consumidores que se mantenha consumindo produtos ilegais e cativa a sua condição de preço, em função do seu nível de renda. Assim, os dados analisados sugerem que, não fosse pela informalidade, uma parcela substancial de fumantes – hoje atendida pela oferta ilegal – provavelmente abandonaria o hábito de consumo, dada a sua comprovada elasticidade.

Por fim, os desdobramentos das ações decorrentes da intensificação das ações de fiscalização sugerem dois aspectos nevrálgicos ao tema: há a necessidade de intensificar as operações de controle sobre os produtos distribuídos ilegalmente. Percebe-se que a não fiscalização – atividade única ao poder público – leva ao deterioramento da ética nas relações de consumo e concorrenciais, uma vez que abre-se espaço para práticas desleais em todos os níveis da cadeia de oferta. Em decorrência, é necessário mapear as possíveis movimentações logísticas desses ofertantes, evitando planos de fuga que migrem integralmente a fonte abastecedora de um ofertante para outro, sendo ambos informais. O outro aspecto é a revisão das formas de tributar a categoria tabaco, uma vez que a forma atual privilegia os grandes ofertantes, que percentualmente recolhem menos impostos (o IPI, especificamente) do que os competidores de menor porte. O valor agregado dos produtos dos grandes ofertantes (valor de marca, por exemplo) escapa à taxaço, no formato de arrecadação eleito pelo governo brasileiro, gerando desníveis nos parâmetros de concorrência. Mesmo sendo um produto controverso, vê-se por esse traba-

lho a necessidade de uma melhor controle deste, sob pena de aumentar os prejuízos à saúde pública e danos generalizados à indústria e ao governo.

Finalmente, a estratégia de defesa da indústria passa pelo estreitamento de relações, troca de informações e principalmente a formação de alianças de todas as indústrias que são atingidas pela informalidade, como as gravadoras (música/CD), bebidas e combustíveis. Os níveis de aprendizado internos a cada atividade, se compartilhados, permitiria à coletividade empenhar ações mais consistentes em relação à concorrência desleal e seus dobramentos. Essa é uma questão a ser construída, intensificando a parceria com os órgãos governamentais. É importante considerar que os problemas e as formas de praticar a atividade informal – quaisquer que sejam os produtos – são basicamente os mesmos, bem como as suspeitas de pessoas e de empresas que operam na ilegalidade.

Referências bibliográficas

BORNA, S. Illegal products and the Question of Consumer Redress. *Journal of Business Ethics*, vol. 8, pp. 499-505. Amsterdam, 1989.

BOSSO, R. M. Repercussão do Comércio Ilegal de Cigarros na Economia Nacional. In Seminário Internacional Sobre Fraudes no Setor de Cigarros. Anais...Brasília: Escola de Administração Fazendária. 14-16 ago 2001. p 119-124.

BRAUN, E. Parecer Técnico Pericial: Avaliação da Qualidade dos Cigarros Apreendidos em Foz do Iguaçu Remetidos à A.B.C.F (...) Conforme Ofício SEPOL/DMA Nº 087/2001. 01 de Abril de 2002.

CABRAL, M. *Comércio Ilegal de Cigarros – Aspectos Nacionais e Internacionais*. In SISFSC. Anais...Brasília: Escola de Administração Fazendária. 14-16 ago 2001. p 54-69.

CASADO, J. Brasil: *O leão ruge grosso*. Revista Época. Edição 29 de junho de 1998. Documento disponível *on line*, acessado em 01 de agosto de 2003, em <http://epoca.globo.com/edic/19980626/brasil1.htm>

CAVALCANTE, T. M. *Questões Relativas à Saúde e à Qualidade de Vida*. In SISFSC. Anais...Brasília: Escola de Administração Fazendária. 14-16 ago 2001. p 16-32.

CORDEIRO, M., CLEMENTE, I. *Cerco fechado à máfia do cigarro*. *Jornal do Brasil*, edição 06/11/2001. Documento disponível *on-line*, acessado em

01/08/2003, através *site*: <http://jbonline.terra.com.br/jb/papel/economia/2001/11/05/joreco20011105013.html>

COUTINHO, L. e FERRAZ, J. C. (CORD.). *Estudo da Competitividade da Indústria Brasileira*. 2a edição. São Paulo: Papirus/Unicamp, 1994.

DIEGUEZ, C. O Rei da Maracutaia. *Revista Exame*. Editora Três, 26 mar 2003. p 62-64.

FERRAZ, J. C., KUPFER, D., HAGUENAUER, L. *Made in Brazil*. São Paulo: Campus, 1996.

GARÇONI, I. A máfia dos cigarros. *Revista Isto É*. Edição 1765, em 30 de julho de 2003. págs. 62-66. Editora Três, 2003

HAGUENAUER, L. *Competitividade: conceitos e medidas. Uma resenha da bibliografia recente com ênfase no caso brasileiro*. Texto para discussão, IE/UFRJ, N.211, 1989.

HUDGINS, Edward L. *Regulation Magazine*, Washington; Spring, 1998.

INDEX OF ECONOMIC FREEDOM – THE 2002 REPORT. Págs. 125-126. The Heritage Foundation and Dow Jones & Company, Inc.

JOOSSENS L.; MERRIMAN D.; YUREKLI, A., CHALOUKKA F. Issues in the smuggling of tobacco products. In: *Tobacco control in developing countries* (ed. Prabhat Jha, Frank J. Chaloupka), pp. 393-405. Oxford University Press, 2000.

KOTLER, P. *Administração de Marketing*. São Paulo: Prentice Hall, 2000

KUPFER, D. *Padrão de concorrência e competitividade*. Texto para discussão, IE/UFRJ, N.265, 1991.

LACERDA, L. A. T. *As estratégias usadas numa empresa do setor fumageiro: um estudo de caso*. Dissertação de Mestrado: PPGEP/UFSM 2002.

LAGRECA, R. H. *Análise de ações desenvolvidas na indústria de cigarros com a presença do mercado ilegal: O que uma empresa pode fazer para se defender dessa ameaça? Um estudo de caso da Souza Cruz S.A.* Dissertação de mestrado: PPG/UNISINOS 2003.

MENEZES, M. F. Receita Federal do Brasil. Informações sobre impostos e tributos sobre cigarros obtidas por correio eletrônico, durante os meses de julho e agosto de 2003, através do endereço: Marcelo.Fisch-Menezes@receita.fazenda.gov.br.

NICOLINI, E. *Panorama Setorial Gazeta Mercantil – A Indústria do Fumo*. Maio de 1999.

OLIVEIRA, F. Informativo Comercial – Souza Cruz 100 Anos. *Zero Hora*. Edição 25 abr 2003. p 16.

PÉREZ, C. *National Systems of Innovation, Competitiveness and Technology: A discussion of some relevant concepts and their practical implications*. ECLAC, May, 1991.

PORTER, M. *Estratégia competitiva: técnicas para análise de indústrias e da concorrência*. Rio de Janeiro: Campus, 1986.

POSSAS, S., *Concorrência e Competitividade: Notas sobre a estratégia e dinâmica seletiva na economia capitalista*. Ed Hucitec, São Paulo. 1999.

POTERBA, J. M. *Reexaminations of Tax Incidence: Lifetime Incidence and the Distribution Burden of Excise Taxes*. AEA Papers and Proceedings, vol. 78, nr. 2, pp. 325-330. 1989.

RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Informações disponíveis sobre tributação de cigarros disponíveis on line, através do web site: www.receita.fazenda.br, acessado no meses de março e abril de 2003.

SOUZA CRUZ (2003a). Informações colhidas e disponíveis no *website*: www.souzacruz.com.br/imprensa, acessado em 28 de março de 2003.

SOUZA CRUZ (2003b). Informações obtidas por telefone junto aos executivos da empresa; assuntos diversos. Colhidas entre os meses janeiro e julho de 2003.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Transparency International Annual Reports. Documentos disponíveis em http://www.transparency.org/about_ti/annual_rep/index.html

VERDI, M.F. *Repercussão do Comércio Ilegal de Cigarros na Economia Nacional*. In SISFSC. Anais...Brasília: Escola de Administração Fazendária. 14-16 ago 2001. p 110-119.

YIN, R. K. *Estudo de Caso: planejamento e métodos*. 2ª Edição. Porto Alegre: Bookman, 2001.

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

<i>Autor</i>	<i>Título</i>	<i>V. N.</i>
Alexandre, Letícia Frazão	Dumping e preços predatórios	9-1
Alexandre, Letícia Frazão	A doutrina das essential facilities no direito concorrencial brasileiro	12-2
Almeida, José Gabriel Assis de	Aplicação "extra-territorial" do direito da concorrência brasileiro	8- 3
Aluisio de Lima-Campos	Nineteen proposals to curb abuse in antidumping and countervailing duty proceedings	11-4
Alves, Cintia Gonzaga	Extraterritorialidade e defesa da concorrência	8-2
Alves, Rodney Almeida	The free trade areas of the Americas (FTAA) and a the Brazilian perspective	11-2
Amaral, Caroline dos Reis	A regulação da ANP em defesa da concorrência: uma análise da relação de exclusividade na revenda de combustíveis	12-2
Andrade Jr, Antonio Carlos Machado de	Política de concorrência e os direitos de propriedade intelectual	9-1
Andrade Santos, Maria Cecília de	Sobre a cooperação em matéria de concorrência entre a União Européia e o Mercosul	8-3
Andrade, Antonio Carlos Machado de	A responsabilidade civil das pessoas jurídicas e de seus dirigentes e administradores por infração da ordem econômica	8-2
Andrade, Maria Cecília	A política da concorrência e a Organização Mundial Do Comércio	8-5
Araújo Jr, José Tavares de	Trade transparency and competition: FTAA and CER	8- 3
Araujo Jr, José Tavares de; Tineo, Luis	Integração regional e política de concorrência	4-6
Arruda Sampaio, Onofre	Considerações a respeito de processo administrativo	3-6
Bagnoli, Vicente	O direito da concorrência	11-2
Bandeira de Mello, Celso Antonio	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bangy, Azeem R.	Legislação da defesa da concorrência em Portugal	4-6
Barrionuevo, Arthur	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Bastos, Alexandre A. Reis	Informação e defesa da concorrência	4-3
Bello, Carlos Alberto	Uma avaliação da política antitruste frente às fusões e aquisições, a partir da experiência americana	4-3
Bello, Carlos Alberto	A questionável decisão da FTC no caso Boing/Macdonnel Douglas	5-8
Beltrame, Priscila Akemi; Lacerda, Eduardo Modena	Antidumping no comércio internacional e o caso norte-americano	8-4
Benjó, Isaac	A urgência do aparato regulatório no estado brasileiro	4-4
Bertran , Maria Paula	Os requisitos para consideração das eficiências econômicas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a discricionariedade da comprovação razoável	12-2
Bogo, Jorge	Privatizaciones y competencia algunos comentarios sobre la experiencia argentina.	4-6
Bourgeois, H. J	European community competition policy: the impact of globalization	3-5
Camargo, Tomás Junqueira de	O Comércio eletrônico entre empresas e sua relação com o direito concorrencial	8-2

Cardoso, Fernando Henrique	Discurso do Presidente da República no III Seminário Internacional de Direito da Concorrência	4-6
Carlos Botassi	Servicio de telecomunicaciones en la Argentina	11-4
Carvalho, Arilson Coelho de	O impacto negativo da pirataria no cenário mercadológico e as dificuldades no combate a falsificação	12-3
Carvalho, Carlos Eduardo Vieira de	Apuração de práticas restritivas à concorrência	1-4
Casagrande, Paulo Leonardo	Controle estrutural no setor de telecomunicações	11-1
Castañeda, Gabriel	The Mexican experience on antitrust	3-6
Castro, Renault de Freitas	Comentários sobre a defesa da concorrência no setor de telecomunicações	9-2
Cavalcante, Léia Baeta	Poder de compra do varejo supermercadista	11-1
Cazetta, Luís Carlos	A aplicação da multa prevista no art. 26 da Lei n.º 8884/94 pela SEAE	8-4
Cerviño, José Luis López	Contradiciones entre laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del MERCOSUR y la inconsistencia del sistema de solución de controversias: la necesidad de revisar la estructura institucional. Comentario al VIIIº laudo	11-3
Chiesa, Melisse	Determinantes das fusões e aquisições de empresas do segmento de hiper e supermercados brasileiro na década de 1990	9-1
Conrath, Craig W.	Dominant position in a relevant market power: how to identify it	4-6
Costa, Maurício de Moura	Breves observações sobre o compromisso de desempenho	4-2
Costa, Maurício de Moura	O princípio constitucional de livre concorrência	5-1
Costa, Maurício de Moura	A presunção do caráter anticoncorrencial das operações de concentração visadas pela lei 8.884/94	5-6
Coutinho, Paulo C.	Prolegômenos da economia da defesa da concorrência	8-4
Cruz, Tatiana Lins	Defesa da concorrência: aspectos fundamentais e discussões atuais	8-2
Cunha, Ricardo Thomazinho	A aplicação do acordo antidumping no Brasil	7-5
Cysne, Rubens Penha	Aspectos Macroeconômicos da Defesa da Concorrência	4-6
Dias, José Carlos Vaz	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	5-9
Dobler, Sônia Maria Marques	Infração à ordem econômica: preço predatório	3-5
Domingues, Juliana Oliveira	Considerações sobre os meios de combate aos cartéis internacionais de fixação de preço	12-2
Donald J. Johnston	Competition policy and economic reform conference	4-6
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico e a função preventiva do CADE	4-1
Dutra, Pedro	A concentração do poder econômico, aspectos jurídicos do art. 54, da lei 8884/94,	3-8
Dutra, Pedro	Defesa da concorrência e globalização	3-6
Dutra, Pedro	Novos órgãos reguladores: energia, petróleo e telecomunicações	4-3
Dutra, Pedro	O acesso à justiça e ampla defesa no direito da concorrência	3-5
Dutra, Pedro	O controle da concentração do poder econômico no Japão: contexto político-econômico e norma legal	4-1
Dutra, Pedro	Poder econômico: concentração e reestruturação	4-2
Dutra, Pedro	Preços e polícia	4-4
Dutra, Pedro	Regulação: o desafio de uma nova era	5-2
Dutra, Pedro	Regulação: segurança jurídica e investimento privado	5-3
Dutra, Pedro	A negociação antecipada de condição de aprovação de ato de concentração	5-4

Dutra, Pedro	Reforma do estado: avanço e memória	5-5
Dutra, Pedro	A saúde da regulação	5-6
Dutra, Pedro	Agência de vigilância sanitária	5-7
Dutra, Pedro	Regulação na forma da lei	5-10
Dutra, Pedro	Natureza e a finalidade dos pareceres técnicos da SEAE e da SDE, previstos no artigo 54, §6.º da lei 8.884/94	6-2
Dutra, Pedro	O poder regulamentar dos órgãos reguladores	7-5
Dutra, Pedro	A CVM e o dever de guardar sigilo	8-8
Dutra, Pedro	Desagregação e compartilhamento do uso de rede de telecomunicações	9-2
Dutra, Pedro	Agências reguladoras - reforma ou extinção?	11-3
Escosteguy Carneiro, Maria Neuesschwander	O setor postal brasileiro: regulação para competição?	11-1
Fagundes, Jorge	Políticas de defesa da concorrência e política industrial: convergência ou divergência?	5-6
Fagundes, Jorge	Políticas industrial e de defesa da concorrência no Japão	8- 3
Fagundes, Jorge	Os objetivos das políticas de defesa da concorrência: a escola de Harvard e a escola de Chicago	10-3
Fagundes, Jorge	Eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste: o modelo do price standard	10-5
Fagundes, Jorge	Concorrência, eficiência dinâmica e análise antitruste	11-4
Fagundes, Jorge, e Kanczuk, Fabio	O uso de modelos de simulação em análises de fusões	11-4
Faria ,Werter R	O controle das concentrações de empresas	7-7
Faria ,Werter R.	Regras de concorrência e órgãos de julgamento das infrações e de controle das concentrações	3-8
Faria, Werter	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Farina, Elizabeth	Globalização e concentração econômica	3-6
Farina, Elizabeth	Política industrial e política antitruste: uma proposta de conciliação	3-8
Farina, Laércio	Do processo administrativo, da natureza do ato	3-6
Feres, Marcos Vinício Chein	O monopólio, a perspectiva da análise econômica do Direito	8-4
Feres, Marcos Vinício Chein	Joint Ventures: o consórcio de empresas no direito brasileiro	8-5
Feres, Marcos Vinício Chein	Do princípio da eficiência econômica	8-8
Feres, Marcos Vinício Chein	Regulação, empresa e política de concorrência	9-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Discrecionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração	4-6
Ferraz, Tercio Sampaio	"Underselling" na lei 8137/90 considerações sobre o tipo penal	8- 3
Ferraz, Tercio Sampaio	Aplicação da legislação antitruste: política de estado e política de governo	3-6
Ferraz, Tercio Sampaio	Conduta discriminatória e cláusula de exclusividade dirigida como abuso de posição dominante	4-1
Ferraz, Tercio Sampaio	Das condições de obrigatoriedade de comunicação de atos de concentração	5-2
Fonseca, Antonio	Concorrência e propriedade intelectual	5-7
Fonseca, Antonio	Papel dos tribunais administrativos e sistema judicial	6-3
Fonseca, João Bosco Leopoldino	Admissibilidade de Atos que limitam a concorrência	4-5
Franceschini, José Inácio Gonzaga	As eficiências econômicas sob o prisma jurídico (inteligência do art. 54, § 1º, da lei 8.884/94)	3-6

Franceschini, José Inácio Gonzaga	Roteiro do processo penal-econômico na legislação de concorrência	5-10
Franceschini, José Inácio; Pereira, Edgard Antonio; Lagroteria, Eleni	Denúnciação de práticas anticompetitivas: ganhos privados e custos públicos	4-6
Franco, Leandro Alexi	A evolução da regulação do mercado de aviação civil no Brasil e seus impactos sobre a concorrência	12-2
Franco, Leandro Alexi	Os limites operativos do direito e a regulação jurídica por incentivos para a redução da concorrência desleal	12-3
Freitas Pereira, Viviane de	Alguns aspectos acerca da importância da defesa da concorrência para os processos de integração – a questão do controle de concentrações	11-1
Fujiwara, Thomas	O uso estratégico de vendas casadas de bens não complementares para monopolizar mercados	11-1
Gaban, Eduardo Molan	Assimetria de informação e barreiras à livre concorrência	11-2
Garcia, Fernando	Um modelo de pesquisa sobre estruturas de mercado e padrões de concorrência	3-5
Gatto, Ana Carolina dos Santos	A defesa da livre concorrência e a proteção do consumidor	9-1
Gheventer, Alexandre	A outra lâmina da tesoura – considerações sobre a oferta na definição de mercado relevante	5-6
Goldberg, Daniel K.	Spread, concentração e concorrência no setor bancário	11-3
Gomes, Carlos Jacques Vieira	Os escopos sociais do direito antitruste	11-2
Granado, Shalom Eintoss	Doutrina do Elo Verde: a importância do direito ambiental para o direito da concorrência	5-8
Grau, Eros Roberto; Forgioni, Paula	Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei 8884/94 e lei 6729/79 (Lei Ferrari)	6-1
Grau-Kuntz, Karin	Da defesa da concorrência	9-2
Grinberg, Mauro	A responsabilidade dos administradores de sociedades na legislação de defesa da concorrência.	5-1
Grinberg, Mauro	Distribuição, concessão, exclusividade e recusa de venda	3-8
Grinberg, Mauro	O direito das licitações e o direito da concorrência empresarial	3-5
Grinberg, Mauro	O Estado, suas empresas e o direito da concorrência	4-2
Guimarães, Denis Alves	As práticas anticoncorrenciais e sua possibilidade de autorização em prol das eficiências	8-2
Guimarães, Eduardo Augusto	Concorrência e regulação no setor de transporte rodoviário	11-2
Howe, Martin	The British experience regarding the defence of competition	3-8
Jobim Filho, Paulo	Pronunciamento do Ministro Interino da Indústria, do Comércio e do Turismo	4-6
Kemmelmeier, Carolina Spack	Defesa da concorrência: práticas transnacionais e cooperação no âmbito do Mercosul e Alca	9-1
Klajmic, Magali	A apuração das práticas restritivas da concorrência - averiguações preliminares e processos administrativos	5-9
Klajmic, Magali	Apuração de práticas restritivas da concorrência -averiguações preliminares e processos administrativos	6-2
Klajmic, Magali e Nascimento, Cynthia	Compromisso de desempenho: uma abordagem introdutória	4-4
Lafer, Celso	Sistema de solução de controvérsias da Organização Mundial do Comércio	3-9
Lagrecia, Rodrigo Holtermann	O papel da atuação governamental nas relações de consumo e concorrenciais: quem protege a ética? Uma visão a partir da presença do mercado ilegal na indústria de cigarros	12-3
Leal, João Pulo G.	Cartéis	8-8

Leidenz, Claudia Curiel	Privatization processes from the viewpoint of competition policy: the Venezuelan experience 1993 -1997	4-6
Leite, Fábio Carvalho	a defesa da livre concorrência e dos interesses dos consumidores: - os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro -	9-1
Lilla, Paulo Eduardo	Acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento e proteção das patentes farmacêuticas no contexto do acordo tripartite: implicações concorrenciais	11-1
Lima, Edilson Vitorelli Diniz	A doutrina das estruturas essenciais e a defesa da concorrência no Brasil	12-2
Lima-Campos, Aluisio	O abuso e o arbítrio - o impacto das ações anti-dumping e anti-subsídios nas exportações brasileiras para os estados unidos	11-3
Lira, Lucas Machado	O acordo de leniência: avanço ou precipitação?	8-2
Lobão, Carla	Compromisso de Cessação de prática: uma abordagem crítica sobre o instituto	8-8
Londoño, Alfonso Miranda	El derecho de la competencia en el sector de las telecomunicaciones	4-6
Loss, Giovanni Ribeiro	A análise dos incentivos fiscais estaduais pelo CADE	8-2
Loureiro, Luiz Guilherme de Andrade Vieira	Autorização de atos limitativos da concorrência: análise do art. 54 da lei 8884/94	9-1
Magalhães, C. Francisco de	Análise abreviada de atos submetidos à aprovação prévia do CADE (atos de concentração e outros)	3-6
Malard, Neide	Parecer DIRECTV X GLOBO	8-7
Malard, Neide Teresinha	Integração de empresas: concentração, eficiência e controle	1-4
Marco Antônio Ribeiro Tura	A autonomia das agências reguladoras	11-4
Marques Neto, Floriano de Azevedo	Universalização de serviços públicos e competição: o caso da distribuição de gás natural	8-4
Marshall, Carla C.	Panorama geral da defesa da concorrência no Brasil	8-4
Martinez, Ana Paula	A defesa dos interesses dos consumidores	11-1
Martinez, Maria Beatriz	Programas de compliance e a defesa da concorrência: perspectivas para o Brasil	12-2
Martinez, Maria Beatriz	A cooperação internacional na defesa da concorrência: acordos bilaterais e aplicação do princípio da cortesia positiva	11-2
Mattos, César	O compromisso de cessação de práticas anticompetitivas no CADE: uma abordagem de teoria dos jogos	4-4
Mattos, César	Mercado relevante na análise antitruste: uma aplicação do modelo de cidade linear	5-5
Mattos, César Michel G. Cowie	Antitrust review of mergers, acquisitions and joint ventures in Brazil	8- 3
Mattos, César	The Recent evolution of competition policy in Brazil: an incomplete transition	4-6
Mattos, César	Fixação de preços de revenda - FRP: elementos para um roteiro de investigação	8-4
Mattos, Ubiratan Andrade, Maria Cecília Vieira, Caroline Sanselme	Regulation 2004 - Brazil	11-2
Mazzucato, Paolo Zupo	Do conflito de competência na análise de atos de concentração no sistema financeiro nacional	8-2
Mello, Maria Tereza Leopardi	Defesa da concorrência no setor elétrico	6-5
Mesquita, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas	Concorrência e propriedade intelectual: harmonização	12-2

Mesquita, Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas	A ordem econômica e a propriedade intelectual	12-3
Meziat, Armando	A defesa comercial no Brasil	3-8
Meziat, Armando	A defesa comercial no Brasil	4-6
Milagres, Marcelo de Oliveira	A defesa da concorrência sob a perspectiva dos entes de regulação: uma análise crítica	9-1
Nellis, John	Competition and Privatization: Ownership Should Not Matter - But it Does	4-6
Nogueira, José Carlos da Silva	Sobre as condutas anticompetitivas das associações comerciais	11-4
OECD	Suggested Issues for Discussion III Sem. Int. de Direito da Concorrência	4-6
Oliveira, Gesner	Discurso de Abertura do III Sem. Int. de Direito da Concorrência	4-6
Oliveira, Gesner de	Programa de trabalho para o CADE	3-6
Oliveira, Gesner de	Regimento interno do CADE e segurança jurídica	5-4
Oliveira, Gesner de	Discurso de posse 1998	5-6
Pagotto, Leopoldo Ubiratan Carreiro	da intempestividade da apresentação dos atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)	9-1
Peixoto, Bruno Vilhena Lana	preços predatórios: elementos para caracterização como infração da ordem econômica	9-1
Pereira da Silva, Pedro Aurélio de Queiroz	Nova era da defesa da concorrência - o direito antitruste e os mercados regulados	9-1
Pereira da Silva, Pedro Aurélio de Queiroz	As agências reguladoras e a defesa da concorrência	8-2
Pereira, Ana Cristina Paulo	Os limites da liberdade contratual no direito da concorrência	6-3
Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria	Leilões ou regulação? Onde está o monopolista?	8-3
Pereira, Edgar Antonio Eleni Lagroteria	O Marco Regulatório Brasileiro para o Setor de Telecomunicações e a competição no mercado de telefonia fixa de longa distância	11-3
Pereira, Edgard Antonio	Pontos para uma agenda econômica para a ação antitruste	3-5
Pereira, José Matias	A defesa da concorrência no Mercosul	1-4
Pereira, Maria João C.	A "justa" competição na nova organização dos serviços de telecomunicações sob a ótica do direito econômico	6-5
Pinheiro, Luís Felipe Valerim	A defesa da concorrência nas utilidades públicas e o devido processo legal	9-1
Pittman, Russell	Entrevista durante a VI Semana Internacional do CADE	5-8
Polido, Fabrício Pasquot	Tratamento antitruste dos "interlocking directorates" na empresa: rumo aos critérios de valoração na defesa da concorrência	12-2
Possas, Mário Luiz	Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência	3-5
Possas, Mário Luiz e Schuartz, Luís Fernando	Habilitação em licitações públicas e defesa da concorrência	5-3
Possas, Mário; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Defesa da concorrência e regulação de setores de infra estrutura em transição	8-8
Possas, Mário; Fagundes Jorge; Ponde, João Luiz	Restrições verticais e política de defesa da concorrência: uma abordagem econômica	8-8
Rainer Geiger	Opening Statement ao III Sem. Int. de Direito da Concorrência	4-6
Reale, Miguel e Reale Jr.	Parecer Directv X Globo	8-7
Ribeiro, Amadeu Carvalhaes	Crítérios para apresentação de transações internacionais ao CADE	11-2
Rivière Marti, Juan Antonio	Comissão das comunidades europeias XXV relatório sobre política de concorrência	3-5

Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. Pernomian	Dumping em serviços	5-3
Rowat, Malcolm	Cross-country comparison of competition rules/ institutions and the interface with utility regulation	4-6
Salgado, Lucia Helena	Aspectos econômicos na análise de atos de concentração	4-1
Salgado, Lucia Helena	Discurso de posse -1998	5-6
Sampaio, Luiza Saito	O controle da colusão horizontal no mercado de combustíveis	12-3
Santacruz, Ruy	Preço abusivo e cabeça de bacalhau	5-2
Santacruz, Ruy	Parecer Directv X Globo	8-7
Sayeg, Ricardo Hasson	A proteção do consumidor contra o monopólio	3-5
Schuartz, Luis Fernando	As medidas preventivas no art. 52 da lei 8.884/94	3-5
Schymura, Luiz Guilherme	As deliberações sobre atos de concentração: o caso brasileiro	4-6
Silva, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da	Transgênicos e direito da concorrência	12-2
Solon, Ary	Diferenciação de preços	3-8
Sousa, Ricardo Noronha Ingles de	Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro	8-2
Souza, Michelle Lúcia Silva, Tavares Jr., Homero	A cláusula da nação mais favorecida	11-2
Spíndola Silva, Vladimir	O instituto da leniência no direito antitruste norte americano	9-1
Stepoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Stepoe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Tura, Marco Antonio Ribeiro	A autonomia das agências reguladoras	11-2
Vaz e Dias, José Carlos	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	8- 3
Vaz e Dias, José Carlos	Licença compulsória de patentes e o direito antitruste	8-4
Vaz, Isabel	Legislação de defesa da concorrência e extraterritorialidade	4-6
Veiga, Luiz Humberto Cavalcanti	E-banking: um forte aliado da concorrência.	9-1
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Viana, Diego Goulart de Oliveira	Globalização e abertura econômica X regulamentação de mercado	8-2
Wald, Arnaldo	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

ATOS DE CONCENTRAÇÃO

A. C.	Requerentes	V. N.
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE -Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4
07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct – Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4
16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração Nº16/94 -Grupo Gerdau - Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinos Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Caraíba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	Ultrafértil S.A. Indústria e Comércio de Fertilizantes e Fertilizantes Fosfatados S.A. – Fosfértil	5-2
62/95	Eletrolux Ltda. e Oberdorfer S.A.	5-2
71/96	Eletrolux Ltda. e Umuarama Participações S.A..	5-3
54/95	Copesul, Opp Petroquímica, Opp Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-4
54/95 II	Copesul, OPP Petroquímica, OPP Polietilenos e Ipiranga Petroquímica	5-5
58/95	Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, Inc (Reapreciação)	5-7
84/06	Mahle GmbH e Cofap	5-8
08012.002740/98-02	Sherwin Williamas do Brasil	5-8
133/97	Madeco S/A e Ficaps/A	5-8
135/97	Polibrasil Resinas e Polibrasil Polímeros	5-8
179/97	Cbp e Basf	5-8
16/94	Diretrizes para Implementação da Decisão do Cade Relativa do Ato de Concentração 16/94 (20/11/96) Gerdau / Pains	5-9
111/96	Arco Química do Brasil Ltda. e Olin Brasil Ltda	5-9
08012.007539/97-22	Canale do Brasil S.A e Zabet S.A Indústria e Comércio	5-9

188/97	Ind. e Com Dako do Brasil e General Eletric do Brasil S.A.	5-10
22/95	Bayer S. A. e Companhia Nitro Química do Brasil	5-10
32/04	Smithkline Beecham Plc & Sterling	5-10
34/95	Alergan-Lok prod. Farmacêutico e Lab. Frumtost S. A. Ind Farmacêutica	6-1
93/06	TI Brasil Ind. e Com. Ltda e Alcan Alumínio do Brasil S.A.	6-1
39/95	Teka –Tecelagem Kuehnrich S/A e Texcolor S/A	6-2
08012.007251/97-94	Nitriflex Ind. e com. e Central de Poçímetros da Bahia S.A.	6-2
103/96	Santista Alimentos e Ideal alimentos	6-2
141/97	Canale do Brasil prod. Alimentícios	6-2
08012.007.871/97-79	Becker holding do Brasil Ltda e Eldorado automotiva Ltda	6-2
08012.001776/98-14	Trw Automotive e Lucas industries PCL	6-2
08000.013756/97-08	National Starch Chimieale Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequisa e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini (papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Companc e Innova	7-1
29/95	Caraíba	7-1
134/97	American Home Products & Solvay S.A.	7-1
08012.004735/98-35	Galderna & Darrow	7-1
08012.006375/98-42	Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold	7-2
08012.002611/98-51	Herbitécnica & Defesa	7-2
08012.000587/99-89	Basf & Clariant	7-2
08012.0006501/98-03	Senior & Tecne	7-2
102/96	Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto	7-2
08012.0019247/98-79	ABC Supermercados & Maxbox	7-2
08012.000578/99-98	Exxo & Shell	7-2
08012.007256/98-99	Alcon& Grieshaber	7-2
08012.000097/99-18	BWT & Vonroll	7-2
08012.007085/98-06	Air Products	7-2
08012.004611/98-22	Abbott & Murex	7-2
08012.000908/99-91	Pillsbury	7-2
08012.009110/98-14	Chevron & Texaco	7-2
78/96	S.A. White Martins & Unigases	7-2
Parecer	SEAE – AMBEV	7-3
Parecer	SDE – AMBEV	7-3
Parecer	Procuradoria do CADE -sobre interrupção do andamento do caso AMBEV	7-3
Parecer	Procuradoria do CADE no caso AMBEV	7-5
08012.005846/99-12	Relatório e votos no caso AMBEV	7-6
0800.020.471/97-70	Kellog do Brasil e Superbom	8-8
08012.006762/2000-09	Banco Finasa de investimento S/A; Brasmeta Indústria S/A; Zurich participações e representações	8-9

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	V. N.
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Ofício X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Achê Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket - Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda.	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda.	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química Ltda.	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbochloro S/A - Indústrias Químicas	2-2
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieeesp	3-11
40/92	Refrio Ltda. X Col dex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda., Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12

62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda.; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda.; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	5-1
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	5-1
156/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abtradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravo de Instrumento Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda.; Agravada: União	5-8
140/93	Panflor Ind. Alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exitó	6-2
08000.001504/95-48	M P de SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3
08000.015337/97-48	Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS	8-5
08012.003303/98-25	Philip Morris Brasil S/A X Souza Cruz S/A	8-5
53500.000359/99	DIRECT X GLOBO	8-6
08000.013002/95-97	Labnew X Merck S.A Ind. Químicas	8-8
08012.006207/98-48	CSN, Alcalis, Valesul, Proscint	8-8
08012.002299/2000-18	M P Santa Catarina X Postos de Gasolina Florianópolis	9-2
022.579/97-05	Messer X White Martins	9-3

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	V. N.
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Cópias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda.	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Íris Ltda.	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferencz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Europeias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda -Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da Comisión Federal de Competencia	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	4-4
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3

Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO N.º 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE - sobre matéria de sua competência.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94	6-4
RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998 Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho	6-4
RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998 Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 11, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 * Altera o artigo 14 do Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 10, DE 29 DE OUTUBRO DE 1997 Aprovar o anexo Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 9, DE 16 DE JULHO DE 1997 Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE	6-4

RESOLUÇÃO N.º 8, DE 23 DE ABRIL DE 1997 Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei n.º 8.884/94, disciplinado pela Resolução n.º 5, do CADE, de 28.08.96	6-4
RESOLUÇÃO N.º 7, DE 9 DE ABRIL DE 1997 Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avançados sob condição suspensiva	6-4
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.	6-4
PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência	6-4
PORTARIA MJ N.º 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria	6-4
PORTARIA N.º 39, DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA N.º 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA N.º 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7
Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency Policy - USDOJ	7-7
Leniency Policy for Individuals - USDOJ	7-7
PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (Bancos)	8-9
CADERNO LEGISLAÇÃO ATUALIZADO EM DEZ 2001	8-10

TRANSCRIÇÃO DE SIMPÓSIOS E SEMINÁRIOS

“Práticas Comerciais Restritivas na Legislação Antitruste”	1-3
"Dumping e Concorrência Externa"	1-3
"Concorrência no Mercosul"	1-3
“Concentração Econômica e a Resolução -1 do Cade”	3-1
II Seminário Internacional de Direito da Concorrência	3-6
V Seminário Internacional de Direito da Concorrência	7-4
Workshop sobre a MP 2055 realizado em agosto de 2000	7-7
VI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	8-1
VII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	9-4
II Seminário Internacional de Defesa Comercial	9-6
VIII Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	10-2
III Seminário sobre Comércio Internacional	10-6
IV Seminário Internacional de Defesa da Concorrência	12-1