

REVISTA DO

IBRAC

Desde 1992

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência,
Consumo e Comércio Internacional

Doutrina
Jurisprudência
Legislação

volume 12 número 2
2005

REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA
JURISPRUDÊNCIA
LEGISLAÇÃO



Viver sem fronteiras

São Paulo
Volume 12 número 2 - 2005
ISSN 1517-1957

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

2004



***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

SUMÁRIO

TRATAMENTO ANTITRUSTE DOS “INTERLOCKING DIRECTORATES” NA EMPRESA: RUMO AOS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA 13

Fabrcio Pasquot Polido

1. Introdução. Os interlocking directorates e sua importância para o direito concorrencial 13
2. O estudo multidisciplinar dos interlocking directorates e sua importância no direito empresarial 17
3. Os ‘interlocking directorates’ e direito concorrencial. Valoração de critérios materiais auxiliares na aplicação do controle das estruturas e condutas. 27
4. Conclusões 39

A EVOLUÇÃO DA REGULAÇÃO DO MERCADO DE AVIAÇÃO CIVIL NO BRASIL E SEUS IMPACTOS SOBRE A CONCORRÊNCIA 41

Leandro Alexi Franco

1. Introdução 41
2. A Regulação da Aviação Civil no Brasil 45
3. A Desregulação do Mercado Brasileiro e seus efeitos 56
4. Conclusão: o papel da regulação e a introdução da concorrência 69
5. Bibliografia 72

A DOUTRINA DAS ESTRUTURAS ESSENCIAIS E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL 75

Edilson Vitorelli Diniz Lima

1. Introdução: a defesa da concorrência no Brasil 75
2. A doutrina das estruturas essenciais: advertência inicial 77
3. Origem da Teoria 78
4. A jurisprudência européia 84
5. Conceito 90
6. Aplicabilidade ao contexto brasileiro 91

7. Conclusão 96
 8. Bibliografia 97

“A REGULAÇÃO DA ANP EM DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO DE EXCLUSIVIDADE NA REVENDA DE COMBUSTÍVEIS” 101

Caroline dos Reis Amaral

I. Introdução. 101
 II. Competência da ANP em matéria de Defesa da Concorrência: 102
 III. O direito de exclusividade e a garantia do princípio da livre-concorrência na revenda de combustíveis: 106
 IV. O direito de exclusividade sob o enfoque da proteção ao consumidor. 115
 V. Conclusões. 122
 VI. Bibliografia. 123

CONCORRÊNCIA E PROPRIEDADE INTELECTUAL: HARMONIZAÇÃO 125

Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita

1. Considerações gerais e tensão entre propriedade intelectual e concorrência. . 125
 2. Harmonização entre propriedade intelectual e concorrência. 131
 3. Conclusão. 148
 4. Bibliografia 150

PROGRAMAS DE COMPLIANCE E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PERSPECTIVAS PARA O BRASIL 153

Maria Beatriz Martinez

1. Introdução 153
 2. “Programas de compliance” 155
 3. Adoção do programa no Brasil 175
 4. Conclusão 177
 Bibliografia 177

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS MEIOS DE COMBATE AOS CARTÉIS INTERNACIONAIS DE FIXAÇÃO DE PREÇO 179

Juliana Oliveira Domingues

1. Introdução	179
2. Concorrência e cartéis	181
3. Os meios de combate aos cartéis internacionais de fixação de preços	188
4. A experiência brasileira com cooperação	192
5. A OMC	196
6. Considerações finais	199
Referência bibliográficas	200

A DOCTRINA DAS ESSENTIAL FACILITIES NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO 205

Letícia Frazão Alexandre

Introdução	205
1. A doutrina das Essential Facilities	206
2. Adequação da Doutrina das Essential Facility ao Ordenamento Jurídico Brasileiro	211
3. Delimitando o Termo Essential Facility	213
4. Definindo a moldura – elementos para a caracterização de uma essential facility	230
Conclusão	238
Bibliografia	239

TRANSGÊNICOS E DIREITO DA CONCORRÊNCIA 243

Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva

1. Apresentação	243
2. O Impacto dos OGM's na Concorrência	244
3. Insuficiência dos Mecanismos Atuais do Antitruste	252
4. Prevenção e Direito Antitruste	256
5. Conclusão	260
Referências bibliográficas	262

**OS REQUISITOS PARA CONSIDERAÇÃO DAS EFICIÊNCIAS
ECONÔMICAS NO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA
ECONÔMICA E A DISCRICIONARIEDADE DA COMPROVAÇÃO
RAZOÁVEL 265**

Maria Paula Bertran

Sumário 265

Introdução 266

As condições para apreciação das eficiências 267

Razoabilidade e discricionariedade 277

Conclusão 279

Bibliografia 280

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC ... 283

**V CONCURSO NACIONAL DE MONOGRAFIAS SOBRE DEFESA
DA CONCORRÊNCIA - 2004**

PRÊMIO IBRAC-ESSO DE MONOGRAFIA

BANCA EXAMINADORA

Presidência: Ubiratan Mattos
Carlos Eduardo Monte Alegre Toro
Fernando de Oliveira Marques
João Bosco Leopoldino da Fonseca
Jorge Fagundes
Luiz Carlos Thadeu Delorme Prado
Ruy Santacruz

GRADUAÇÃO

1.º Colocado

Título: Tratamento Antitruste dos “Interlocking Directorates” na Empresa:
Rumo aos Critérios de Valoração na Defesa da Concorrência
Pseudônimo: Thomas P.P. Elliot
Instituição: Faculdade de Direito da USP
Nome: Fabrício Pasquot Polido

2.º Colocado

Título: A Evolução da Regulação do Mercado de Aviação Civil no Brasil e
seus Impactos sobre a Concorrência
Pseudônimo: Dizzy Gillespie
Instituição: Faculdade de Direito da USP
Nome: Leandro Alexi Franco

3.º Colocado

Título: “A doutrina das estruturas essenciais e a defesa da concorrência no
Brasil”
Pseudônimo: Antônio Leôncio Coelho
Instituição: Universidade Federal de Minas Gerais
Nome: Edilson Vitorelli Diniz Lima

4.º Colocado

Título: A regulação da ANP em defesa da concorrência: uma análise da relação de exclusividade na revenda de combustíveis”.

Pseudônimo: Carlos Buarque

Instituição: Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Nome: Caroline dos Reis Amaral

5.º Colocado

Título: “Concorrência e Propriedade Intelectual: harmonização”

Pseudônimo: Ironblade

Instituição: Faculdade de Direito da USP

Nome: Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita

PÓS-GRADUAÇÃO

1.º Colocado

Título: Programas de Compliance e a Defesa da Concorrência: Perspectiva para o Brasil

Pseudônimo: Daniel Defoe

Instituição: Faculdade de Direito da USP

Nome: Maria Beatriz Martinez

2.º Colocado

Título: Considerações sobre Meios de Combate aos Cartéis Internacionais de Fixação de Preço

Pseudônimo: Noam Chomsky

Instituição: Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC

Nome: Juliana Oliveira Domingues

3.º Colocado

Título: A Doutrina das Essential Facilities no Direito Concorrencial Brasileiro

Pseudônimo: Mary Jane Watson

Instituição: Instituto Rio Branco

Nome: Letícia Frazão Alexandre

4.º Colocado

Título: Transgênicos e Direito da Concorrência

Pseudônimo: Oscar de Moraes (in memorian)

Instituição: Faculdade de Direito da USP

Nome: Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva

5.º Colocado

Título: Os requisitos para consideração das eficiências econômicas no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a discricionariedade da comprovação razoável

Pseudônimo: Antônia Zuasnabar

Instituição: Faculdade de Direito da USP

Nome: Maria Paula Bertran

TRATAMENTO ANTITRUSTE DOS “INTERLOCKING DIRECTORATES” NA EMPRESA: RUMO AOS CRITÉRIOS DE VALORAÇÃO NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Fabrizio Pasquot Polido

1. Introdução. Os interlocking directorates e sua importância para o direito concorrencial

Entre direito e empresa sempre existirá uma indispensável relação de valoração dos fenômenos associados ao poder e suas conseqüências distorcidas nos mercados. Assim acontece com uma importante manifestação na Era Pós Industrial: os interlocking directorates.¹ Muito debatidos na Europa e nos Estados Unidos há mais de um século, eles se tornaram objeto de controvérsia no meio acadêmico e, desde meados do século XX, têm sido objeto de pesquisa em várias áreas das ciências humanas e sociais aplicadas.²

Em suas diferentes formas, conduzem a uma constatação comum: a existência de estruturas empresariais reticulares constituídas a partir da ocupação simultânea, por um grupo determinado e seletivo de indivíduos, de órgãos decisórios

¹ Aqui são utilizados os termos »interlocking directorates« ou »interlocking directorships« como examinados no direito anglo-americano, para os vínculos existentes entre as *boards of directors*. O direito alemão fala em *personelle Verflechtungen*, referindo-se à ocupação simultânea de cargos na Direção (*Vorstand*) e Conselho de Supervisão (*Aufsichtsrat*) das empresas pelos mesmos indivíduos. Os *interlocks* referem-se às mais variadas formas de coligações gerenciais ou administrativas entre empresas e são fundados na »identidade comum« de indivíduos que ocupam cargos de direção na empresa (competência gerencial/decisória) variando conforme a estrutura interna orgânica da sociedade. No presente trabalho, serão tratados como *interlocks*, *intelocking directorates* ou coligações gerenciais.

² Para uma análise contextual do problema, podem ser mencionados os importantes estudos de G.Teubner, “Unitas Multiplex: Das Konzernrecht in der neuen Dezentralität der Unternehmensgruppen”, in *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 1991, pp. 189 e ss; U.Beck, *Risikogesellschaft: Auf dem Weg in einer anderen Moderne*, Frankfurt a.M, Suhrkamp, 2003, pp.254 e ss; R.M.Faris, *Corporate Networks and Corporate Control: The Case of the Delaware Valley*, New York, Greenwood Publishing Group, 1991; P.R. Haunschild e C.M.Beckman, “When do interlocks matter? Alternate sources of information and interlocking influence”, in *Administrative Science Quarterly*, vol. 43, n.4, (1998). pp. 815 e ss.

na empresa. Por meio delas, são criadas autênticas »coligações gerenciais« na empresa, com importantes conseqüências valorativas no campo do direito.

Não fosse o fato pouco ingênuo de que um mesmo indivíduo possa ocupar, simultaneamente, cargos estratégicos para a tomada de decisão nas empresas – sejam concorrentes num dado mercado, ou, como acontece em grande medida, agentes atuantes em pólos distintos da cadeia produtiva – seria muito difícil determinar, com propriedade, todos os campos da vida social realmente afetados por essa prática.³

Há tempos, na Europa e nos Estados Unidos, tem sido observada a importância dos efeitos concorrenciais dos interlocking directorates resultantes da identidade comum de administradores e diretores na empresa. O problema aqui se faz ainda mais intrigante, especialmente pela possibilidade de essas formas determinarem mecanismos de exercício de influência nas decisões estratégicas dos agentes econômicos, bem como a aproximação de políticas comerciais e de planejamento entre as empresas envolvidas.

Esses sinais podem ser relevantes para uma análise concorrencial que valore o problema dos interlocking directorates como critério material no controle de estruturas e de condutas e que permita uma abordagem comum para a defesa da concorrência nos mercados. Assim, seria de se observar que, no Brasil, a hipótese das coligações gerenciais não estaria relegada ao completo esquecimento. Alguém certamente já deve ter se perguntado o que estaria fazendo a referência à figura da igualdade de pessoas em cargos de administração/direção em grupos de empresa, tal como aparece no Anexo I da Resolução nº 15 do CADE, que trata dos procedimentos de notificação dos atos e contratos do artigo 54 da Lei nº 8.884/94.⁴ Isso pode ser uma pequena

³ Aqui bastaria uma incursão nos estudos de política empresarial para verificar a proliferação de redes e mais redes de executivos profissionais, administradores, de CEO's, todos eles especializados em gerir os negócios da empresa e a determinação de decisões estratégicas nos mercados. As coligações gerenciais confirmam a indisfarçável inspiração do poder da empresa para regramento de mentalidades corporativas no contexto social. Se por um lado, tais manifestações são de fácil constatação na atualidade, especialmente por sua variedade de formas, pelo número de indústrias envolvidas, pela tendência geográfica de disseminação, por outro são a prova cabal das estratégias da empresa para afastar custos de transação por um método muito simples, mas com um alcance e efetividade extremamente singulares. Sobre importante pesquisa empírica sobre os interlocking directorates, especialmente no contexto norte-americano, ver estudo de J.Cook, *Corporate and Director Interlocks in the USA*, Portland, The Corporate Library, 2003, pp.3 e ss.

amostra de que determinadas estruturas societárias e pessoais na empresa realmente importam para a aplicação da lei antitruste.⁵

O mesmo contexto estaria identificado na associação existente entre os efeitos concorrenciais das coligações gerenciais e casos de aquisição de participação minoritária na empresa. Uma sociedade que adquiere participação minoritária em sua concorrente, sem escopo de investimento, e que já conte com diretores/administradores ocupando simultaneamente seus órgãos de gerência e da empresa alvo, estaria em condições de influenciar as decisões estratégicas da outra parte, num estágio pré-concentrativo e cooperativo a ser levado em consideração no momento da análise estrutural em matéria de controle de concentrações.⁶

Também enquanto manifestação societária, imediatamente identificada na composição orgânica da empresa⁷, os interlocking directorates apresentam

⁴ Assim, cf. Anexo I da Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998, que 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. Na Parte III (“Da Documentação”) existe o seguinte critério: “III.4. *Relação dos membros da direção do grupo que, igualmente, sejam membros da direção de quaisquer outras empresas com atividades nos mesmos setores das Requerentes.*”

⁵ O problema aparece com clareza, como será examinado no item 3, no direito norteamericano e no direito alemão. A aplicação da *Clayton Act de 1914* proíbe a constituição de coligações gerenciais em caso de empresas concorrentes. No direito alemão, a lei concorrencial trazia previsão expressa das coligações gerenciais como hipótese de controle de concentração, na antiga redação do §23 da *GWB (Zusammenschlußtatbestand)*. Ali, as *personelle Verflechtungen* integravam a *fattispecie* da concentração de empresas e hoje são admitidas na aplicação do §37, Inciso 1, nº4, enquadradas como casos de exercício de »influência relevante do ponto de vista concorrencial«, especialmente quando cumulada com a aquisição de participação minoritária e de direitos de veto sobre decisões estratégicas. Essa mesma tendência constata a experiência da Comissão Européia e do Tribunal de Justiça das Comunidades (“TJCE”) no âmbito do direito comunitário.

⁶ A referência aqui feita diz respeito à hipótese de exercício de »influência relevante do ponto de vista concorrencial«, como categoria societária de aplicação no direito concorrencial. Sobre ela, no Brasil, ver considerações de C.Salomão Filho, *Direito concorrencial: as estruturas*, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 2002. pp.263 e ss.

⁷ Do ponto de vista societário, tem-se alertado, também, para os problemas internos na empresa decorrentes das coligações gerenciais, desde a necessidade de adoção de políticas específicas em matéria de *corporate governance* objetivando a neutralização e repressão do comportamento oportunista dos diretores que ocupam simultaneamente cargos de gerência nas empresas, bem como uma nova reorientação de políticas legislativas para a remodelação de normas de direito societário sobre deveres e respon

interessantes efeitos sobre as estruturas e padrões de competição em determinados mercados, situação resultante dos incentivos proporcionados pelos agentes econômicos que compartilham os mesmos indivíduos em órgãos de gerência e de fiscalização. Esse contexto estaria, por exemplo, bem ilustrado na ocorrência de práticas anticompetitivas entre os agentes econômicos, tanto nos casos de colusão como de estruturas tendentes à formação de cartéis.⁸

O presente trabalho propõe uma contribuição acadêmica sobre o estudo das coligações gerenciais e seus critérios de análise concorrencial, lembrando os propósitos fundamentais de proteção da concorrência nos mercados. Enquanto formas de organização do poder da empresa, os interlocks devem receber a atenção das autoridades antitrustes em qualquer nível de controle que se trate. No item 2 são examinados aspectos funcionais dos interlocks no direito empresarial, sendo feita uma breve incursão histórica e explicação das teorias a eles relacionadas. No item 3 são abordados os aspectos concorrenciais do problema, especialmente no direito alemão e norte-americano, bem como seus reflexos sobre a aplicação na teoria antitruste. Finalmente, no item 4, são apresentadas algumas conclusões possíveis a respeito dos interlocks e a possível aplicação dos institutos antitrustes a eles relacionados.

sabilidade dos administradores e do fortalecimento dos instrumentos de proteção de investidores institucionais. Efeitos distorcidos dos *interlocking directorates* podem levar empresas a situação de crises, falências, processos judiciais envolvendo informações privilegiadas e violação de deveres de lealdade. Para uma abordagem geral sobre essas questões em especial, cf. R.M.Faris, *Corporate Networks and Corporate Control: The Case of the Delaware Valley*, New York, Greenwood Publishing Group, 1991; e E.Heemskerk, *Corporate communities, coordination and competition*, in *Research and Study Plans*, Amsterdam, School of Social Sciences, November 2002, pp.3 e ss.

⁸ A relação aqui existente entre direito societário e direito concorrencial não seria de »prevalência« sobre a inefetividade de institutos de direito societário em relação à prevenção contra formação de coligações gerenciais, mas sim de »competência« sobre eventuais efeitos restritivos desencadeados por essas manifestações no direito concorrencial. Como na maioria dos casos a normas societárias não são suficientes para evitar a formação dos *interlocks*, especialmente por conta da dimensão de certos grupos de empresas, e pela possibilidade de admissão de executivos profissionais ocupando vários cargos nos órgãos decisórios de empresas distintas, então a solução pode recair na aplicação do direito concorrencial.

2. O estudo multidisciplinar dos *interlocking directorates* e sua importância no direito empresarial

2.1 Contextualização dos *'interlocking directorates'* no direito de empresa

As diversas formas de *interlocking directorates* na empresa são estudadas há muito tempo nos Estados Unidos, tendo como justificativa histórica o contexto de ascensão e consolidação dos grandes grupos de empresas e conglomerados financeiros no fim do século XIX e início do século XX.⁹ Por meio de uma »convergência« entre estatutos empresariais, os órgãos da direção e da administração das empresas são ocupados simultaneamente por membros comuns (daí a »identidade pessoal comum«), sem que haja entre elas relação de participação acionária imediata. O fundamento primário para a existência das coligações gerenciais entre as empresas estaria, imediatamente, na composição dos órgãos decisórios e na mobilidade e manutenção de indivíduos asseguradas pelos estatutos societários.¹⁰

⁹ Ver, dentre vários, os excelentes estudos de M. Fennema e H. Schijf, *Analyzing interlocking directorates: Theory and methods*, in *Social Networks*, vol.1, n. 4, 1978-1979. pp. 297-332; R.S.Burt, *A structural theory of interlocking corporate directorates*, in *Social Networks*, Vol.1, n. 4, 1978-1979. pp. 415-435; P.R.Haunschild e C.M.Beckman, *When do interlocks matter? Alternate sources of information and interlocking influence*, in *Administrative Science Quarterly*, vol. 43, n.4, 1998, pp. 815 e ss; S.B.O'Hagan e M.B.Green, *Corporate knowledge transfer via interlocking directorates: a network analysis approach*, in *Geoforum* n.35, 2004, pp.127 e ss; E.Heemskerk, *Corporate communities, coordination and competition*, in *Research and Study Plans*, Amsterdam, School of Social Sciences, November 2002, pp.3 e ss. Recentemente, o tema ganhou mais atenção ainda, por conta das fraudes contábeis envolvendo grandes grupos de empresas no cenário norte-americano, como os casos Enron e Word.com., seguindo os escândalos corporativos envolvendo conglomerados asiáticos em 1998. Assim, ver J.Cook, *Corporate and Director Interlocks in the USA*, Portland, The Corporate Library, 2003, pp.3 e ss

¹⁰ Os *interlocks* dizem respeito às »relações parassocietárias« na empresa, especificamente pela constituição de redes de pessoas com fundamento na liberdade de composição da estrutura societária interna da empresa. Determinados indivíduos podem ser nomeados para um cargo X na sociedade A e ocupar também o cargo Y na sociedade B, sendo X e Y em um mesmo nível decisório ou não. As preocupações concorrenciais sobre os *interlocks* estariam justamente naqueles casos em que entre as empresas concorrentes haja, por exemplo, uma ocupação comum de um número de cargos de gerência/administração suficiente para que uma delas exerça influência dominante sobre a

Em muitos estudos, são freqüentes análises empíricas e levantamento de dados relacionados à existência de interlocks em vários setores da indústria e outros ramos de atividades, como financeiro (bancos e empresas da nova economia que atuam em prestação de serviços financeiros por meio da internet), tecnologia da informação, mídia e telecomunicações. Nessas áreas, a prática de compartilhamento de informações é muito freqüente, criando o ambiente propício para a cooperação entre os agentes econômicos, imitação de estratégias concorrenciais e uma série de incentivos que levam as empresas envolvidas à uniformização de sua atuação no mercado.¹¹

As coligações gerenciais são mencionadas como sendo o mecanismo, por excelência, de intensificação de alianças estratégicas entre empresas. Fala-se no aumento ou diminuição da probabilidade de os órgãos de direção na empresa vincularem as decisões dos concorrentes, dependendo do conteúdo das relações entre os diretores de cada um deles. Não há quem deixe de exaltar os benefícios dos interlocks justificando que o órgão decisório da empresa, que seja independente, não sobrevive sozinho. A não participação em coligações gerenciais acabaria por reduzir a probabilidade de tomada de decisões estratégicas nas empresas e a inibição de suas atuação no mercado. Um aumento de interlocks promoveria a formação de uma rede de confiança e lealdade entre os indivíduos que ocupam cargos decisórios nas empresas, e, assim, um »sentimento coletivo« de partilha de resultados positivos e prejuízos.¹²

Como serão observadas, várias têm sido as explicações para as coligações gerenciais, porém sua abordagem concorrencial também deve ter sofrido uma mudança necessária, especialmente como examinado no direito norte-

outra, sem intermédio de participação societária ou exercício de controle acionário. Assim ver distinções em M.Paschke, *Der Zusammenschlussbegriff des Fusionkontrollrechts*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1989, pp. 63-65. O autor analisa as implicações societárias das coligações gerenciais, de um lado, como em relação à organização das empresas em grupos de fato e de coordenação a partir da multiplicação dos *interlocks*, e, de outro, concorrenciais, com a hipótese de exercício de »influência dominante« de uma das empresas sobre concorrente (ingerência sobre as decisões estratégicas e planejamento da empresa), chegando a uma unidade econômica comum, tal como aconteceria em casos de concentração econômica.

¹¹ Sobre isso, ver item 3 *infra*.

¹² Essa parece ser a visão pouco realista de boa parte da literatura norte-americana. Um bom exemplo é o estudo de R. Gulati e J.D. Westphal, "Cooperative or Controlling? The Effects of CEO-board Relations and the Content of Interlocks on the Formation of Joint Ventures", in *Administrative Science Quarterly*, vol.44, n.3, pp. 473 e ss.

americano. No Brasil, a doutrina comercialista já tinha se referido à importância do problema no campo do direito das sociedades, especialmente com relação ao tema do controle externo na empresa.¹³ As variadas combinações e fórmulas pelas quais as coligações gerenciais se manifestam seriam exemplos de como se pode justificar a hipótese de exercício de influência por uma empresa sobre a política empresarial de outra, sem que a ela estejam associados direitos decorrentes de participação acionária.

Também no direito alemão, em que se estudam com profundidade os temas relacionados à participação dos grandes bancos em determinados grupos de empresa, as coligações gerenciais (*personelle Verflechtungen*) aparecem como importante tópico nas discussões do direito empresarial. Esse interesse no estudo do problema decorre das implicações societárias e concorrenciais verificadas, especialmente nos mercados em que existe elevada concentração econômica e nos quais já existam incentivos para a prática de condutas restritivas pelos agentes econômicos.¹⁴

¹³ Cf. fundamentalmente a importante doutrina de F.K.Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1983. pp.56 e ss. Partindo do autor, os *interlocks* podem ser examinados como uma espécie de coligação gerencial entre empresas (não necessariamente dependente da relação de natureza societária por participação no capital social) e que é determinada pelo acúmulo de funções deliberativas pelos membros dos órgãos de direção e administração das sociedades. Assim, da posição jurídica de investidora do diretor no cargo decorre a possibilidade de controle externo. Se, oportunamente, um membro da administração da sociedade “A” for pressionado pelo grupo de empresas que “A” integra para mudar seu comportamento na condução da política societária da sociedade “B”, de cuja administração também é membro, e dessa situação resultarem instrumentos para exercício de »influência dominante«, então é possível falar de *interlocking directorates* como sendo uma modalidade de controle externo na empresa. Em empresas com poder de controle concentrado basicamente em famílias, essa situação de controle por coligação gerencial não é tão freqüente. A situação mais visível ainda é aquela em que os administradores não são confundidos com acionistas, e, em sendo titulares de deveres de confiança e fidelidade para com a sociedade, estão subjugados à esfera das competências dos órgãos de administração e direção da empresa, de tal modo que as decisões a eles superiores teriam o condão de influenciar seus comportamentos no mercado.

¹⁴ Nesse sentido, importantes monografias e artigos foram escritos nos últimos anos na Alemanha. Assim, ver fundamentalmente D. Schoenwitz e H-J.Weber, *Unternehmenskonzentration, personelle Verflechtungen und Wettbewerb eine Untersuchung auf der Grundlage der 100 größten Konzerne der Bundesrepublik Deutschland*, 1.Auflage, Baden-Baden, Nomos, 1982, pp.15 e ss; C.E.Decher, *Personelle Verflechtungen im Aktienkonzern: Loyalitätskonflikt und qualifizierter faktischer*

O mesmo acontece no âmbito da União Européia, onde são discutidos os efeitos dos interlocks, especialmente com relação ao desenvolvimento do mercado comum e da defesa da concorrência. O direito comunitário vê com bastante cautela a existência das coligações gerenciais, tanto pela aplicação do controle de concentrações pela Comissão Européia, segundo a disciplina do Regulamento nº 4.064/89 (“Regulamento Europeu do Controle de Concentrações”), como pela análise de casos envolvendo práticas restritivas. Aqui o fundamento da defesa da concorrência no mercado interno é levado em conta para justificar a prevenção das externalidades negativas do fenômeno das coligações, dentro do contexto de observância, pela prática da Comissão, dos importantes enunciados dos artigos 81 e 82 do Tratado que institui a União Européia (TCE).¹⁵

2.2. Pressupostos de identificação dos ‘interlocking directorates’

Como visto anteriormente, a questão das coligações gerenciais pode ser analisada sob a ótica da organização da estrutura interna da sociedade e do inter-relacionamento entre agentes econômicos autônomos no mercado. A preocupação estaria, assim, em se verificar a composição dos órgãos decisórios de diferentes empresas e que são ocupados, simultaneamente, pelas mesmas pessoas, em diferentes contextos espaciais. Importante para uma análise societária de relevância para o direito antitruste seria verificar os efeitos sobre a esfera decisória da

Konzern, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1990; H. Pfeiffer, *Die Macht der Banken: die personellen Verflechtungen der Commerzbank, der Deutschen Bank und der Dresdner Bank mit Unternehmen*, Frankfurt, Campus, 1993, pp.54 e ss; D. Ziegler, *Die Aufsichtsräte der deutschen Aktiengesellschaften in den zwanziger Jahren. Eine empirische Untersuchung zum Problem der “Bankenmacht”* in *Zeitschrift für Unternehmensgeschichte* n. 43, 1998, pp.194 e ss. Recentemente, a respeito de importantes pesquisas empíricas e sua aplicação na análise jurídica do problema dos *interlocks*, ver os trabalhos de J.Beyer, *Managerherrschaft in Deutschland?: Corporate Governance unter Verflechtungsbedingungen*, Opladen, 1998, pp.26 e ss.; B.Bokelmann, *Personelle Verflechtungen über Aufsichtsräte, Aufsichtsratsmitglieder mit hauptberuflicher Vorstandsfunktion*, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Wien, Lang, 2000. pp..30 e ss; T. Aschenbeck, *Personenidentität bei Vorständen in Konzerngesellschaften: Doppelmandat im Vorstand*, in *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* n.20, 2000, pp.1015 e ss.

¹⁵ Assim, fundamentalmente, E.M.Milanesi e A.W. Winterstein, *Minderheitsbeteiligung und personelle Verflechtung zwischen Wettbewerbern: Zur Anwendung von Artikel 81 und 82 EG-Vertrag* in Rolfes/Fischer (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Finanzdienstleistungsindustrie*, Fritz Knapp Verlag, Frankfurt a.M, 2001, pp.10 e ss;

empresa. Aqui, a »identidade de pessoas« ou »identidade comum« de membros da direção/administração da sociedade poderia evidenciar o exercício de influência de um agente sobre o planejamento empresarial de seu concorrente, as hipóteses de troca de informações estratégicas e os incentivos delas decorrentes.

A existência dos interlocks está associada à identificação de três pressupostos básicos: (i) que entre as empresas não haja necessariamente uma relação jurídica de intermédio societário contratual, ou seja, para a formação de interlocking directorates são dispensáveis vínculos decorrentes de participação no capital social; (ii) que entre as empresas exista acúmulo de funções deliberativas pelos membros dos órgãos decisórios do ponto de vista societário, a Direção e o Conselho de Administração, variando conforme a disciplina societária nos países; e (iii) que haja o encadeamento ou entrelaçamento decisório a partir do exercício simultâneo dos cargos pelos administradores e executivos das companhias envolvidas.¹⁶

O direito alemão exemplifica a distinção entre as coligações sociais ou pessoais no plano gerencial da empresa e as participações em capital social. No primeiro caso, são denominadas *personelle Verflechtungen* ou, simplesmente, *Personalverflechtungen*. Nesses casos concretizam-se vínculos interempresariais a partir da ocupação comum de cargos decisórios e de fiscalização na empresa. No segundo caso, são relações de participação societária entre as empresas, revestidas de caráter proprietário (*Kapitalverflechtungen*). Os vínculos dessa espécie decorrem das relações recíprocas de participação no capital social umas das outras.¹⁷⁻¹⁸

¹⁶ Várias hipóteses estão associadas à existência de interlocks, como a interconexão entre indivíduos e organizações, exercício de influência sobre a política empresarial, potencial conflito de interesses, fluxos de informação, criação de uma comunidade implícita de interesses externos à empresa e fortalecimento de poder empresarial. Assim, cf. J.Cook, *Corporate and Director Interlocks*, op.cit. (nota 3 *supra*), p.4. Mais uma vez, é possível constatar a possibilidade de manifestação de influência mediata de uma empresa sobre a política decisória da outra, não decorrente de relações de participação acionária, mas da ocupação simultânea de cargos nos órgãos sociais, compartilhados por membros comuns e investidos de plenos poderes sobre decisões estratégicas.

¹⁷ Cf. excelente exposição do problema em B.Bokelmann, *Personelle Verflechtungen*, op.cit. (nota 13 *supra*), pp. 26 e ss. Ainda sobre o tratamento societário das coligações e questões específicas sobre os impactos estruturais na formação dos mercados, cf. F.Morin, “Liaisons financières et coopération des acteurs-systèmes”, in *Revue économique* n. 6 (1994), pp.1459 e ss.

¹⁸ Aqui deve ser feito destaque à pesquisa de T. Aschenbeck, “Personenidentität bei

Muitos problemas poderiam ser analisados, tais como: a preocupação com o compartilhamento e uniformização das decisões estratégicas das empresas num mesmo mercado e os efeitos estruturais que estejam relacionados à concentração entre elas. A ocupação simultânea de órgãos societários por diretores comuns acenaria, por exemplo, para um comportamento préquisitivo da empresa sobre a outra, pela facilitação da troca de informações relevantes. São critérios materiais também auxiliares na análise de comportamentos anticompetitivos.

A resposta a esses problemas pode ser focalizada, primeiramente, na análise societária e contratual dos interlocking directorates, dentro de tópicos de direito administrativo societário. Na análise estrutural das coligações é possível identificar como ele legitima à empresa ao controle externo, aproximando decisões estratégicas de órgãos das empresas e a solução por harmonização de políticas empresariais. Se de um lado, essa prática organizativa tem como finalidade reduzir e racionalizar custos de transação entre os agentes, por outro, a ocupação simultânea de cargos de companhias distintas e autônomas não pertencentes ao mesmo grupo de empresas e à respectiva cumulação de funções servem para determinar critérios pelos quais os efeitos concorrenciais dos interlocking directorates são considerados.

2.3. Análise estrutural e funcional das coligações gerenciais. Estudo de escopo dos interlocks e seu tratamento no direito de empresa

As coligações gerenciais pressupõem o inter-relacionamento das empresas no âmbito dos órgãos decisórios, a partir da cumulação ou ocupação simultânea de cargos por membros que compõem a Direção e o Conselho de Administração numa sociedade. Um estudo de escopo dos interlocks certamente indicaria o interesse na manutenção da coordenação das decisões tomadas pelas empresas relacionadas.

Do mesmo modo, tais estruturas determinam »estados de supervisão« entre os órgãos decisórios, como, por exemplo, aqueles eventualmente

Vorständen in Konzerngesellschaften-Doppelmandat im Vorstand”, in *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* n.20, 2000, pp.1015 e ss., que traz importantes noções conceituais e dogmáticas sobre o problema; Na doutrina brasileira, retomar as importantes considerações de F.K.Comparato, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, op.cit. (nota 13 *supra*), p.55.

existentes entre empresas e suas distribuidoras num dado mercado, entre bancos e suas empresas clientes, entre bancos e seus respectivos órgãos diretores. Em última análise, os interlocks criam »nós decisórios« entre instâncias distintas, que estão separadas apenas pela autonomia formal das empresas envolvidas (a personalidade jurídica).¹⁹

Por essas razões, o caráter »administrativo-societário« dos interlocks apontam para a tendência de os agentes econômicos simplificarem os procedimentos relativos à tomada de decisões estratégicas empresariais. Nesses casos é criado um verdadeiro regime material de compartilhamento decisório, variando conforme as prerrogativas (ação, planejamento, atos relacionados aos negócios) que sejam conferidas aos diretores em comum no âmbito da empresa.

Atribui-se às escolas institucionalistas e sociológicas a primazia no estudo dos interlocking directorates, identificando a existência de redes constituídas por agentes sob fundamentos de cooperação e coordenação. A análise funcional dos interlocking directorates aponta para a redução das etapas decisórias na empresa e a simplificação das hierarquias, especialmente com intuito de buscar a convergência na tomada de decisões.²⁰

O estudo do problema sempre foi permeado pela preocupação sobre as influências recíprocas em setores estratégicos da indústria, tais como transportes, energia elétrica, seguros, e também a influência dos bancos sobre a organização societária de determinadas empresas, especialmente naquelas situações envolvendo financiamento da atividade empresarial por meio de empréstimos e contratos de financiamento de longa duração.²¹ O estudo dos interlocking directorates também é um estudo das esferas de influência

¹⁹ Cf. E.Heemskerk, *Corporate communities, coordination and competition*, in *Research and Study Plans*, Amsterdam, School of Social Sciences, November 2002, pp.3 e ss.

²⁰ Cf. J.M.Pennings, *Interlocking Directorates: Origins and Consequences of Connections Among Organizations' Boards of Directors*, Jossey-Bass, 1980, pp.25 e ss. Como freqüentemente analisado pelos estudos, a função assumida pelas coligações gerenciais é a de redução das fases ou níveis decisórios entre as empresas e grupos de empresas. Com isso, o funcionamento dos *interlocks* permite constatar o escopo de coordenação dessas estruturas. Uma vez reduzidas as etapas e distâncias decisórias das empresas, também é possível se chegar a um estágio de supervisão direta de um dos órgãos societários sobre os outros que a ele estão coligados.

²¹ Cf., nesse sentido, importantes referências empíricas no estudo de B.Tomka, *Interlocking Directorates between banks and industrial companies in Hungary at the beginning of the Twentieth Century*, in *Business History*, vol.43, 2001, pp.25 e ss.

(influence's spheres) entre empresas relacionadas por esse tipo de estrutura, criando níveis de harmonização decisória em muitos setores da indústria.²²

Por outro lado, é importante reconhecer que, do ponto de vista das estratégias e dos comportamentos estratégicos, as coligações gerenciais são instrumentos de acesso e troca de informações em qualquer nível; levam à simplificação da transferência de recursos e de tecnologia, facilitando a criação de mecanismos de coordenação entre políticas empresariais muitas vezes associados aos mercados regionais em que as empresas atuam. Em grande medida, por meio dos interlocks, pode ser instituído um sistema de organização industrial tipicamente orientado pela »mobilidade« da informação, já que ele diz respeito, fundamentalmente, ao componente decisório dos agentes econômicos.

Com relação às políticas da empresa, as coligações gerenciais implicam modificações e ajustamentos estratégicos nos campos decisórios, especialmente no que concerne ao planejamento e atuação dos órgãos societários, enfim, um ambiente propício para que o controle externo se manifeste e seja exercido entre as empresas, quer compartilhado, quer unitário/exclusivo. Com razão, admite-se que os interlocking directorates também se encontram num campo de tensão entre a funcionalidade das estruturas societárias e a atuação da empresa na comunidade, o que inclui seu comportamento nos mercados, propostas de relacionamento com trabalhadores, com consumidores e credores.²³

2.4. Rumo às teorias explicativas e ocorrência dos 'interlocking directorates'

Algumas teorias têm sido utilizadas para explicar os interlocking directorates, basicamente aquelas sobre o controle na empresa e teorias informacionais. As primeiras fazem uma análise econômica das estruturas de coligações gerenciais, especialmente no que se refere aos contratos estabelecidos entre empresas e bancos e os mecanismos utilizados por estes para a proteção do crédito dado em financiamento, tal como acontece com relação à participação de representantes do banco credor nos órgãos de fiscalização da empresa. As teorias da informação, por sua vez, interpretam os interlocking directorates como sendo estruturas de redução das assimetrias informacionais entre os agentes econômicos, num primeiro plano, e, igualmente, entre credores e devedores. Aqui seriam visíveis aqueles casos em que os bancos bus-

²² B.Tomka, *Interlocking Directorates*, op.cit. (nota 21 *supra*), p.30.

²³ Cf. S.B.O'Hagan e M.B.Green, op.cit.(nota 9 *supra*), p.128.

cam se valer de mecanismos para monitorar a saúde financeira e a organização da empresa credora.²⁴

As tradicionais teorias sobre as coligações, em grande parte as norte-americanas, transitaram das linhas baseadas no controle, indo para aquelas fundadas na transferência e trocas de informações privilegiadas e estratégicas entre as empresas envolvidas. A primeira delas, a management theory, sustentava que os interlocks tinham como escopo garantir que os órgãos de administração agissem passivamente, aguardando para se manifestar apenas à medida que fossem impulsionados a fiscalizar a atuação dos diretores. Segunda essa teoria, os interlocks são meramente acidentais e têm pequena importância diante do propósito para o qual foram estabelecidos, isto é, a manutenção de uma política padronizada de fiscalização. Para a hegemony theory, no entanto, as coligações representam muito mais a coesão dos interesses relacionados às áreas decisórias das partes envolvidas. Em última análise, cumprem uma função integrativa, sendo fins em si mesmos e determinantes da hierarquização dos membros relacionados à direção (figuras dos executivos profissionais ou CEO's), mas revestidas de inegável caráter estratégico.

Em estudos recentes, tem-se apontado para a predominância das teorias de path dependence no tratamento dos interlocking directorates. Segundo a orientação norte-americana, a explicação para as coligações decorreria, justamente, de modelos empresariais relacionados à redução de incertezas, como naquelas situações em que os agentes econômicos estejam incentivados a buscar o acesso às informações geradas por fontes externas, ou seja, não produzidas internamente e que teriam fortes impactos em sua organização. Dentre essas fontes, estariam incluídos importantes componentes da política empresarial, tais como a decisão pela transferência de tecnologia e de know how, esquemas de planejamento e linhas de pesquisa para fomento das atividades da empresa.²⁵

Seguindo essas vertentes, é possível observar que a existência de trocas de informações relevantes no domínio das decisões estratégicas da empresa não ocorrem necessariamente por intermédio de relações de participação proprietária (e.g. participação sobre capital social), mas pela possibilidade de os membros dos órgãos decisórios da empresa ocuparem vários ou-

²⁴ Ver nesse sentido C.Mayer, *Financial Systems, Corporate Finance and Economic Development*, in R.G.Hubbard (ed.) , *Asymmetric Information, Corporate Finance and Investment*, Chicago, Chicago University Press, 1990, pp.323 e ss.

²⁵ Cf. S.B.O'Hagan e M.B.Green, op.cit. (nota 9 *supra*), p.129.

tros órgãos simultaneamente. Isso ocorre pelo fato de desfrutarem de prerrogativas especiais a justificar a legitimidade de tais trocas, caso contrário seria possível verificar outras situações indesejáveis na esfera empresarial (violação de informações privilegiadas, segredos industriais, práticas relacionadas ao insider trading em casos de alienação de controle).

Como é possível observar, o objetivo de manutenção de uma determinada coligação gerencial é justamente o de contar com a disposição espacial dos vínculos entre as empresas que assegurem fórmulas simplificadas e racionais de »interação pessoal« nos órgãos decisórios. Revelam-se verdadeiras redes orgânicas (corporate boards networks) que transcendem a estrutura da sociedade individual (modelos típicos de administração/direção) e constituem esferas supra-empresariais de controle.²⁶

Finalmente, é importante observar que os interlocks ocorrem com muita frequência tanto em relações verticais, entre empresas fornecedoras e distribuidoras, bem como instituições financeiras e as empresas tomadoras de crédito (relação financiador/financiado)²⁷, como em relações horizontais, especialmente no processo de distribuição de bens e serviços num mesmo mercado de atuação das empresas envolvidas ou em mercados compartilhados. Em ambos os casos, duas condições comuns para a estruturação das coligações poderão ser identificadas: (i) que haja alocação simultânea de pessoas

²⁶ J.Cook, *Corporate and Director Interlocks*, op.cit., (nota 3 *supra*) p.3. Os *interlocking directorates*, que decorrem muito mais do arranjo do controle e a separação entre este e a propriedade acionária, pela determinação da política pessoal nos órgãos decisórios da empresa, conferem um inegável caráter organizativo à empresa.

²⁷ São vários casos possíveis de serem identificados, como na relação de coligação gerencial entre bancos e empresas-clientes ou entre bancos-bancos. Aqui dá-se com frequência uma espécie de *interlock* voluntário, que se funda nos contratos de financiamento ou de prestação de serviços bancários. Por meio desses contratos, condiciona-se a concessão do crédito pelo banco à ocupação de posições nos órgãos decisórios da empresa tomadora do empréstimo, associada a exigência de direitos de voto em Assembléia geral. O *interlock* é voluntário pois decorre da própria formula dos contratos de financiamento, já que, em última análise, a empresa deverá conceder uma posição de algum de seus cargos de gerência para a instituição financeira, normalmente um diretor desta. Diz-se, com frequência, que as coligações servem de verdadeiros pontos de encontro entre indivíduos das grandes bancos dentro das empresas clientes, podendo inclusive estreitar relações entre bancos e determinados segmentos estratégicos de mercado, como os de informação, tecnologia e produção de insumos. Daí a indissociabilidade entre a fórmula societária utilizada e os possíveis impactos concorrenciais causados.

nas empresas e que estas sejam titulares de posições nos órgãos decisórios (elemento subjetivo dos interlocking directorates) e (ii) o compartilhamento de decisões empresariais, servindo como molde para um sistema de racionalização ou simplificação decisória e trocas de informação ao nível dos órgãos societários das empresas (elemento objetivo dos interlocking directorates).²⁸

3. Os ‘interlocking directorates’ e direito concorrencial. Valoração de critérios materiais auxiliares na aplicação do controle das estruturas e condutas

3.1. Rumo aos aspectos concorrenciais dos ‘interlocking directorates’

Tendo sido examinados aspectos relacionados à função dos interlocking directorates na empresa, é possível chegar à análise concorrencial do problema. A preocupação acerca dessas figuras pode ser identificada tanto no campo das estruturas como nas condutas. Com frequência aparecem associadas às formas de concentração nos mercados e à criação de estruturas cooperativas entre as empresas, bem como aos estímulos a práticas restritivas, colusão e formação de cartéis. As explicações para os efeitos concorrenciais dos interlocks normalmente dizem respeito à questão da troca de informações e a possibilidade de exercício de influência sobre as decisões estratégicas da empresa.²⁹

As diferentes manifestações de coligações gerenciais podem ser valoradas no momento de análise antitruste, como critério material para a determinação da concentração econômica alcançada entre os agentes num determinado mercado e também para os casos envolvendo averiguação de práticas anticompetitivas. Um teste de efeitos dos interlocks permite identificar os vínculos mediatos de cooperação entre as empresas, não fundados necessariamente em direitos decorrentes de relações contratuais, mas da posição ocupada pelos membros nos órgãos decisórios.

²⁸ Assim, cf. E.Heemskerck, *Corporate communities, coordination and competition*, cit. (nota 7 *supra*), p.3.

²⁹ Sobre a discussão, ver especialmente P.R. Haunschild e C.M.Beckman, “When do interlocks matter? op. cit.(nota 2 *supra*), pp. 815 e ss; G.T. Miller, “Interlocking Directorates and The Antitrust Laws”, in *Colorado Lawyer*, Vol. 26, No. 3 (1997), pp.53-57; FTC, *Report of the Federal Trade Commission on Interlocking Directorates*, by U.S Federal Trade Commission, United States, 2000; e W.Möschel, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln/Berlin/Bonn/München, C.Heymanns, 1983, p.475.

Nesses casos, duas são as constatações possíveis. De um lado, são muitos os incentivos para que o fluxo de informações entre as empresas envolvidas por coligações gerenciais seja assegurado e se torne eficiente e estável no tempo. Por outro, existe a possibilidade de uma das partes estabelecer regras formais para a tomada de decisão nos órgãos decisórios de sua concorrente. Isso se estende, igualmente, ao »ajustamento« das estratégias das empresas no mercado por meio de vários setores, desde o campo contábil, societário e o concorrencial propriamente observado.³⁰

3.2. *As coligações gerenciais no controle de estruturas e condutas e a evolução geral dos critérios materiais na análise concorrencial*

Em casos de concentração econômica, a constituição de estruturas decisórias na empresa fundadas na existência de interlocks também poderia sugerir um fator de preocupação concorrencial, especialmente quando os agentes envolvidos já tiverem deixado de atuar no mercado de forma autônoma antes mesmo de um determinado negócio entre eles ter sido concluído. Isso seria decisivo para a análise antitruste no tocante à valoração do estágio pré-concentrativo existente entre as empresas.³¹

No direito alemão, por exemplo, a existência de coligação gerencial entre as empresas concretizava, na antiga versão da lei concorrencial, a fattispecie do controle de concentração (redação do §23, atualmente §37 da

³⁰ Assim porque na literatura tem sido enfatizado que estruturas reticulares, que facilitam a transferência de informações entre os agentes econômicos, aceleram os processos de cooperação entre eles, além de uma hipervalorização da posição privilegiada nos órgãos decisórios da empresa. Cf. P.R. Haunschild e C.M.Beckman, “When do interlocks matter?”, op.cit. (nota 2 *supra*) p. 815; J.Cook, *Corporate and Director Interlocks*, op.cit.(nota 3 *supra*), p.3.

³¹ Talvez aqui melhor se encaixaria o critério previsto no tratamento antitruste dado no Brasil, especificamente o item III.4 do Anexo I da Resolução 15/98 do CADE (“*Relação dos membros da direção do grupo que, igualmente, sejam membros da direção de quaisquer outras empresas com atividades nos mesmos setores das Requerentes*”). A primeira impressão seria justamente toma-lo como importante referencial no controle estrutural e como critério material na análise concorrencial feita pelas autoridades antitrustes, desde questões de tempestividade de apresentação até teste de incentivos para práticas anticompetitivas. A esse propósito, ver especialmente a orientação do direito comunitário europeu (itens 3.4 e 3.5 *infra*).

GWB). A autoridade antitruste deveria verificar se as empresas, por meio dos interlocks, já teriam constituído uma única entidade econômica no mercado.³²

Os casos isolados de coligações gerenciais como hipótese de concentração sempre foram muito raros na prática do Bundeskartellamt em número de notificações apresentadas, porém apareciam, em grande medida, juntamente dos casos de aquisições de ativos e de participação acionária nas empresas. O órgão antitruste alemão observava que os contratos notificados traziam em geral uma verdadeira disciplina sobre a »recomposição pessoal« dos órgãos societários das empresas envolvidas e, também, a quotização dos direitos de veto atribuídos a cada uma delas, determinada pela distribuição de indivíduos comuns nos cargos decisórios das empresas. Naqueles casos, a existência das coligações deveria indicar o fortalecimento da »influência dominante« exercida por uma das partes sobre as decisões estratégicas de sua concorrente, permitindo à autoridade antitruste analisar a concentração alcançada num determinado mercado relevante.³³

Em várias oportunidades, a Monopolkommission alemã também salientou os problemas relativos às coligações gerenciais, comparando-as com a realidade norte-americana. As estruturas empresariais no mercado comum europeu seriam mais propensas aos comportamentos anticoncorrenciais e à formação de cartéis, especialmente considerada a forte influência dos bancos nos grupos de empresas atuantes na Comunidade e no tocante à necessidade de manutenção de linhas de financiamento e de exigência de performance das empresas.³⁴

³² Ver, nesse sentido, a antiga orientação da doutrina à época em W.Möschel, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, cit (nota 29 *supra*), p.475

³³ *idem*, pp. 475-76.

³⁴ Nesse sentido, cf. Monopolkommission, *Kartellpolitische Wende in der Europäischen Union? Zum Weißbuch der Kommission vom 28. April 1999*, itens IV.38 e ss. Em matéria de política antitruste na União Européia, parece ser bem ilustrativo o parecer elaborado pelo órgão alemão, abordando o problema da reforma do direito concorrencial comunitário e a menção aos *interlocks* no mercado comum europeu: “As condições econômicas estruturais nos Estados Unidos são, em geral, mais abertas (do que na Comunidade) e a regulação de mercado é menos disseminada. Isso diminui a capacidade de formação de estruturas cartelizadas duradouras. Nos Estados membros da União Européia, o potencial de cartelização é estimulado mediante coligações gerenciais e formas da participação acionária entre grandes empresas, de um lado, e também entre bancos, de outro. As empresas norte-americanas submetem-se menos à influência de bancos, especialmente porque sua demanda de financiamento pode ser afetada pelo mercado de valores mobiliários

Com a entrada em vigor da 6ª Reforma da lei concorrencial alemã (6.GWB Novelle), em 1998, a regra do controle de concentrações foi revista e as coligações gerenciais deixaram de ser hipóteses isoladas de concentração econômica, por razões evidentes de necessidade de simplificação do procedimento de notificação antitruste. A doutrina fala que elas passaram a ser admitidas dentro dos casos de exercício de »influência relevante do ponto de vista concorrencial«, e, em vista da experiência do direito comunitário, como critérios materiais auxiliares no controle de estruturas e condutas.³⁵

3.3. A especialidade do direito norte-americano e a disciplina antitruste dos 'interlocking directorates'

No direito norte-americano, a disciplina dos interlocks em matéria antitruste foi primeiramente estabelecida na Clayton Act de 1914, associada diretamente às práticas restritivas.³⁶ No início do século XX, o Justice Louis

e pela industria especializada" (*Ferner sind die wirtschaftlichen Rahmenbedingungen in den USA insgesamt offener und Marktregulierungen weniger verbreitet. Das verringert die Fähigkeit zu dauerhafter Kartellbildung. In den Mitgliedstaaten der Europäischen Union wird eine Kartellfähigkeit hingegen durch vielfältige personelle und finanzielle Verflechtungen zwischen Großunternehmen einerseits sowie zwischen Unternehmen und Banken andererseits gefördert. US-amerikanische Unternehmen unterliegen schon deshalb einem geringeren Bankeneinfluß, weil sie bei Finanzierungsbedarf sehr viel stärker auf Wertpapierfinanzierung und die einschlägig spezialisierte merchant Industrie zurückgreifen können.*)

³⁵ Trata-se da redação dada pelo atual §37, Inciso 1, nº4 da GWB, que associa "todo e qualquer vínculo entre empresas que gere influência relevante do ponto de vista concorrencial" à concretização da *fattispecie* da concentração de empresas no direito alemão. Assim, os casos de constituição de coligações gerenciais passaram a meios de exercício de »influência relevante do ponto de vista concorrencial« na empresa. Para uma abordagem contemporânea sobre o problema, são importantes as lições de E.-J.Mestmäcker e W.Veelken in Immenga/Mestmäcker, *GWB-Kommentar*, 3.Auflage, München, C.H.Beck, 2001, pp.1469 e ss. Antes da reforma, ver importantes considerações de M.Paschke, *Der Zusammenschlussbegriff des Fusionkontrollrechts*, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1989, p 63-65, a respeito das controvérsias doutrinárias a respeito da aproximação das coligações gerenciais aos institutos típicos do direito do grupos das sociedades alemão (grupos de fato e de direito, de subordinação e de coordenação).

³⁶ 15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53. O §19 do título 15 da lei enquadra os *interlocking directorates* dentro da disciplina das práticas restritivas.

Brandeis³⁷ questionava o crescimento acelerado de interlocks entre instituições financeiras e grandes empresas concorrentes em alguns setores da indústria, como nas de siderurgia e maquinário pesado.

À época, nas eleições de 1912, o Presidente Woodrow Wilson também discursava contra os trusts norte-americanos, clamado este que levou o Congresso norte-americano a aprovar, na quase totalidade, as regras previstas na Seção VIII da Clayton Act, dentre elas a proibição da constituição de interlocking directorates entre concorrentes.³⁸ Desde então, a política antitruste nessa área foi tratar do controle de práticas restritivas resultantes de coligações gerenciais, especialmente com relação à colusão e negociação compulsória.³⁹

A mesma linha aparecia na lei dos interlocks financeiros, a Depository Institution Management Interlocks Act of 1978, que havia sido sancionada, inicialmente, com intuito de prevenção da cumulação de cargos de gerência por membros de uma instituição financeira em outra empresa pertencente ao

³⁷ *Other People's Money and How the Bankers Use It*, New York, Frederick Stokes, 1913, §§ VII e ss.

³⁸ Assim, a redação do §19 da Seção VIII da *Clayton Act* vigente: “1(a) No person shall, at the same time, serve as a director or officer in any two corporations (other than banks, banking associations, and trust companies) that are engaged in whole or in part in commerce; and by virtue of their business and location of operation, competitors, so that the elimination of competition by agreement between them would constitute a violation of any of the antitrust laws; - if each of the corporations has capital, surplus, and undivided profits aggregating more than \$10,000,000 as adjusted pursuant to paragraph (5) of this subsection.

Notwithstanding the provisions of paragraph (1), simultaneous service as a director or officer in any two corporations shall not be prohibited by this Section; if

- the competitive sales of either corporation are less than \$1,000,000, as adjusted pursuant to paragraph (5) of this subsection;

- the competitive sales of either corporation are less than 2 per centum of that corporation's total sales; or

- the competitive sales of each corporation are less than 4 per centum of that corporation's total sales.”

³⁹ G.T. Miller, “Interlocking Directorates and The Antitrust Laws”, op.cit. (nota 29 *supra*), pp.53 e ss. É importante observar, igualmente, que há muito tempo o FTC vem se preocupando com o tema, especialmente com recomendações sobre a desconstituição de coligações gerenciais em importantes casos, como os dos *interlocks* da Alcoa Inc. e entre General Electric e Chrysler, ainda no começo da década de 70. Assim, ver ***Annual Report of the Federal Trade Commission For the Fiscal Year Ended June 30, 1973***, p.22

mesmo grupo de empresa ou atuante no mesmo setor de atividades e região. Os dispositivos do Interlocks Act de 1978 são tratados como *lex specialis* em relação à Seção VIII da Clayton Act.⁴⁰

Também em disciplina especial, os interlocks apareceriam disciplinados no Federal Aviation Act of 1958⁴¹, que partia de uma política legislativa de proibição dessas estruturas na indústria de aviação, seguindo a orientação admitida, primitivamente, na Clayton Act. O órgão regulatório do setor podia exercer controle sobre coligações gerenciais, fusões, aquisições e acordos entre as companhias, bem como determinar a desconstituição das mesmas. Somente em 1978, com a reforma promovida pela Airline Deregulation Act of 1978, é que essa atribuição deixou de ser exercida pela autoridade.⁴²

A Seção VIII da Clayton Act admite uma regra geral, e ao mesmo tempo rígida, de proibição das coligações gerenciais para aqueles casos envolvendo empresas concorrentes num mesmo mercado. Ali existe a previsão de que “nenhuma pessoa servirá como membro da direção ou cargo relacionado à gerência em duas empresas que atuem no mesmo setor de atividades, ou que sejam concorrentes por conta de seus negócios, de tal modo que os acordos entre elas possam resultar em violação das leis antitrustes”.

Por décadas tal regra manteve-se inalterada, tendo sido modificada pela reforma levada a cabo com a Antitrust Amendments Act of 1990.⁴³ A partir de então a proibição dos interlocks foi flexibilizada por meio de »patamares« que afastam o controle das coligações gerenciais em três hipóteses: (i) que as vendas das empresas concorrentes (o faturamento bruto para todos os produtos e serviços comercializados por uma delas em relação a outra) seja menor que US\$1.000.000, valor este atualizado anualmente pelo FTC; (ii)

⁴⁰ Em outras leis disciplinando indústrias específicas, também existe tratamento especial para os *interlocks*, como na *Public Utility Holding Company Act of 1935*, entre empresas estatais e suas subsidiárias, a *Communications Act of 1934*, com relação às empresas de telefonia e suas subsidiárias, e a *Investment Company Act of 1940*, no que concerne às sociedades de investimento e seus investidores.

⁴¹ 49 U.S.C. §§ 408, 409, 412

⁴² Como acontece em outros setores de atividades da indústria, a divisão antitruste do *Department of Justice* passou a verificar as concentrações no setor aéreo. O mesmo vale para o controle exercido sobre as coligações gerenciais conforme disciplinadas na Seção VIII do *Clayton Act*.

⁴³ Pub. L. No. 101-588, 104 Stat. 2879 (1990).

que as vendas realizadas por ambas empresas correspondam a menos de 2% do total de produtos e serviços ofertados, e (iii) que a vendas de cada empresa corresponda a menos de 4% de seu faturamento total.⁴⁴

A aplicação da regra dos interlocks na Clayton Act está limitada a casos bastante restritos, uma vez que identifica as coligações gerenciais apenas nas hipóteses de relações horizontais entre as empresas.⁴⁵ Outras (e inúmeras) situações estariam fora do escopo de aplicação da Seção VIII, especialmente no caso de relações verticais e intra-grupais. Em alguns casos, como em *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*⁴⁶ e *Burnup & Sims, Inc. v. Posner*⁴⁷, a Suprema Corte afastou a aplicação da Seção VIII no caso de coligações gerenciais em grupos, como entre empresa controladora, holdings e suas subsidiárias integrais. Não haveria porque considerar a proibição antitruste de interlocks consti-

⁴⁴ Cf. nota 39 *supra*. O §19 1(a)(5) da Seção VIII estabelece a regra de revisão periódica, pelo FTC, de tais patamares, baseando-se nas variações do produto interno bruto norte-americano. A referida autoridade assume a interpretação de que uma coligação gerencial será desconstituída, se pelo menos dois dos pressupostos estabelecidos na Seção VIII, §19 1(a), já tiverem sido verificados. Duas concorrentes, por exemplo, estariam submetidas ao controle se cada uma tiver capital, excedentes financeiros e reservas totalizando mais de 10 milhões de dólares (FTC, *File No. P859910*, Federal Register n.64, p.1628, dated as of January 11, 1999).

⁴⁵ Cf., fundamentalmente, R.Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy War with Itself*, New York, The Free Press, 1993, pp.167 e ss; R.Posner, *Antitrust Law*, 2nd Edition, Chicago Univ. Press, 2001, pp.102 e ss, ao tratar das práticas restritivas. Assim, ver, ainda, a opinião de G.T.Miller, “Interlocking Directorates and The Antitrust Laws”, *op.cit.* (nota 29 *supra*), p53: “*The statute clearly requires a horizontal, competitive relationship between the two companies in requiring that they be “competitors, so that the elimination of competition by agreement between them would constitute a violation of any of the antitrust laws.” Factors to consider in determining whether the corporations compete include whether their products are interchangeable, whether the industry and customers recognize the products as competing, whether production techniques are similar, and whether the products have distinctive customers. The statute appears to apply only to actual competition; potential competition is not enough.*”

⁴⁶ 467 U.S. 752, 771-74 (1984). No caso em questão, contudo, tanto o *Department of Justice* como o FTC assumiram a orientação de que a Seção VIII seria também aplicável quando diferentes indivíduos, representando uma mesma empresa, ocupem cargos de gerência ou atuem como diretores em empresas concorrentes. Os órgãos também entenderam que a Seção VIII se aplica mesmo quando se tratarem de subsidiárias que concorram com as empresas do mesmo grupo e suas controladoras.

⁴⁷ 688 F.Supp. 1532, 1534 (S.D.Fla. 1988).

túidos entre empresas pertencentes a um mesmo grupo, já que a finalidade da Seção VIII seria atingir práticas restritivas específicas e não, necessariamente, tomar parte da disciplina societária da empresa.⁴⁸

Vale ressaltar, ainda, que as conseqüências decorrentes da violação da Seção VIII pelas empresas não são tão severas se comparadas com outras sanções no conjunto de práticas restritivas da Clayton Act. Os indivíduos que ocupem os cargos simultâneos em uma determinada coligação gerencial entre as empresas não estão, por exemplo, sujeitos a sanções penais. A intervenção levada a cabo pelas autoridades norte-americanas é fundamentalmente corretiva, com vistas a eliminar o interlock ilegal (que esteja, portanto, enquadrado na Seção VIII) e desestimular futuras coligações. Da mesma forma, as empresas concorrentes e os acionistas das empresas participantes da coligação gerencial estão legitimadas à propositura de ações privadas com base na Seção XVI da Clayton Act.⁴⁹

3.4. *Evolução recente do tema das coligações gerenciais no direito comunitário europeu*

No direito comunitário europeu existe uma recente discussão sobre os interlocks identificados em casos de concentração envolvendo negócios de aquisição de participação minoritária na empresa, analisados pela Comissão Européia. O órgão havia lançado sua preocupação com relação aos efeitos concorrenciais decorrentes da »cumulação de formas« de coligações gerenciais entre as empresas junto com a questão do exercício de »influência relevante do ponto de vista concorrencial« por meio de participação minoritária na empresa.⁵⁰ Já há muito tempo concebia-se a importância da análise dos interlocks na constatação de riscos potenciais à concorrência apenas em casos de colusão e demais práticas restritivas, muito mais do que seria em relação à preocupação do tema no controle das concentrações.⁵¹

⁴⁸ Nesse caso, a Suprema Corte interpreta a aplicação da Seção VIII da *Clayton Act*, entendendo que negócios entre empresas, filiais comuns e subsidiárias se justificam pelo critério de organização das estruturas societárias no grupo. Os *interlocks* eventualmente constituídos não estariam, ali, enquadrados na vedação antitruste.

⁴⁹ Sobre esse aspecto, ver a abordagem de G.T. Miller, "Interlocking Directorates and the Antitrust Laws" op.cit. (nota 29 *supra*), p.56.

⁵⁰ Cf. E.M.Milanesi e A.W. Winterstein, *Minderheitsbeteiligung und personelle Verflechtung*, op.cit (nota 15 *supra*), pp.14 e ss.

⁵¹ Idem, p.14.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades (TJCE), por sua vez, concebeu os interlocks como hipótese de exercício de influência sobre as decisões estratégicas na empresa, e posiciona a questão em torno do postulado da “autonomia gerencial dos agentes econômicos” e sua consideração como fórmula geral de análise para os casos envolvendo condutas.⁵² É curioso observar que, no direito comunitário, diferentemente do que acontece no direito norte-americanos, o problema dos interlocks também passou à realidade do controle estrutural. Aqui, são enfatizados mecanismos de intervenção sobre as formas de influência sobre comportamento das empresas, daí porque são frequentes casos de correção estrutural nos mercados.

É possível verificar que, no direito comunitário, o controle dos efeitos distorcidos das coligações gerenciais tem sido realizado preventivamente, na interpretação que a Comissão dá aos artigos 81 e 82 do TCE. Ele se justifica pela advertência quanto ao fortalecimento de posição dominante da empresa e seu exercício abusivo, condenável na visão comunitária. Na concepção da Comissão, esses efeitos podem ser mitigados ou evitados quando houver tutela da «concorrência efetiva» nos casos de concentração notificados pelas empresas da Comunidade.⁵³

Essa concepção justificaria intervenções sobre a constituição dos interlocks, que poderiam contribuir, na visão comunitária, para a elevação de posição dominante da empresa no mercado comum interno. Embora um consenso a respeito não tenha sido alcançado, uma primeira concepção desponta da atividade jurisdicional do TJCE no que se refere ao problema.⁵⁴ O Tribunal

⁵² Assim a jurisprudência do TJCE reitera que a autonomia gerencial da empresa em matéria concorrencial responde pela literalidade da premissa de que cada agente econômico deve poder decidir independentemente de outro sobre como sua política empresarial/societária/decisória deve ser concebida e seguida. Alguns casos merecem destaque, por refletirem o pioneirismo da análise feita pelo Tribunal, como em *Suiker Unie/Kommission*, 1975, p. 1663, §§173-75, *Hercules Chemicals NV/Kommission*, T-7/89, 1991 e *Limburgse Vinyl Maatschappij NV*, T-305/94, decisão de 20 de abril de 1999.

⁵³ Cf. E.M.Milanesi e A.W. Winterstein, *Minderheitsbeteiligung und personelle Verflechtung*, op.cit (nota 15 *supra*), p. 14 e ss.

⁵⁴ No caso *Philip Morris/Rothmans*, o TJCE determinou a desconstituição de coligações gerenciais existentes entre as empresas que notificavam uma aquisição de participação minoritária. Isso significou uma intervenção estrutural para mitigar a influência exercida por determinado agente econômico sobre seu concorrente. No caso em tela, a participação minoritária existente já conferiria poderes de veto à sociedade adquirente; este era incrementado com a existência dos *interlocks*. Cf. item 3.4.1

revelou, todavia, a preocupação com a identificação dos efeitos concorrenciais de determinadas coligações gerenciais, especialmente quanto a constatação de incentivos às práticas restritivas associadas à transferência ou compartilhamento de informações relevantes na empresa.

Como esse tema ainda não está bem sedimentado na visão da Comissão Européia e do Tribunal de Justiça das Comunidades, seria interessante observar como alguns casos foram tratados. O item a seguir exemplifica alguns deles.

3.4.1. Estudo de caso: teste da hipótese concorrencial das coligações gerenciais na jurisprudência do TJCE

A jurisprudência do TJCE identifica diversas situações em que os interlocking directorates foram considerados mecanismos de cooperação entre os agentes econômicos e incentivos a determinadas condutas colusivas entre empresas, constatadas a partir de casos submetidos a controle estrutural.⁵⁵ No âmbito de aplicação dos artigos 81 e 82 do TCE, o número de casos que tocam, direta e indiretamente, o problema dos interlocks é bastante reduzido, porém alguns deles partiram de casos de grande repercussão no histórico das decisões do Tribunal.

No caso Philip Morris/Rothman⁵⁶, o TJCE identificou a ocorrência de coligação gerencial entre os grupos Philip Morris e Rothman Holdings. As empresas haviam notificado a aquisição, pela Philip Morris, de participação minoritária na Rothman Holdings, empresa que controlava a Rothman International, concorrente da Philip Morris no mercado de cigarros. Entre a empresa adquirente e a Rembrant, pertencente ao grupo Rothman, inúmeros interlocks haviam sido constatados. No momento de conclusão do negócio, eles deveriam ser extintos e, como resultado, as competências da Direção da Rothman seriam simplesmente transferidas para a Rembrant.

⁵⁵ Curioso observar que tais constatações partiram do controle preventivo de concentrações no sistema comunitário e não, necessariamente, no controle preventivo. O TJCE, por exemplo, em sede de revisão das decisões da Comissão Européia em matéria de controle de concentrações, acabou analisando os efeitos concorrenciais dos *interlocks*, testando hipóteses de cooperação e incentivos à condutas anticompetitivas entre os agentes econômicos.

⁵⁶ TJCE, 142, 156/84, ECR 4487 (1987), *British American Tobacco Ltd. and R.J.Reinolds Industries Inc/Commission*.

Com o intuito de justificar sua preocupação com os vínculos cooperativos entre as partes notificantes, o Tribunal determinou que a adquirente vendesse sua participação na Rothman e, em segundo plano, a desconstituição dos interlocks, que serviriam, no caso em tela, para consolidar o controle da Philip sobre a empresa adquirida (conversão de estado de controle de fato para controle minoritário interno com efeitos concorrenciais). Na visão das partes, no entanto, as coligações gerenciais representariam a mera constatação de um »arranjo conjunto« das competências decisórias atribuídas aos diretores em comum e que foram estabelecidas nos Estados Unidos sem quaisquer impactos sobre mercado comum europeu.⁵⁷

Após a decisão proferida, a Philip Morris não poderia mais ser representada por seus diretores nos órgãos de gerência da Rothman, e ambas deveriam se abster de intercambiar informações concorrenciaismente relevantes.⁵⁸

Em direção contrária à orientação anterior, no caso British Telecom/MCI⁵⁹, o TJCE se manifestou sobre o recurso das empresas contra a decisão da Comissão Européia sobre a reprovação da aquisição de participação de 20% do capital da MCI pela British Telecom e, simultaneamente, da consti-

⁵⁷ Aqui foi identificada a influência que os *interlocks* exerceram sobre a conclusão do negócio entre as empresas, contribuindo para definir a estratégia da Philip no tocante à aquisição realizada na concorrente. Por essa razão, o TJCE entendeu que seria uma conversão entre um estado de controle de fato (material) para o controle minoritário interno, com efeitos concorrenciais sobre a empresa sobre a qual foi adquirida a participação minoritária. Orientação semelhante foi seguida no caso *Enichem/ICI* (Caso IV/31.846, decisão de 22 de dezembro de 1987), em que o TJCE analisava os impactos resultantes de uma *joint venture* para produção de PVC e a elevada concentração gerada pelo negócio no mercado de derivados de polivinil. Como condição para aprovação do negócio a Comissão tinha determinado que empresas não poderiam manter as coligações gerenciais existentes, restrição que foi mantida pela decisão do TJCE.

⁵⁸ Aqui o TJCE aponta para o reconhecimento de que (i) uma aquisição de participação minoritária pode se constituir meio de influência sobre o comportamento empresarial dos agentes, com significativa probabilidade de intensificação das restrições à livre concorrência, rumo à concentração econômica - que não era desprezível no caso em questão - e também às condutas anticoncorrenciais e (ii) que as empresas, em razão das coligações gerenciais, não poderiam fortalecer os vínculos cooperativos entre elas já existentes e não mais trocar informações relevantes que tivesse como resultado efeitos restritivos sobre a concorrência no mercado. Assim, cf. E.M.Milanesi e A.W. Winterstein, *Minderheitsbeteiligung und personelle Verflechtung*, op.cit. (nota 15 *supra*), pp.5 e ss

⁵⁹ TJCE, Caso IV/34.857, decisão de 27 de julho de 1994.

tuição de uma joint venture. Além do negócio principal, contratos acessórios foram firmados a fim de estabelecer interlocks entre as empresas.

Dentre as obrigações estabelecidas, a British Telecom assumiria o compromisso de aquisição gradativa de percentuais de participação superiores a 20% na MCI, até o limite do efetivo controle majoritário, além de mútuas concessões entre as empresas sobre a ocupação simultânea dos órgãos de gerência por meio de interlocks cruzados. Enquanto a Comissão enfatizava que as coligações assim constituídas seriam utilizadas para incentivar a coordenação de comportamentos entre as empresas, especialmente por conta da facilidade de acesso da British Telecom sobre as informações e decisões estratégicas da MCI, o TJCE tomava outra posição. Considerou que os vínculos existentes entre as notificantes não seriam tão fortes a ponto de influenciar a política concorrencial de uma delas, no caso, a MCI. A decisão da Comissão foi anulada e o Tribunal decidiu pela não subsunção do negócio notificado aos dispositivos do Regulamento Europeu de Controle de Concentrações.⁶⁰

Em todos esses casos, a orientação do Tribunal parece ser compreensível, já que a realidade concebida no sistema dos artigos 81 e 82 do TCE concentra-se na defesa da concorrência no mercado interno, daí porque a preocupação maior se dá em relação aos impactos dos interlocks sobre as estruturas empresariais existentes no âmbito da Comunidade. Na maioria dos casos, a aplicação destes dispositivos do Tratado está condicionada a verificação das hipóteses de restrições à concorrência ou fortalecimento de posição dominante. Ali predomina o controvertido teste de desempenho, equalizado pelo o trinômio clássico »estrutura/comportamento/resultados«, ficando a constatação de que o TJCE assume uma interpretação mais flexível sobre os interlocks entre empresas.

O parâmetro encontrado pelo Tribunal no julgamento dos casos foi o de relação entre o compartilhamento de informações concorrencialmente relevantes entre agentes econômicos e os efeitos sobre uma eventual elevação da posição dominante das empresas no mercado interno. Ao focar sua análise na

⁶⁰ Também em *Olivetti/Digital* (TJCE, Caso IV 34.410, decisão de 11 de novembro de 1994), a Comissão analisava a questão da transferência das competências da Direção da Olivetti por meio das coligações gerenciais existentes entre as empresas envolvidas. Isso seria, na verdade, efeito imediato da celebração de acordos de votos específicos de participação de membros da Direção da sociedade Olivetti sobre a Direção da Digital. A Comissão não teria considerado, adequadamente, os incentivos resultantes da coligação gerencial entre as empresas, especialmente com relação à troca de informações.

constatação dos interlocks, bem como a intensidade da troca de informações entre os agentes e a qualidade das decisões que são influenciadas (se “estratégicas” nas áreas de atividade das empresas, se “relevantes” para as relações de competição no mercado de que se trate), o TJCE tem apontado para uma preocupação com os incentivos para práticas colusivas entre as empresas. Aqui, portanto, o caminho percorrido foi de valoração dos interlocks no controle estrutural e sua projeção no campo do controle de comportamentos.⁶¹

4. Conclusões

As constatações até agora examinadas, sobre a importância das ligações gerenciais na empresa e sua valoração no direito concorrencial, apenas retomam sua importância lógica e prática no momento de aplicação do controle de estruturas e de condutas, e portanto, fundamentais para incremento dos escopos de defesa da concorrência. A partir dos interlocks é possível verificar hipóteses envolvendo o exercício de influência pela empresa sobre as decisões estratégicas da concorrente (dentro daquelas categorias societário-concorrencias da »influência dominante« e «influência relevante do ponto de vista concorrencial»), a simplificação das etapas de determinados negócios (e.g. aquisições de ativos e de participação na empresa), além da formação de estruturas cooperativas, uniformização de comportamentos nos mercados e determinadas políticas comerciais e demais incentivos a práticas restritivas.

Como visto, a grande contribuição do direito norte-americano nesse campo está justamente na valoração dos interlocks no âmbito das práticas restritivas, como aparecem na Seção VIII da Clayton Act, e que estão, entretanto, adstritas aos casos que realmente apresentem efeitos distorcidos para a concorrência no mercado. O mesmo pode ser dito em relação ao direito comunitário europeu, já que a preocupação concorrencial suscitada pelos interlocking directorates estaria, justamente, na possibilidade de eles produzirem efeitos ne-

⁶¹ Na opinião de E.M.Milanesi e A.W. Winterstein, *Minderheitsbeteiligung und personelle Verflechtung*, op.cit. (nota 15 *supra*), p.4, a orientação adotada pelo direito europeu se inclina para a preocupação de que existe elevação de riscos concorrenciais associados às coligações, como o compartilhamento de informações relevantes entre as empresas no mercado. Os autores enfatizam: “(...) *Interlocking directorships zwischen Wettbewerbern bergen die Gefahr der Weitergabe wettbewerbsrelevanter Information in sich*”. (Interlocks entre concorrentes escondem em si o perigo de transferência de informações relevantes do ponto de vista concorrencial)

gativos sobre estruturas de competição no mercado interno, seja por meio de negócios tendentes à concentração (quando a coligação favorecer essa situação, mas nunca lhe ser causa), seja por comportamentos anticoncorrenciais (quando estimularem condutas colusivas e práticas restritivas entre as empresas).

Mais uma vez, espera-se aqui ter sido verificada a importância da figura analisada como critério material de análise concorrencial. Constatados os interlocks, as autoridade antitrustes poderiam, no momento de exame preventivo, sugerir recomendações ou corretivos estruturais para a redução da influência exercida por uma das empresas sobre a política decisória de sua concorrente, como bem teria exemplificado a praxis comunitária nesse campo. Assim, estariam a afirmar, igualmente, os conceitos funcionais de »influência dominante« e »influência relevante do ponto de vista concorrencial«, tão importantes para a aplicação do direito concorrencial.

Por outro lado, no campo das condutas, nem seria necessário aprofundar as hipóteses em que os interlocks apareçam como incentivos aos agentes econômicos para práticas anticompetitivas. Antes de mais nada apontam para indícios que podem ser levados em consideração no momento de averiguação da conduta pela autoridade antitruste.

O presente trabalho pôde lançar algumas considerações a respeito do tema dos interlocking directorates no direito concorrencial. Sua contribuição reside na proposta de valoração de critérios de análise dentro do contexto de defesa da concorrência.

Americana/São Paulo, 5 de outubro de 2004.

A EVOLUÇÃO DA REGULAÇÃO DO MERCADO DE AVIAÇÃO CIVIL NO BRASIL E SEUS IMPACTOS SOBRE A CONCORRÊNCIA

Leandro Alexi Franco

1. Introdução

O transporte aéreo de passageiros no Brasil historicamente foi caracterizado como um mercado sob o rígido controle do Estado. À indústria de aviação eram impostas barreiras legais à entrada de novas empresas e uma forte intervenção do Estado no planejamento empresarial das companhias em operação. Fazia parte desse arcabouço regulatório a definição e segmentação das rotas a serem operadas, o controle sobre a oferta de vôos e o controle tarifário das passagens. Sua importância para a construção de uma eficiente infra-estrutura de transportes e os impactos desse mercado sobre a economia nacional – embora as justificativas para a regulamentação nunca tenham sido exclusivamente de natureza econômica – consistiam nos principais argumentos para a forte presença do Estado.

Mas a mudança de paradigma veio ao longo da década de 1990. Influenciado pelo processo de reestruturação do setor aéreo ocorrido nos Estados Unidos em décadas anteriores e, principalmente, por uma mudança de política pública nacional na tentativa de uma “Reforma do Estado” brasileiro, iniciou-se um processo de flexibilização do rígido controle que sempre caracterizou o setor. No entanto, a essa mudança com base em modelos estrangeiros, não baseada em um projeto de reestruturação que levasse em conta as peculiaridades da indústria nacional, seguiram-se as mais diversas conseqüências: insatisfação do empresariado nacional, acostumado com os benefícios oriundos de um mercado de preços e entrada controlados; aumento da concentração do mercado; competição predatória e crise do setor. Por outro lado, não se pode negar seus efeitos positivos. A eliminação de barreiras à entrada em rotas de alto potencial competitivo aumentou a rivalidade entre as empresas. A entrada de novas operadoras com uma política comercial diferenciada provocou a redução, ainda que não muito significativa e duradoura, do preço das passagens e a necessidade de adoção de novas estratégias de competição, principalmente pela diferenciação do produto.

Ao lado dessas alterações no modelo regulatório brasileiro, surgiram novas preocupações dos órgãos de defesa da concorrência com os conse-

qüentes impactos concorrenciais¹. Depois de uma regulação² rígida, que reduzia a participação da política antitruste, a desregulação resultou em uma

¹ O caso brasileiro mais famoso e recente de formação de cartel entre companhias aéreas teve sua discussão iniciada em março de 2000, com a instauração de processo administrativo junto ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O relatório da SEAE informou que em agosto de 1999, os presidentes das quatro maiores companhias aéreas do Brasil reuniram-se em um hotel na cidade de São Paulo. Apenas seis dias depois do encontro, os preços dos vôos entre os aeroportos centrais do Rio de Janeiro e de São Paulo subiram, no mesmo dia e na mesma quantidade, 10%. Segundo a SEAE, não havia explicação para a escolha daquele dia específico e para aquela porcentagem de aumento. Não se observou a ocorrência de qualquer fator externo ou governamental que induzisse o reajuste no percentual e na data acordados, da mesma forma que não se constatou nenhuma alteração significativa no custo das empresas que justificasse o aumento. As companhias, como estratégia de defesa, argumentaram que o aumento de preço foi resultado de uma conduta freqüente na indústria aérea, o *price leadership*. Atribuíram o aumento uniforme ao uso comum do sistema computadorizado ATPCO. Este sistema é uma base de dados de tarifas composta pelas 700 maiores companhias aéreas por todo o mundo. As companhias alegam que através do monitoramento diário do sistema, identificaram, no dia 6 de agosto de 1999, o aumento de preço publicado pela companhia líder, a Varig, que se tornou efetivo três dias depois. A SEAE concluiu que, embora possível, seria improvável que o aumento tenha sido motivado pelas companhias simplesmente por observar o sistema ATPCO, sem uma prévia troca de informações. Para a Secretaria, o tempo entre a fixação do preço pelo suposto líder e a reação da segunda companhia teria sido muito curto e insuficiente para viabilizar o mecanismo de liderança de preço. De acordo com as próprias companhias, demoraria pelo menos 50 minutos para alimentar o sistema. Além disso, o relatório identificou uma ferramenta anticompetitiva empregada pelas companhias para a troca de informações sobre o planejamento de preços através do sistema ATPCO, o *first ticket date*. Este comando permite às companhias disseminar informações para outras sobre um novo preço, indicando a data de início de vigência da nova tarifa, mas sustentando esta informação no sistema eletrônico de reservas. Durante esse tempo, somente as companhias teriam acesso a essa informação. Com isso, caso o aumento de preços não fosse acompanhado pelos competidores, a primeira companhia poderia simplesmente cancelar a mudança de preço. A SEAE entendeu que o uso do *first ticket date* no sistema ATPCO é potencialmente prejudicial para a competição no setor. O sistema aumentaria o potencial risco de coordenação entre os agentes, sem a correspondente redução dos custos de busca ou a criação de melhores condições de comparação de preços para os consumidores. Entretanto, em julgamento no CADE, o voto do Conselheiro Relator Thompson Andrade, acompanhado pela presidente Elizabeth Farina, concluiu justificável o paralelismo de preços diante da inexistência de indícios de uso de ferramentas do sistema ATPCO para coordenar um aumento de preços. A própria dinâmica concorrencial do mercado, caracterizado por uma grande

rápida expansão no número de cooperações e alianças entre as companhias aéreas³⁻⁴. No entanto, essa desregulação sem um planejamento dentro do con-

homogeneidade do produto, similaridade de custos e amplo acesso a informações sobre tarifas e assentos, indicaria a rivalidade entre as empresas e o acompanhamento de alterações tarifárias é prática concorrencial comum no mercado. Em oposição, os votos de vista dos demais conselheiros do CADE condenaram as empresas por acordo de preços e conduta comercial concertada (art. 20, I, c.c. o art. 21, I e II, da Lei 8.884/94).

² 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.

³ A forma mais comum de aliança entre companhias aéreas é o acordo de *codeshare*, que representa uma disponibilização recíproca de assentos em determinadas rotas. O acordo permite que as partes obtenham diminuições de custos, desenvolvimento da rede com maior número de negócios, melhor planejamento dos vôos e melhor organização de seus sistemas internos, trazendo benefícios para os consumidores. O *codeshare* pode ser desenhado de duas formas: (a) *codeshare “block space”*, em que a quantidade de assentos que poderá ser vendida pela companhia parceira é previamente definida; geralmente, a empresa parceira adquire os assentos antes de submetê-los ao público, arcando com o risco da venda posterior; e (b) *codeshare “free flow”*, no qual cada companhia poderá vender assentos na aeronave da outra sem uma rígida repartição do número a ser ofertado. Apesar dos benefícios e redução de custos, os acordos de *codeshare* trazem constante preocupação para os órgãos de defesa da concorrência. Dependendo das condições estruturais do mercado e da amplitude do acordo, a aliança pode ter como objetivo restringir a concorrência através da repartição de mercados e da provável fixação de preços. O exemplo mais preocupante são os casos de *code share “free flow”*. Por ser um acordo flexível, em que cada empresa poderá vender assentos na aeronave da outra sem uma rígida e estrita repartição do número a ser ofertado, a receita do vôo fica toda por conta da companhia operadora. De outro lado, a empresa parceira recebe uma comissão previamente definida no contrato (um percentual referente ao valor de face da passagem vendida pela parceira) para cobrir os custos com o marketing e a venda das passagens. Ou seja, toda a receita e o custo pelo marketing e venda da passagem ficam por conta da operadora; a empresa parceira, por sua vez, possui um risco econômico baixo ou nulo. Em razão desse sistema de repartição de

texto nacional levou o setor, caracterizado por condições estruturais que favorecem a cartelização e colusão entre os agentes⁵, a um ambiente de não competição, do qual não foi possível se obter os benefícios decorrentes da introdução da concorrência.

Dentro desse contexto, ao apresentar a evolução histórica da regulação do mercado de aviação civil, pretende-se, em primeiro lugar, demonstrar quais os fundamentos que justificaram a forma adotada de intervenção do Estado e, a partir de seus resultados, expor a razão da dificuldade de alteração desses paradigmas

receitas, não há incentivo para a empresa parceira concorrer com a operadora. Em virtude da remuneração da empresa parceira estar previamente definida em contrato, o risco da operação para esta é praticamente nulo, portanto, não há incentivo econômico para concorrer no preço da passagem que irá vender no voo da operadora. A parceira, portanto, não assumia risco por não vender assentos e nem mesmo sua margem de lucro variava significativamente com o aumento da quantidade que ela vendesse. A política tarifária ficava totalmente por conta da companhia operadora do voo e, conseqüentemente, tenderia a um equilíbrio cooperativo entre as empresas. Nesse sentido, diversos foram os casos analisados pela Comissão Européia. (SAS/Maersk Air – COMP.D.2 37.444; e Lufthansa/Austrian Airlines – COMP 37.730). Dois casos interessantes foram analisados pela Autoridade Antitruste italiana, os acordos entre Alitalia e Meridiana e Alitalia e Volare.

⁴ No Brasil, o mais significativo desses acordos foi firmado em fevereiro de 2003, quando as empresas aéreas Varig e TAM realizaram um acordo de *codeshare* como meio inicial para a reestruturação das empresas. Diante das constantes alterações no mercado e da indefinição, a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda iniciou uma análise sobre os impactos do *codeshare* para a concorrência. A Nota Técnica divulgada pelo órgão constatou indícios de que a cooperação anunciada pelas empresas aéreas era, na prática, mais extensa do que o compartilhamento de voos. As companhias estariam aproveitando o acordo de cooperação para reduzirem de maneira concertada a oferta, retirando voos com taxas de ocupação que superavam o necessário para atingir os seus custos. Ou seja, segundo a SEAE, diversos voos lucrativos estavam sendo retirados em rotas em que as empresas operavam em *codeshare*. Todos os indícios apontariam para a conduta concertada, pois não haveria racionalidade para que uma companhia aérea retirasse voos lucrativos de circulação se a própria manutenção da capacidade ociosa é estratégia de competição das companhias. Com base nessas conclusões, a Secretaria de Acompanhamento Econômico recomendou ao CADE a proibição das operações em *codeshare*.

⁵ Diversas são as condições que facilitam a colusão. Os sistemas eletrônicos de reservas e o sistema ATPCO permitem o acompanhamento da política de preços dos concorrentes com baixo custo de monitoramento. A pulverização da demanda impede a existência de um grande comprador com poder de pressão sobre os vendedores. Estruturalmente, a alta concentração do mercado e a baixa elasticidade-preço da demanda, alia

no início da década de 1990. Em seguida, da mesma forma que procurar-se-á criticar o intervencionismo excessivo, que produziu órgãos capturados e barreiras que impediam a concorrência, também chamar-se-á a atenção para a necessidade de uma reestruturação de curto e médio prazo para o setor – como solução para a atual crise sistêmica – aliada a um modelo regulatório de longo prazo, articulado com uma política de concorrência onde esta for possível e desejável.

2. A Regulação da Aviação Civil no Brasil⁶

Em 1927, o governo federal pela primeira vez autorizou a exploração das primeiras linhas aéreas nacionais à iniciativa privada⁷. Durante esse período, o setor aéreo foi regulamentado pelo Decreto 14.050, de 5 de fevereiro de 1920, que atribuiu a fiscalização do transporte aéreo e da indústria aeronáutica à Inspeção Federal de Viação Marítima e Fluvial. Cinco anos mais tarde, o Decreto 16.893, de 22 de julho de 1925, ao consolidar as regras da Convenção de Paris de 1919 e da Comissão Ibero-Americana de Navegação Aérea, tornou-se o primeiro regulamento geral sobre o transporte aéreo no Brasil⁸.

das à presença de significativas barreiras à entrada também favorecem o exercício de poder econômico abusivo.

⁶ Para a redação deste item, vali-me da dissertação de Rodrigo Augusto Rodrigues, *O mercado da aviação doméstica no Brasil: o processo de desregulação comparado com a experiência norte-americana, sob o enfoque da Teoria Política Positiva da Regulação*, dissertação de mestrado apresentada na Universidade de Brasília, Brasília, 2003, e das informações do site do Departamento de Aviação Civil (www.dac.gov.br).

⁷Essas primeiras concessões foram autorizadas às empresas estrangeiras Condor Syndicat e a Aéropostale.

⁸ Ao consagrar os ideais da época, a legislação brasileira previa que o transporte aéreo entre dois pontos do território nacional, tanto de passageiros como de carga, somente poderia ser realizado por aeronaves nacionais. As companhias aéreas internacionais, até então duopolistas no mercado aéreo brasileiro, ou se retiraram do mercado nacional, ou se reorganizaram e se registraram como empresas de aviação nacional. Assim, a Condor Syndicat transforma-se na Sindicato Condor. Esta, juntamente com a Varig, constituem-se como pioneiras no mercado. Como decorrência dos novos ideais e da necessidade de regulamentá-los, em 1931, era criado o Departamento de Aviação Civil (DAC), subordinado ao Ministério de Viação e Obras Públicas. Em seguida, em 1938, foi instituído o chamado Código Brasileiro do Ar (Decreto-lei 483, de 8 de junho de 1938). Anos mais tarde, ao substanciar as aspirações de um poder aéreo unificado, foi criado, em 20 de janeiro de 1941, o Ministério da Aeronáutica. Mais especificamente no que se refere à regulação técnica do setor, ou seja, quanto aos objetivos de

Ao longo das décadas de 1940 e 1950, mais de 20 empresas de aviação foram criadas e passaram a operar no mercado brasileiro⁹. Entretanto, o excesso de oferta que se estabeleceu no mercado interno tornou economicamente inviável grande parte dos vôos por elas realizados. O mercado consumidor da época, de dimensões reduzidas, não foi suficiente para viabilizar o funcionamento de um número excessivo de empresas. Conseqüentemente, essas companhias aéreas se enfraqueceram, o que culminou num processo de falências ou de incorporações e fusões entre as empresas.

Assim, a partir da década de 1960, a aviação civil nacional atinge a sua primeira grande crise. A concorrência excessiva e por diversas vezes predatória provocava uma baixa rentabilidade. O descompasso entre a oferta e a demanda pelo serviço levou a um baixo índice de aproveitamento das aeronaves, o que concentrou as atividades em uma limitada área geográfica.

Como forma de superar a crise do setor, as empresas aéreas, juntamente com o governo, reuniram-se, nas denominadas Conferências Nacionais de Aviação Comercial (CONAC)¹⁰, para definir novos modelos de estrutura e organização do mercado, como meio de garantir a continuidade e eficiência dos serviços. Dentre inúmeros objetivos, desde o início pretendia-se a redução do número de empresas atuantes e a necessidade de um controle de mercado mais rígido por parte do governo.

Como conclusões e recomendações das diversas conferências entre o governo e as companhias aéreas, introduziu-se uma política de estímulo às fusões e associações de empresas, com o objetivo de reduzir o número de

segurança dos vôos e infra-estrutura aeroportuária, através do Decreto 21.713, de 1945, o Brasil promulga a Convenção de Chicago sobre Aviação Civil Internacional, concluída nesta cidade em 1944.

⁹ Como forma de incentivar e desenvolver o mercado de aviação no Brasil, grande parte das companhias aéreas nacionais receberam subsídios e incentivos governamentais. O governo do Estado de São Paulo, por exemplo, garantiu o desenvolvimento da Vasp, enquanto o do Rio Grande do Sul concedeu ajuda financeira à Varig, entre outros casos. Outras companhias recebiam do próprio governo federal subvenções em determinadas rotas. Na década de 1960, o governo federal instituiu um sistema de subsídio às companhias aéreas que operavam em linhas aéreas economicamente ineficientes pertencentes à chamada Rede de Integração Nacional, como forma de desenvolver um sistema nacional de rotas aéreas. Cf. R. A. Rodrigues, *op. cit.*, p. 85.

¹⁰ A primeira reunião foi realizada em 1961. Posteriormente, a segunda em 1963 e, por fim, uma terceira em 1968.

companhias a um máximo de duas na exploração do transporte internacional e três no transporte doméstico. Com isso, iniciava-se o regime de competição controlada em que o governo passou a intervir fortemente nas decisões administrativas das empresas, seja na escolha de linhas¹¹, no reequipamento da frota, ou no estabelecimento do valor das passagens.

A mudança no setor permitiu, no curto prazo, um crescente desenvolvimento da indústria de aviação no Brasil. A substituição de um modelo de regulação flexível por uma regulação rígida (com diminuição no número de companhias, o desestímulo a guerras de preços¹², concorrência controlada e limitada, e a garantia de margens de lucros para as empresas) possibilitou a introdução de aeronaves mais modernas e de maior porte. Por outro lado, essa

¹¹ O governo definia as linhas a serem operadas pelas companhias, divididas em linhas regionais e linhas nacionais e, posteriormente, as linhas especiais, que não podiam concorrer entre si. Linhas aéreas domésticas nacionais são aquelas que ligam as capitais e as cidades com mais de um milhão de habitantes. As linhas aéreas domésticas regionais são aquelas que ligam as demais cidades com aquelas servidas pelas linhas aéreas nacionais. Já as linhas aéreas domésticas especiais são aquelas, especificamente, entre os aeroportos Santos Dumont, no Rio de Janeiro, Congonhas, em São Paulo, Pampulha, em Belo Horizonte e o aeroporto Juscelino Kubitschek, de Brasília.

¹² O combate à guerra de preços, tido com uma das práticas mais graves ao setor de aviação civil, ganhou o nome no Brasil de “política de realidade tarifária”. A sua lógica consistia na idéia de que o usuário deveria pagar pelo serviço prestado pela companhia o valor considerado “justo”. A noção de justiça desse valor era dada pelo poder público, a quem caberia fixar o valor das tarifas adequadas aos custos operacionais dos serviços mais a remuneração do capital. Para isso, os critérios utilizados eram a da técnica econômica chamada *Curva Belga*. Sua metodologia consistia em um cálculo que determinava (a) taxa de ocupação média dos assentos em 62% nas rotas domésticas, (b) índice de lucratividade de 12%, (c) *break-even* (taxa de ocupação mínima para tornar o vôo lucrativo) de 54,6%, (d) distância média por passageiro de 1.100 km, (e) custo unitário médio, (f) índice tarifário baseado no custo médio por quilômetro voado do Boeing 737-300, e (g) segmentação de mercado estimada em 60% corporativo e 40% individual, com um desconto médio estimado de 40%, resultando em um índice tarifário médio de 84 pontos. Com a fixação do preço das passagens o governo diminuía um dos elementos que mais dificultam a formação de um cartel: a assimetria informacional entre os agentes. Com o controle tarifário criou-se um cartel institucionalizado pelo próprio Estado. Garantiam-se as margens de lucro, os retornos de investimento e a viabilidade econômica da política de concentração, assim como situações de liderança de preços e paralelismos de comportamento. Os resultados dessa política econômica foram evidentes ao longo de muitos anos: ineficiência da companhia nacional, falta de incentivo ao investimento e prejuízo direto para o consumidor. Cf. R. A. Rodrigues, op. cit., p. 108.

reestruturação fez com que as companhias modificassem suas rotas, deixando de operar em cidades de demanda reduzida e com aeroportos de infra-estrutura deficitária, concentrando suas atividades nas grandes cidades, que permitiriam o maior equilíbrio entre a oferta e a demanda no mercado e a prestação de serviços através das grandes aeronaves¹³.

A legislação regulamentar do setor aéreo sofreu poucas alterações até a década de 1980. O setor permanecia sob um rígido controle do governo. Desse modo, a estrutura de mercado e a lucratividade das empresas eram definidas em função desse modelo. Em 1986, realizou-se a 4ª CONAC. Embora não tenha trazido substanciais alterações à política do setor, suas conclusões e recomendações representam o embrião do que mais tarde seria visto como uma onda de desregulação do setor. Sob influência de ideais liberais e a experiência do setor aéreo norte-americano, surgiram discussões no sentido de que o governo deveria abandonar, gradualmente, o regime de controle rígido do mercado, principalmente a fixação de preços. Porém, a conferência não introduziu mudanças concretas na regulamentação do setor. A principal medida tomada em função da 4ª CONAC e a grande conquista das companhias aéreas foi a reformulação do regime de concessões e autorizações para a realização do transporte aéreo internacional, que passou a permitir a todas as empresas brasileiras de transporte aéreo regular o acesso às linhas internacionais. Ainda em 1986, o Brasil firma com os Estados Unidos um acordo bilateral que permitiria a múltipla designação de companhias aéreas para operar nas rotas entre os países¹⁴. Importante notar que o acordo bilateral com os Estados Unidos teve como conseqüências principais não somente o aumento da oferta de vôos no mercado brasileiro e um aumento no número de passageiros, mas também

¹³ A solução encontrada pelo Ministério da Aeronáutica foi criar uma modalidade de empresa aérea específica para atender às necessidades de serviços aéreos de cidades de menor porte e com infra-estrutura aeroportuária menos desenvolvida. Assim, foi criada a empresa regional, juntamente com os Sistemas Integrados de Transporte Aéreo Regional (SITAR, instituído pelo Decreto 76.590/1975). Dessa forma, determinadas empresas deveriam operar dentro de uma determinada região pré-definida. Além da divisão do território nacional em regiões e a pré-determinação de quais companhias iriam operar em cada região, o decreto previa a constituição de um Fundo Aeroviário, com destinação para o SITAR, como forma de suplementar as tarifas aéreas dessas linhas.

¹⁴ Através do acordo, cada país poderia determinar quatro empresas aéreas para operar as rotas e frequências estabelecidas, permitindo assim um aumento no tráfego de passageiros e no número de vôos oferecidos entre Brasil e Estados Unidos. Cf. R. A. Rodrigues, *op. cit.*, p. 90.

o início concreto de uma política de flexibilização tarifária e liberalização do setor. Além de permitir a entrada de companhias aéreas internacionais e certa liberdade de operação dessas empresas no mercado interno, o acordo deveria ser acompanhado de um controle menos rígido sobre a fixação das tarifas, sob pena das companhias nacionais fracassarem frente ao crescimento da concorrência nas rotas internacionais.

No entanto, não foi essa a tendência incorporada no Código Brasileiro de Aeronáutica, promulgado em 1986. A legislação regulamentar básica do setor aéreo, vigente até a atualidade, manteve o rígido controle sobre o mercado, consolidando o Departamento de Aviação Civil (DAC) como o órgão forte, com a centralização de suas funções. Ao DAC caberia, portanto, o controle sobre a entrada e saída de empresas no mercado, a definição da capacidade das rotas para garantir o desenvolvimento de um sistema integrado, frequências e horários de vôos e a estrutura tarifária de cada rota doméstica.

2.1. Os fundamentos da regulação no setor e as críticas ao papel do regulador

A principal justificativa histórica da necessidade de regulação no setor aéreo encontra seu fundamento na teoria econômica dos monopólios naturais e na “teoria do interesse público”.

Para a teoria econômica, uma determinada atividade constitui-se em monopólio natural se a forma mais eficiente de operação ou prestação do bem ou serviço ocorre pela atuação de uma única empresa, com custo menor do que fariam duas ou mais empresas. As razões podem ser das mais diversas, desde a existência de exclusividade de exploração de fontes de insumo ou a detenção de tecnologia protegida por patente. Economicamente, tem-se um monopólio natural quando há economias de escala significativas que não permitiriam a operação de mais de uma ou poucas firmas, devido aos custos fixos elevados e custos marginais baixos¹⁵.

¹⁵ A economia de escala implica que a curva de custo médio seja decrescente e superior à curva de custo marginal, de forma que a fixação de preços ao custo marginal (preço em concorrência perfeita) originaria uma crise de superprodução e ineficiente em todo o mercado. Nestas condições, qualquer nova empresa que pretendesse entrar no mercado teria custos adicionais mais elevados, o que constitui, por si só, forte uma barreira à entrada. Outra causa que se deve somar é o chamado retorno crescente de escala, ou seja, situações em que os custos médios da produção de um determinado bem declinam com o aumento da produção. Nesses casos, quanto maior a produção e maior o número

Nesses casos de monopólios naturais, o custo social do poder monopolista seria permitido em troca de um benefício maior oriundo da eficiência produtiva (custos unitários mais baixos). Entretanto, a única forma de garantir que esses benefícios de eficiência econômica compensem a existência de um monopólio seria através da regulação. Assim, um monopólio natural necessita de regulação por parte do governo para que este não prejudique o bem-estar dos consumidores.

Nesse contexto, a atuação regulatória do Estado tem suas bases teóricas na “teoria do interesse público”. Em linhas gerais, para a Escola do Interesse Público, mercados monopolizados ou oligopolizados devem ser regulados para corrigir externalidades e falhas de mercado como forma de promover o bem-estar do consumidor. A intervenção seria uma resposta necessária a demandas públicas – de cidadãos e consumidores – para reduzir ineficiências e desigualdades inerentes a mercados concentrados. O regulador seria um ente capaz de identificar essas imperfeições do mercado e corrigi-las em função do interesse público¹⁶ pré-definido.

Desde meados dos anos 1960, com o desenvolvimento do transporte aéreo no Brasil, o DAC, órgão vinculado ao Comando da Aeronáutica e dotado de estrutura e características essencialmente militares, consolidou-se como o principal ente regulador da aviação nacional.

O desenho institucional da autoridade delimita o grau de influência que grupos de interesse irão exercer sobre a regulação. No caso da aviação civil, a intervenção do DAC no mercado não ocorre de maneira exclusiva, mas depende, em grande medida, da atuação da Comissão de Linhas Aéreas. As deliberações dessa comissão são tomadas por representantes das companhias aéreas, do Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias (SNEA), da Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária (Infraero), bem como do próprio DAC. À Comissão de Linhas Aéreas compete definir as condições de entrada no mercado, enquanto ao DAC fica atribuída a deliberação sobre a capacidade do mercado, a alocação de novas rotas, linhas horários, frequências, substituição de equipamentos, inclusão e cancelamento de escalas.

de consumidores, maior a utilidade do produto para o usuário seguinte, sendo, portanto, cada vez mais fácil a probabilidade e a lucratividade da venda sucessiva. Cf. W. K. Viscusi; J. M. Vernon; J. E. Harrington Jr., *Economics of Regulation and Antitrust*, 3rd ed., The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000, pp. 337 e ss.

¹⁶ Cf. R. Posner, “Theories of economic regulation”, in *The Bell Journal of Economics and Management Science*, n° 5, 1974, pp. 335-358.

Ao longo dos seus anos de atuação, e posteriormente a sua ação combinada com a Comissão de Linhas Aéreas, surgiram críticas de que o modelo intervencionista praticado no Brasil, através da atividade reguladora do DAC, limitava a competição no mercado e desestimulava o desenvolvimento de tarifas mais baratas para o consumidor¹⁷.

As decisões do DAC de concessão de novas linhas aéreas, de permissão para a entrada de novos concorrentes em determinadas rotas ou qualquer modificação estrutural no mercado sempre eram restritas e limitadas sob a justificativa dos impactos negativos que poderiam causar sobre as incumbentes, ou seja, as companhias que já atuavam no mercado. Qualquer medida que pudesse alterar negativamente a lucratividade das empresas áreas atuantes ou provocar um desequilíbrio econômico-financeiro nestas seria vetada pelo regulador¹⁸. Basta compreender a sistemática do controle: o DAC requeria das companhias aéreas que apresentassem 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 confrontadas com os padrões pretéritos de tráfego e com os índices de viabilidade econômica (índices de ocupação das aeronaves) pré-definidos pelo órgão. Entretanto, as deficiências técnicas do órgão e a assimetria informacional entre aquele e as empresas do setor dificultam ao regulador o exercício eficiente do controle sobre o mercado. Dessa forma, o resultado da intervenção foi uma evidente cartelização induzida pelo governo e a criação de barreiras regulatórias ao desenvolvimento de um mercado competitivo. Criaram-se condições para uma fixação de preços desejados pelas próprias empresas. Ademais, a

¹⁷ Como afirmou R. A. Rodrigues (op. cit., p. 90), a política regulatória estabelecida pelo DAC impossibilitou que as empresas fornecessem serviços eficientes. Diante das dificuldades em se obter autorização para operar em alguma rota, as companhias aéreas não abandonavam as rotas economicamente ineficientes, sob o receio de não conseguirem retomá-las. Assim, criou-se toda uma malha aeroviária ineficiente, totalmente desvinculada com as reais condições econômicas de oferta e demanda do mercado.

¹⁸ A existência de cláusulas de obrigação de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro fixadas nos contratos de concessão formava mais um fator de pressão das companhias sobre o governo. Qualquer tentativa ou política econômica que causasse o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato era rapidamente respondida e combatida pelas empresas com ações judiciais contra a União para o ressarcimento dos danos.

intervenção “eliminou os incentivos para que as empresas utilizassem combinações distintas de tarifas, serviços diferenciados e modelagem de uma malha servida como instrumentos de uma estratégia competitiva”¹⁹.

Ainda que não seja objetivo principal desse trabalho analisar o desenho institucional do órgão regulador do setor de aviação civil, não se pode deixar de constatar a clara falta de transparência e de controle social no âmbito do DAC²⁰. Se por um lado a vagueza das regras e a falta de objetivos claros da política setorial favorecem a defesa de um determinado grupo de interesse, por outro lado retiram legitimidade da decisão do regulador. Mesmo que se obedeça à lógica-formal do procedimento decisório, esse procedimento não será fruto de um diálogo e conjugação de diversos interesses envolvidos que devem formar o conteúdo da regulação.

Nesse sentido, diversas críticas surgiram contra a justificativa de uma intervenção estatal para a correção de falhas de mercado. No campo

¹⁹ R. A. Rodrigues, op. cit., p. 91.

²⁰ O órgão competente para exercer a regulação do transporte aéreo no Brasil é o Departamento de Aviação Civil (DAC). Porém, ao longo da evolução da regulamentação do setor, outros órgãos estatais têm exercido influência. O próprio Ministério da Defesa, ao qual está vinculado o DAC, tem influência sobre a política aeronáutica nacional e atuação na política nacional de desenvolvimento das atividades aeroespaciais, sobre a infraestrutura aeroespacial, aeroportuária e aeronáutica (Decreto 3.080/1999). Ao Ministério da Fazenda cabia a função de acompanhamento do mercado na definição das tarifas (Lei 9.069/1995), assim como a promoção e defesa da concorrência, seu principal papel atualmente. Em 1972, foi criada a Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária (Infraero), cujo papel é a implantação, administração e operação da infra-estrutura aeroportuária (Lei 5.862/1972). Cf. M. P. Tavares; B. Moura Rocha, “Crise, Concorrência e Regulação no Transporte Aéreo Doméstico Brasileiro”, in *A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil – Balanço e Propostas*, Moura Rocha, Bolívar (org.), São Paulo, IOB-Thomson, 2003, pp. 277-278. A existência de diversas autoridades, justificada pela importância e complexidade do setor, não invalida as críticas ao DAC, principal órgão regulador. Ao contrário, a pluralidade de atores e a multiplicidade de competências, muitas vezes não bem definidas, acaba provocando uma maior assimetria informacional que facilita a captura, pois torna menos transparentes as ações dos inúmeros reguladores. Além disso, a falta de uma estrutura institucional bem desenhada e de objetivos coerentes dificulta o próprio desenvolvimento do mercado, com a atuação de um ente estatal se sobrepondo ou anulando a atuação de outro. Independentemente do número de órgãos que deverão influir na regulamentação do setor, é essencial o desenvolvimento de instrumentos e modelos institucionais que reduzam a assimetria de informações, principalmente através da coordenação com o órgão de defesa da concorrência.

teórico, o principal ataque veio da teoria econômica da regulação, formulada pelos teóricos da Escola de Chicago. Para estes, falhas de governo e burocracia estatal coexistem com as falhas de mercado, e aquelas, por vezes, se sobrepõem ao esforço do Estado na tentativa de buscar o interesse público e o bem-estar da sociedade. 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*. 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) 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 interesses²¹.

²¹ As concepções da Escola de Chicago incorporaram à discussão sobre as causas e efeitos da atuação do governo na economia novos conceitos e fizeram surgir um novo estudo que se estendeu por diversas áreas de intersecção entre economia e ciência política, que ficou conhecido como teoria da *public choice*. A *public choice* encontra suas bases nas formulações de Mancur Olson, em sua obra *The Logic of Collective Action: public goods and the theory of groups*. O modelo de Olson propõe estudar os chamados grupos de interesse, que são associações ou entidades coletivas que visam promover o interesse comum de seus membros. A existência de dificuldades como assimetrias informacionais e custos de coordenação impedem que cidadãos se organizem para obterem seus interesses. Por essas dificuldades, os cidadãos não conseguem do Estado o oferecimento

e produção dos chamados *bens coletivos* – estradas, redes de infra-estrutura, aeroportos, etc. Dessa forma, quanto maior o caráter público do bem, menor será a sua oferta por parte do poder público, o que Olson convencionou chamar de *lógica da ação coletiva*. Entretanto, grupos de interesse conseguem adquirir seus benefícios através da provisão de bens coletivos ou públicos a seus membros. Sob determinadas condições, as vantagens da oferta do bem coletivo para um determinado grupo – o grupo de interesse – podem ser tão significativas que esse grupo tenha incentivo claro à organização para a obtenção do benefício, sem a necessidade de qualquer coerção ou estímulo adicional, mesmo existindo custos pesados para isso. Nesse caso, a oferta do *bem público* será subótima, pois assim que cada membro do grupo usufruir sua parte do *bem público*, maximizando sua satisfação, seu incentivo e contribuição para que o *benefício coletivo* continue a ser distribuído são interrompidos. Essa formulação genérica pode ser aplicada a um mercado regulado. O grupo de interesse, constituído pelas empresas de um setor, pode pretender juntar esforços para oligopolizar o mercado e obter do regulador uma atuação que controle a oferta e reduza a competição no mercado. Por outro lado, poderia se formar um grupo de interesses dos consumidores, lutando para impedir a obtenção do poder de monopólio por parte das empresas. A atuação do órgão regulador, por sua vez, será de forma a incentivar ou não a ação desses grupos de interesses. Se o grupo das empresas perceber que o regulador decide em função de um mercado concorrencial, promovendo a manutenção dos preços ao seu nível competitivo, sem adotar qualquer medida que controle a oferta ou crie barreiras regulatórias, não haverá incentivo para a indústria se organizar e criar um grupo de pressão para obter benefícios da regulação. Da mesma forma deve agir o grupo dos consumidores. Quando há incerteza das decisões do ente regulador, ambos os grupos – principalmente os empresários, com maiores recursos para investir – terão incentivos para alocar recursos no sentido de obter do regulador seus interesses. O grupo industrial, ao invés de alocar esse recurso para o processo produtivo, utilizará essa renda para obter vantagens do regulador. Essa lógica de Olson demonstra o claro desperdício de recursos e a perda de bem-estar social que a indefinição da política do agente regulador pode causar. Concretamente, o órgão regulador se depara com uma realidade mais complexa ainda, com uma pluralidade grande de grupos de interesses. A teoria de Olson rompeu com a crença do regulador-benevolente capaz de adotar políticas voltadas integralmente para o interesse público, mas sim a de um regulador capturado pelos interesses de grupos privados. Os modelos que se seguiram procuravam estabelecer parâmetros de análise mais sofisticados, sempre tratando a regulação como um mercado onde interagem comportamentos oportunistas de políticos e grupos privados que tendem a se apropriar dos benefícios da regulação. Cf. D. R. Coutinho, *Regulação e redistribuição: a experiência brasileira de universalização das telecomunicações*, tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, pp. 24 e ss; e R. Fiani, *Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras*, disponível online in www.ie.ufrj.br/grc/ [20-08-2003].

Curiosamente, no setor aéreo brasileiro, pôde-se observar, ao longo dos anos, a implementação de cada uma dessas formas de benefícios concedidos pelo Estado. Mais curioso ainda é que essas vantagens sempre foram conferidas sob a justificativa de que existe uma peculiaridade intrínseca a esse mercado que faz com que se necessite uma definição governamental de preços e de condições de entrada de novos competidores. A sua característica como monopólio natural, a baixa demanda de passageiros no Brasil e a importância econômica e estratégica²² do setor formavam os pilares que orientavam as decisões políticas sobre o mercado.

Não se pretende com essa crítica retirar importância da necessidade de regulação do mercado de aviação civil ou chegar a conclusões semelhantes a dos teóricos da Escola de Chicago. Em primeiro lugar, o objetivo é expor as falhas da regulação implementada nesse setor: (a) captura dos órgãos reguladores pelas companhias aéreas reguladas ou mesmo por sindicatos do setor; (b) regulação anticompetitiva e criação de barreiras regulatórias; (c) conceitos abstratos e vagos dos objetivos da regulação; e (d) mecanismos ineficientes ou praticamente inexistentes de *accountability*²³ das decisões políticas do regulador.

Em segundo lugar, as conseqüências dessa forma de regulação adotada pelo Estado foram, em grande medida, responsáveis pela mudança ocorrida nos

²² A aviação comercial no Brasil sempre foi considerada um setor de importância estratégica, tanto pela grande quantidade de recursos que movimenta e os impactos que provoca na economia, como por sua função de integração regional e nacional. Principalmente quanto a este último aspecto, o setor historicamente recebeu atenção especial do Ministério da Defesa, tratamento refletido na intensa presença militar na regulamentação do mercado. Vale destacar também a influência de objetivos de política industrial sobre o setor. Porém, a política industrial não pode ser direcionada a substituir o sistema concorrencial. Deve-se ter em mente que a política de defesa da concorrência exerce função complementar ou, até mesmo essencial, para o estímulo da competitividade na indústria.

²³ D. R. Coutinho define o termo *accountability* “como *responsabilidade com dever de prestação de contas* ou, simplesmente, *responsabilização*”. Afirma o autor que a expressão “traduz um dos mecanismos de freios e contrapesos (...) com o fim de limitar o poder concedido aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como a órgãos da administração indireta como bancos centrais e agências reguladoras. Trata-se, em suma, da institucionalização de um mecanismo de *checks and balances* por meio da prestação de contas e responsabilização”. Cf. D. R. Coutinho, *Entre eficiência e equidade: reflexões sobre a universalização das telecomunicações em países em desenvolvimento*, paper disponível online in www.edesp.edu.br/files/artigos/ [15-05-2004].

anos subseqüentes. Os crescentes índices de ineficiência do setor apontavam para a necessidade de reestruturação do mercado. O custo de manutenção dessa estrutura burocrática tornava-se cada vez mais alto para as próprias companhias. Porém, essa reestruturação não foi feita – ou vem sendo feita – sem que se observasse uma forte presença dos grupos de interesses privados.

3. A Desregulação do Mercado Brasileiro e seus efeitos

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.

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. 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 estrito²⁴ da atividade econômica faziam parte da chamada Reforma do Estado²⁵.

²⁴ Ver nota 2.

²⁵ Cf. L. C. Bresser Pereira, “A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle”, in *Lua Nova*, n° 45, 1998, pp. 49-95. Bresser Pereira via na reforma do Estado, através da delimitação da área de atuação, da desregulação, do aumento de

O processo de liberalização do setor aéreo brasileiro foi reflexo desse movimento de abertura econômica e flexibilização de controle tarifário. Acompanhando os processos de liberalização ocorridos nos Estados Unidos e na Europa, dá-se início, no começo da década de 1990, a uma modificação no mercado brasileiro de aviação diante da constatação de que o modelo intervencionista anteriormente praticado desestimulava a eficiência das companhias.

Como reação ao modelo regulatório anterior, pretendia-se, em linhas gerais, introduzir a concorrência no setor através da flexibilização e incentivo aos vôos charter²⁶, eliminação das restrições referentes à operação das linhas aéreas nacionais, regionais e especiais, privilégio a eficiência econômica das empresas, tendo como efeito a conseqüente redução do valor das tarifas das passagens aéreas²⁷.

O Ministério da Aeronáutica, através da Portaria 789/GM5, de 1990, iniciou uma incipiente abertura do mercado a novas empresas, com a definição

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). Assim, do Estado como prestador de serviços exige-se a especialização de seus órgãos em busca de maior eficiência e celeridade na sua atuação. As normas jurídicas foram perdendo seu caráter clássico de abstração conceitual e generalismo, convertendo-se em normas técnicas, específicas e que versam sobre os mais diversos aspectos, tanto em matéria social como econômica.

²⁶ A principal medida foi a possibilidade de vendas de passagens aéreas sem a necessidade de vinculação com pacotes turísticos e negociação com agências de viagens, permitindo uma maior competitividade no mercado de passageiros turistas. Além disso, a autorização para as companhias regulares operarem vôos *charter* possibilitava que essas empresas utilizassem suas aeronaves ociosas nos momentos em que os vôos regulares eram reduzidos, principalmente nos finais de semana, em que diminuía a demanda por passageiros executivos, porção mais significativa do mercado nacional. Cf. R. A. Rodrigues, op. cit., p. 134.

²⁷ Já em 1989, foi quebrado o monopólio da Varig no mercado internacional com a permissão à Vasp e à Transbrasil para realizarem vôos internacionais. Nessa mesma época, houve a extensão da Ponte Aérea Rio de Janeiro/São Paulo a operação de novas companhias (Rio-Sul, TAM e BR-Central). Concomitantemente, deu-se início a flexibilização tarifária, sob a forma de novas modalidades de tarifas diferenciadas para idosos, estudantes, etc, sempre com a aprovação do DAC. Cf. R. A. Rodrigues, op. cit., pp. 126-127.

das condições que deveriam ser observadas para a autorização de companhias para exercerem serviços aéreos regulares. Através de uma série de portarias emitidas pelo CONAC²⁸ e pelo Ministério da Aeronáutica, permitiu-se a entrada de novas empresas, eliminaram-se algumas das segmentações de mercado, autorizando a competição entre operadoras nacionais e regionais e iniciou-se uma liberalização tarifária. A Portaria 196/DGAC, de 1991, estabeleceu um sistema tarifário com um índice de preço do quilômetro voado, decrescente em função da distância percorrida. As tarifas básicas eram definidas com peso igual a 1, e a tarifa básica regional com peso igual a 1,3, enquanto a chamada tarifa especial, para passagens pagas à vista e com reserva confirmada com pelo menos 15 dias de antecedência, tinham peso igual a 0,7. As tarifas de primeira classe tinham o peso de 1,2 e permissões para tarifas promocionais com peso variando entre 0,5 e 0,9. Esse modelo em muito se assemelhava ao sistema do *yield* (média tarifária por milha voada) management praticado no mercado norte-americano²⁹. Nesse mesmo ano, a Portaria 322/SPL, instituiu

²⁸ Através do Decreto 3.564, de 17 de agosto de 2000, foi criado o Conselho Nacional de Aviação Civil, órgão formado pelos Ministros de Estado da Defesa; Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior; Fazenda; Relações Exteriores; pelo Chefe da Casa Civil e pelo Comandante da Aeronáutica. Sua função é ser um fórum de debate e auxílio ao Poder Executivo na formulação de propostas para o setor.

²⁹ O método do *yield management*, também conhecido como *revenue management* ou *real-time pricing*, é uma técnica econômica para calcular a política de preços de otimização de receitas pela venda de um produto ou serviço com base na média real e na previsão do comportamento futuro da demanda. Em linhas gerais, o sistema utiliza quatro técnicas principais: (a) a discriminação de preços, através de descontos, ao invés de um preço unitário; (b) a diferenciação de produtos com restrições de compra, como descontos promocionais em função do horário do voo, do período do ano e do momento da compra da passagem; (c) a utilização de algoritmos de Controle do Estoque de Assentos (CEA), com limites ao número de passagens disponíveis aos consumidores que pagarão as tarifas mais baixas; (d) e o aumento virtual de capacidade de uma aeronave no sistema eletrônico de reservas, o chamado *overbooking*. As companhias aéreas possuem uma quantidade fixa de assentos disponíveis em uma aeronave. Se um desses assentos não for vendido, a empresa não mais conseguirá obter qualquer tipo de lucro desse assento. Mas através do gerenciamento de receitas todos os assentos serão vendidos ao preço mais alto e rentável possível, com base dados estatísticos do comportamento presente e futuro da demanda. Entretanto, não será sempre possível vendê-los sempre ao mesmo preço. Por isso, utilizando o sistema de gerenciamento de receitas os preços por esses assentos serão oferecidos com descontos para atrair o consumidor. Para completar a lógica, a aeronave deve sempre trabalhar em *overbook*, para assegurar que todos os assentos serão tomados, mesmo que algum passageiro cancele o voo ou não embarque. O sistema do *yield*

a faixa tarifária em que as companhias poderiam definir os valores dentro de um limite máximo de 32% ou desconto máximo de 50%, ambas em relação à tarifa de referência definida pelo Departamento de Aviação Civil.

Em 1997, a expansão da flexibilização tarifária veio com a Portaria 986/DGAC, que ampliou a banda tarifária ao permitir descontos de até 65% da tarifa de referência para vôos regulares, assim como a Portaria 05/GM5, que abria as linhas especiais, anteriormente exploradas exclusivamente pelas regionais, para serem também operadas pelas companhias nacionais³⁰. Posteriormente, a Resolução 07 do CONAC, de março de 2001, liberou as tarifas aéreas domésticas de companhias regulares em determinadas rotas³¹. As demais linhas permaneciam sob o sistema de banda tarifária, com variações permitidas somente com aprovação do DAC e do Ministério da Fazenda. Os resultados da liberdade tarifária foram considerados positivos. Os índices de receita adquirida eram crescentes e a queda no preço das passagens aéreas, ainda que pequena, era perceptível³².

management foi criado nos Estados Unidos, no começo dos anos 1980, como reação à política de desregulação do setor que conferiu grande liberdade na fixação dos preços das passagens. Diante desse contexto e do desenvolvimento dos sistemas eletrônicos de distribuição de passageiros e assentos (GDS – *Global Distribution Systems*) e de reservas de viagens por computador, as principais companhias aéreas norte-americanas passaram a utilizar o gerenciamento de receitas como estratégia competitiva. Não se pode negar os ganhos de lucratividade e eficiência obtidos pela estratégia do *yield management*. Entretanto, no mercado brasileiro o método tem sido utilizado como técnica meramente de discriminação de preços, não acompanhado da discriminação de produtos. Ora, a discriminação de preços sem a discriminação de produtos não é capaz de segmentar de forma correta os consumidores. E essa segmentação imperfeita é uma forma de se diluir as receitas das companhias aéreas entre todos os consumidores, indistintamente, representando uma clara perda de bem-estar.

³⁰ Ao mesmo tempo em que eliminou a exclusividade de companhias regionais operarem as linhas especiais, a Portaria 5/GM5 procurou evitar uma excessiva concentração dessas linhas no poder das grandes incumbentes. Assim, definiu a portaria que as empresas de transporte aéreo regular poderiam operar nas linhas especiais o máximo de 35% do total de assentos.km⁴ e nenhuma companhia regular poderia deter mais de 50% do total da capacidade ofertada nas linhas especiais.

³¹ As linhas liberadas eram as rotas entre Belo Horizonte (aeroportos Tancredo Neves e Pampulha), Brasília, Campinas, Curitiba, Florianópolis, Porto Alegre, São Paulo (aeroportos Congonhas e Guarulhos) e Rio de Janeiro (aeroportos Santos Dumont e Galeão).

³² Conforme analisa R. A. Rodrigues (op. cit., p. 137), o governo adotou um sistema de monitoramento do comportamento do mercado com base na “estimação de um *yield*

Diante desses dados inicialmente positivos, a Resolução 08 do CONAC, de 9 de agosto de 2001, em conjunto com a Portaria 248, de 10 de agosto de 2001, do Ministério da Fazenda, liberaram totalmente o preço das tarifas aéreas no mercado brasileiro de passageiros, eliminando a banda tarifária em todas as rotas. A intenção era introduzir um sistema de plena concorrência que funcionasse como uma economia de mercado nas rotas regulares³³.

Entretanto, pouco tempo depois, o processo de liberalização do setor aéreo foi revertido sob a justificativa de crise sobre a indústria. Depois de um período de transição de uma rígida regulação para um regime de liberalização, retoma-se o controle sobre a entrada e o planejamento estatal no mercado aéreo.

Com o ingresso de novas companhias e a redução de participação no mercado das empresas tradicionais, estas tiveram reduzidas suas margens de lucros. Somando-se a isso a elevação mundial do preço do petróleo e a desvalorização cambial, muitas dessas empresas tradicionais entraram em crise. A principal companhia brasileira, a Varig, vinha há anos lutando contra uma situação financeira deficitária. Em 2001, diante de uma acentuada crise financeira, a Transbrasil retira-se do mercado. Dois anos depois, o quadro

ideal (receita em reais por passageiro por quilômetro voado) que proporciona uma margem de lucro de 12%, considerando a taxa de ocupação média dos assentos verificada nas rotas domésticas, e um *yield* máximo, calculado com a suposição de que as companhias praticassem a tarifa máxima admitida antes da liberação”. O sistema de monitoramento calculava a tarifa média por quilômetro voado (*yield* médio) em cada rota e comparava com os respectivos *yields* máximo e ideal. A análise feita até 2001 constatou que os *yields* médios estavam abaixo dos índices máximo e ideal. Ou seja, não ocorria competição predatória – situação em que o *yield* médio seria menor que o *yield* ideal – nem mesmo preços abusivos – caso fosse constatado um *yield* médio muito superior ao valor máximo. Esses dados representavam para o governo o sucesso da liberalização tarifária e o incentivo para a seqüência do processo.

³³ Essas alterações modificaram a estrutura do setor. Diante desse processo, a participação no mercado da Varig caiu de 49%, em 1996, para 39% em 2002. A TAM, por sua vez, detinha apenas 14% do mercado em 1996. Em 2001, a recém entrante Gol detinha apenas 1% do mercado, enquanto o grupo TAM já era responsável por 30%. Como decorrência do processo de abertura do setor, em janeiro de 2003, a Gol passou a deter 17% do mercado, tendo como principais concorrentes a Varig, com 36%, e a TAM, com 33%. Percebe-se que um dos principais efeitos da liberalização do setor foi o início de uma reconfiguração da estrutura do mercado: diminuição de participação de mercado de companhias tradicionais, especialmente a Varig, o crescimento de companhias até então regionais, como a TAM, e a pressão competitiva de entrantes com baixo custo (*low fare, low cost*), como a Gol.

financeiro das principais empresas do setor continuava precário, a ponto de TAM e Varig iniciarem a negociação de um protocolo de intenções para a constituição de uma nova companhia aérea³⁴. A operação faz parte da intenção das empresas aéreas, em conjunto com o governo, de reestruturarem o setor de aviação civil como solução para a crise.

Esse quadro obrigou o DAC e o Comando da Aeronáutica, crenças de que a crise estaria sendo provocada por um excesso de oferta no setor, a intervir e limitar a oferta no mercado, suspendendo o processo de liberalização que vinha sendo implementado desde o início da década de 1990.

No início de 2003, o novo modelo “emergencial” proposto pelo Comando da Aeronáutica previa o controle de oferta do número de vôos, a restrição a importações de aviões, a não superposição de linhas com proximidade de horários e a necessidade de comprovação de viabilidade econômica para que novos vôos fossem oferecidos em rotas onde já havia alguma operadora. A clara proposta de parte do governo para a solução do setor era o controle da oferta, procurando adequar a oferta de vôos à demanda existente no mercado, limitando a entrada de novas empresas no mercado e impedindo a concorrência que era vista como predatória³⁵.

³⁴ No final de 1998, o BNDES chegou a estruturar a criação de um *pool* de investidores que passariam a tomar conta da Varig. Tempos depois, a operação não teve seqüência por não agradar a Fundação Rubem Berta, controladora da companhia aérea. No mesmo ano já se discutia a fusão da Varig com a TAM. Porém, as negociações mais uma vez esbarraram no poder de barganha da Fundação Rubem Berta, que não aceitou a proposta de ficar com apenas 5% do capital da nova companhia gerada com a fusão. Somente em fevereiro de 2003, a Varig e a TAM apresentaram junto ao CADE ato de concentração referente à operação, que representava apenas um protocolo de intenções. Entretanto, as empresas vinham operando em conjunto por meio de *codeshare* firmado entre elas. Atualmente, as empresas aéreas celebraram novo contrato preliminar, estabelecendo as diretrizes para a futura criação de uma nova companhia. A efetiva concretização da operação ainda se encontra em fase de indefinição.

³⁵ Como retrato disso, o Comando da Aeronáutica publicou a Portaria 243/GC5, de 13 de março de 2003, implementando um plano de racionalização das linhas aéreas que previa que a “autorização para a importação de aeronaves comerciais, emitida pelo DAC, deverá sujeitar-se à comprovação de real necessidade pelo requerente, com base nas autorizações concedidas para a exploração do transporte aéreo”. Seguindo essas orientações, sobreveio a Portaria 731/GC5, de 31 de julho de 2003. A portaria estabeleceu novas diretrizes sobre a entrada de empresas no mercado, a oferta de vôos das companhias aéreas e a política tarifária para o setor. Fazia parte das novas diretrizes a

3.1. Críticas aos pressupostos tradicionais da crise do mercado de Aviação Civil

Como visto anteriormente, todo o modelo regulatório adotado para o mercado de transporte aéreo no Brasil foi desenhado, além da importância estratégica do setor, com base na sua característica como um monopólio natural. A impossibilidade econômica de livre concorrência seria contraposta com uma forte atuação do governo para controlar abusos.

Porém, essa premissa vem sendo discutido por economistas nos últimos tempos. Para Eduardo Guimarães e Lúcia Helena Salgado³⁶, o serviço de transporte aéreo não constitui uma hipótese de monopólio natural, tendo em vista que “a indústria não apresenta economias de escala e escopo significativas vis-à-vis a dimensão do mercado; tampouco se constata a existência de barreiras à entrada substantivas; além disso, o investimento requerido para ingressar nesse segmento é de menor magnitude e pode ser recuperado em sua maior parte, caso um novo produtor resolva abandonar o mercado”. Pelo contrário, sustentam que o mercado aéreo seria potencialmente competitivo e o controle rígido do Estado somente impediu o saudável desenvolvimento

revisão da regulamentação existente, agora com o objetivo de “*adequar a oferta de transporte aéreo (...) à evolução da demanda*”. Da mesma forma que “*se deverá considerar, quando da análise para criação de novas empresas, o comportamento e a especificidade do mercado foco de atuação e a situação econômica das empresas existentes, principalmente quando a compromissos assumidos*”, evitando-se “*(...) a superposição de linhas com proximidade de horários (...)*”. Quanto à política tarifária, as novas diretrizes propunham “evitar que um maior nível de competição entre operadores, via preços, comprometa sua saúde financeira e ocasione elevação do grau de concentração na indústria (...)”.

³⁶ E. A. Guimarães; L. H. Salgado, “A Regulação do Mercado de Aviação Civil no Brasil”, in *Notas Técnicas* n° 2, IPEA, Rio de Janeiro, outubro 2003, pp. 1-24.

³⁷ A desregulação do transporte aéreo de passageiros nos Estados Unidos também sofreu forte pressão contrária por parte das principais companhias, que pretendiam a manutenção do modelo regulatório anteriormente vigente. A possibilidade de concessão de descontos sem restrições e a eliminação do controle de entrada, que incrementaram a concorrência no mercado, provocaram resultados positivos nos primeiros anos. Entretanto, a esse clima otimista, seguiu-se uma “guerra tarifária” cuja causa deve-se, principalmente, ao excesso de oferta e ao ingresso de companhias de baixo custo de operação (*low fare, low cost airlines*). Após esses anos iniciais, o preço das tarifas voltou a subir até atingir um equilíbrio inferior ao praticado no período de forte regulação estatal. Da mesma forma, a lucratividade das empresas reduziu significativamente nos

dessa concorrência. Aos moldes do ocorrido nos Estados Unidos³⁷, a desregulação do setor promoveria uma maior eficiência no mercado e significativos benefícios para o consumidor. O poder no mercado das principais companhias e a tendência à concentração e predação deveriam ser combatidos pela regulação concorrencial, através da atuação dos órgãos de defesa da concorrência, e não por um controle de oferta e criação de barreiras à entrada. Além disso, uma política regulatória baseada no índice de preços cobrados pelas empresas e no nível de custos da indústria acabaria por premiar empresas ineficientes e lhes garantiriam suas margens de lucro, sem necessidade de grandes esforços para se adaptarem a mudanças significativas no mercado.

Para aqueles economistas, essa foi justamente a hipótese ocorrida no mercado brasileiro. O apoio financeiro e os subsídios que receberam as principais companhias aéreas brasileiras sempre serviram de remédio e compensação para crises do setor. A imagem de “representante nacional”, adquirida principalmente pela Varig, garantia-lhe o apoio do governo e diminuía a pressão que sofria das condições naturais de mercado. Políticas de redução de custo e readaptação a um regime de concorrência acabavam sendo desestimuladas.

primeiros anos, provocando, inclusive, a saída de algumas companhias tradicionais do mercado, ou a fusão de empresas. Porém, as empresas em operação adotaram políticas internas de reestruturação e adotaram novas práticas para conquistarem mercado e retomarem a lucratividade. Ao longo dos anos, o resultado da desregulação norte-americana apresentou resultados positivos. A queda no preço das passagens aéreas gerou um crescimento na demanda de passageiros e a entrada de novas companhias criou uma importante pressão competitiva no mercado, que diversificou os produtos disponíveis para os consumidores. Um importante fator para o desenvolvimento da concorrência no transporte aéreo norte-americano foi a reorganização de vôos sob o sistema *hub-and-spoke*. Pelo sistema *hub-and-spoke* cidades com alta densidade de passageiros e boa infra-estrutura aeroportuária tornam-se centros regionais do tráfego aéreo ao concentrarem chegadas e saídas numa base principal, oferecendo vôos com conexões aos passageiros as demais rotas que passarão por esses centros. O *hub*, portanto, transforma-se no centro de operações de uma empresa aérea, base principal de suas atividades. O sistema permite uma maior organização estratégica das empresas diante de uma demanda incerta na maioria dos aeroportos. Entretanto, a experiência norte-americana não apresentou somente resultados desejáveis. Atualmente, o setor aéreo apresenta um índice de concentração maior que o observado anteriormente ao processo de desregulação. Além disso, diversas outras práticas discriminatórias e condutas anticoncorrenciais passaram a ser praticadas. A própria lógica do sistema *hub-and-spoke*, se por um lado possibilitou economias de escopo, por outro lado representou uma forte barreira à entrada diante das vantagens competitivas que possuem as incumbentes com posição dominante em um *hub*.

Defendem esses autores que empresas aéreas eficientemente estruturadas podem reduzir significativamente a proporção entre custos fixos e os custos totais. Novas formas de competição podem ser introduzidas, desde a concorrência por diferenciação de produto, a coordenação de horários e vôos, assim como programas de milhagem e de lealdade dos consumidores. O contrato de arrendamento mercantil das aeronaves, por exemplo, que permite a devolução das mesmas, é uma forma de se evitar perdas excessivas no investimento inicial. Essas características demonstrariam, até mesmo, uma certa contestabilidade do mercado de aviação civil³⁸. Ademais, seria comum que o processo de desregulação implementado no mercado brasileiro provocasse uma queda de lucratividade das empresas. Após um marco regulatório de controle extremamente rígido, seria mais do que natural que essas companhias, acostumadas com margens de lucro mantidas pela atuação direta e indireta do gover-

³⁸ A teoria dos mercados contestáveis foi desenvolvida nos anos 1980, pelos economistas W. Baumol, J. Panzar e R. D. Willig (*Contestable markets and the theory of industry structure*, New York, Harcourt Brace Jovanvith, 1982). Um mercado pode ser considerado contestável se um determinado entrante não sofrer desvantagem de natureza técnico-produtiva ou de qualidade de seu produto ao entrar no mercado, assim como a saída não importa em custos significativos para o produtor. Em outras palavras, a entrada deve ser livre, ou seja, a empresa não deve incorrer em custos que não foram arcados por entrantes anteriores e que já operam no mercado, e, por outro lado, é possível para qualquer empresa sair do mercado e recuperar seus investimentos. Assim, a contestabilidade do mercado depende, em grande medida, da ausência de barreiras à entrada e à saída. Para isso, a ausência de custos irrecuperáveis (*sunk costs*) é condição essencial para que o mercado seja contestável. Observadas essas condições, o poder econômico de uma grande empresa detentora de alta parcela do mercado encontraria limites diante de uma concorrência potencial. Se optar por aumentar seu preço acima do custo marginal, perderá mercado para novos entrantes que venderão a preços mais baixos. Dessa forma, as empresas atuantes tenderão a diminuir seus preços até este se igualem ao custo marginal. Portanto, nas hipóteses de livre entrada e livre saída, mercados oligopolistas ou monopolistas comportam-se de forma semelhante ao mercado de concorrência perfeita. Diante dessas condições, caberia ao órgão regulador garantir as condições de livre entrada e saída nos mercados, sem a necessidade de controlar preços e a oferta. O conceito de mercado contestável teve grande influência no processo de desregulação dos mercados de transporte aéreo e de telecomunicações nos Estados Unidos, principalmente ao procurarem manter as condições de livre entrada e saída nesses mercados. Entretanto, não se pode chegar a uma conclusão que elimine à necessidade de regulação. As condições para a contestabilidade do mercado são pouco prováveis na realidade. Cf. A. D. Faraco, *Regulação e Direito Concorrencial (as telecomunicações)*, São Paulo, Paulista, 2003, pp. 191 e ss e C. Salomão Filho, *Direito Concorrencial – as condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 23 e ss.

no, sentissem dificuldades em se adaptarem a uma economia liberada e competitiva³⁹. Já a partir de 1999, com a quase completa implementação da liberalização tarifária, a taxa de ocupação sofre uma ligeira queda e reflete em crise para as empresas. Esses dados foram utilizados para justificar que a crise do setor estaria sendo provocada por um excesso de oferta.

Eduardo Guimarães e Lúcia Helena Salgado negam, porém, que o impacto do processo de liberalização foi o responsável pela crise financeira das empresas aéreas. Indicadores econômicos posteriores a 2000 demonstraram a expansão do setor e a retomada do crescimento. Após dois anos de índices decrescentes da taxa de ocupação (1999 e 2000), em 2001, a expansão volta a índices maiores que os observados no início do processo de desregulação⁴⁰. Paralelamente, as tarifas aéreas não apresentaram uma elevação em referência aos índices anteriores. Entre o período de 1996 e 2002, constatou-se uma estabilidade dos preços e uma pequena queda de 0,5%. Por outro lado, se a análise for comparativa ao dólar e ao poder de compra da moeda nacional, as tarifas sofreram queda de 51% no valor⁴¹.

Concluem que a má situação financeira das companhias aéreas seria causa de uma vulnerabilidade dessas empresas frente à variação cambial, carga tributária excessivamente onerosa, elevados custos de combustível e manutenção e os custos com seguros. Não se poderia afirmar que a entrada de novas empresas e a introdução da concorrência seriam responsáveis pela atual crise do setor. A redução da lucratividade e as guerras ocasionais de preços seriam, ao longo do tempo, superadas através de planos de racionalização e reestruturação empresarial e as práticas anticompetitivas seriam impedidas pelos órgãos de defesa da concorrência. A substituição de um sistema de mercado por decisões oriundas de um órgão administrativo de competências amplas e genéricas teria como consequência a preservação de empresas ineficientes, mas que teriam compromissos históricos com atores políticos, e a permanência de uma estrutura oligopolizada do mercado⁴².

³⁹ Dados do DAC mostram que no início do processo de desregulamentação, de 1992 até 1999, a taxa de ocupação das aeronaves apresentou um significativo e constante crescimento. Entretanto, não foi maior que os índices históricos devido à maior competitividade e o maior número de companhias atuantes.

⁴⁰ 59,0% em 2001 e 58,0 no primeiro semestre de 2002.

⁴¹ Cf. E. A. Guimarães; L. H. Salgado, cit., p. 18.

⁴² Embora não trate especificamente do mercado de transporte aéreo de passageiros, Gesner Oliveira também procura relativizar o argumento do monopólio natural como

Porém, algumas conclusões de Eduardo Guimarães e Lúcia Helena Salgado devem ser observadas com cautela, pois não podem ser aplicadas integralmente e sem ressalvas ao setor aéreo no Brasil. O mercado não pode ser tratado de maneira uniforme, tanto no que se refere às rotas aéreas, como a infra-estrutura terrestre. A própria idéia de planos de racionalização e reestruturação do mercado não pode ser introduzida sem uma política regulatória. Por exemplo, em rotas deficitárias que apresentam demanda pouco significativa e grande distância dos principais centros, não cabe a lógica concorrencial. Nesses casos, até mesmo por serem ineficientes, a lógica de mercado é diminuir a oferta nessas linhas e concentrar esforços naquelas lucrativas. Por outro lado, não se pode deixar de privilegiar a concorrência nas linhas competitivas, caracterizadas principalmente pelo grande fluxo de passageiros, e procurar eliminar as barreiras regulatórias à entrada de novos competidores. Assim, a pretendida reestruturação e o planejamento racional requerem o convívio harmônico entre introdução da concorrência onde for possível e o incentivo da regulação, para que a própria concorrência seja viável, ou principalmente onde ela não for possível.

Outro pressuposto que deve ser analisado com ressalva é o tratamento dado ao setor como um mercado contestável. Em estudo desenvolvido

justificativa de um controle de entrada por parte do Estado. Para este economista, a idéia de monopólio natural não implica a necessidade de construção de um monopólio institucional. Não haveria sempre a necessária criação, por parte do Estado, de controles e barreiras institucionais para que prevalecesse a estrutura de mercado mais eficiente. Ou seja, se o argumento do monopólio natural for verdadeiro e consistente, o próprio mercado se incumbiria desse trabalho de impedir a existência de vários concorrentes. Para ele, um dos argumentos mais fortes contrariamente a ação do Estado no sentido de induzir uma estrutura presumivelmente mais eficiente de monopólio é o fato das falhas de mercado constituírem um conceito dinâmico, sujeito às rápidas mudanças tecnológicas, e ao tamanho do mercado que altera constantemente a sua estrutura. Essas alterações podem transformar uma indústria anteriormente caracterizada como monopólio natural em um mercado potencialmente competitivo. Entretanto, haveria o risco das falhas de governo (numa visão da teoria da captura), ao não identificar a tempo uma evolução no mercado, provocarem maiores prejuízos que as falhas de mercado, gerando ineficiências. Conclui, portanto, que a atuação do Estado deve sempre ter um objetivo pró-concorrencial. E o argumento de monopólio natural deve ser utilizado de forma mais restrita na definição do marco regulatório. Cf. G. Oliveira, *Aspectos Concorrenciais da Privatização em Setores Regulados*, Núcleo de Pesquisas e Publicações da EAESP/FGV, Relatório de Pesquisa n° 21, São Paulo, 1998, pp. 49 e ss.

por Bailey, Graham e Kaplan⁴³, esses economistas procuram demonstrar que se a aviação civil fosse um mercado contestável, o preço das tarifas aéreas seriam independentes da estrutura do mercado e somente condicionadas às variáveis de custos da empresa. Após um estudo entre os anos 1980 e 1981 (período em que a desregulação já estava presente no mercado norte-americano), concluíram que o setor não poderia ser caracterizado como um mercado contestável. Os dados observados comprovaram que o valor das tarifas estava diretamente vinculado à estrutura de mercado e, conseqüentemente, ao seu grau de concentração.

A completa desregulação do mercado sob o paradigma de ser um mercado contestável nega a presença de significativas economias de escala em todo o setor. Além disso, é equivocada a visão de que o investimento requerido para ingressar no mercado não seja significativo. Ainda que atualmente ele possa ser recuperado em sua maior parte, caso um novo produtor resolva abandonar o mercado, os altos custos com que operam as empresas nacionais, essencialmente decorrentes da carga tributária, do custo de combustíveis, do custo de capital e do custo de manutenção e reposição de peças ainda constituem um ônus muito grande ao ingresso de novos competidores.

Sob outra visão, Calixto Salomão Filho entende que a forma como a desregulação do setor de transporte aéreo foi feita gerou efeitos negativos para o mercado. Em um setor com condições estruturais propícias à predação e à colusão, a liberação da operação de linhas de transporte aéreo regular para todas as empresas teve como efeito uma crise de superprodução. Como afirma o autor, “se por um lado esse fenômeno levou ao acirramento da competição no setor aéreo, simultaneamente (...) levou também à elevação do volume de oferta. Na medida em que essa evolução não foi nas mesmas proporções por crescimento da demanda, a conseqüência que se seguiu foi uma crise de superprodução e a guerra tarifária dela decorrente, no início de 1998”⁴⁴.

De fato, desde os primeiros anos do processo de desregulação, verificou-se um aumento de oferta não acompanhado de um correspondente crescimento da demanda. Em 2001 e 2002, enquanto a oferta aumentava, ainda que em ritmo mais lento, a demanda permanecia estável.

⁴³ E. Bailey, D. R. Graham e D. P. Kaplan, *Deregulation the airlines*, MIT Press. Cambridge, Massachusetts, 1985, pp. 153-172, *apud* R. A. Rodrigues, *op. cit.*, p. 62.

⁴⁴ C. Salomão Filho, *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*, *cit.*, pp. 80-81.

Mas as dúvidas não param por aqui e as conclusões não são tão simples. Ao analisar o acordo de codeshare entre Varig e TAM, a Secretaria de Acompanhamento Econômico, em sua nota técnica, chama a atenção para o fato de que o excesso de oferta já era identificado no mercado aéreo anteriormente ao processo de desregulação. A grande diferença é que com a liberação do setor, o excesso de capacidade passou a ser utilizado como uma estratégia de competição das companhias aéreas como forma de criar barreiras à entrada ou à expansão de outras companhias.

A principal crítica formulada a atuação do governo no setor pode ser resumida da seguinte forma: um diagnóstico parcialmente errado da crise estrutural do setor aéreo levou o Comando da Aeronáutica, principal ator político responsável pela reforma, a aplicar o remédio errado. Se existe um excesso de oferta no setor e uma conseqüente crise financeira das empresas, a causa direta não foi exclusivamente o processo de desregulação promovido desde o início de 1990, mas sim foi decorrente de mudanças conjunturais nacionais (desvalorização do real e aumento dos preços de combustíveis, que aumentou o custo das empresas) e internacionais (ataque terrorista de 11 de Setembro, que provocou uma redução de demanda no mercado mundial de aviação), aliado a outros dois principais motivos: (a) os altos custos com que operam as empresas nacionais, essencialmente decorrentes da carga tributária, do custo de combustíveis, do custo de capital, do custo de manutenção e reposição de peças e os custos de seguro⁴⁵, e (b) a ineficiência com que sempre atuaram as

⁴⁵ A mudança na política cambial implementada após a desvalorização do Real em janeiro de 1999 alterou profundamente a situação econômica das empresas aéreas no Brasil, dependentes diretamente de negócios realizados em dólar. Ademais, se já não bastasse a alteração dos custos dos insumos da indústria aérea, a desvalorização cambial também provocou uma redução na demanda de passageiros. Porém, além dos rumos da política cambial brasileira, diversos outros fatores historicamente oneraram as empresas de transporte aéreo no Brasil. A menor escala de operações no território brasileiro e a elevada taxa de juros dos financiamentos no mercado nacional contribuem para que o custo de disponibilidade de aeronaves para as companhias aéreas brasileiras seja 10% maior que nos demais países. Em 1997, o preço do combustível no Brasil chegou a um valor 65% superior ao pago no mercado norte-americano. Hoje, com a desvalorização cambial, esse valor sofreu uma queda, mas ainda representa um ônus quase 30% superior ao pago por empresas norte-americanas. Outro fator de destaque é a alta taxação que aeronaves e peças de reposição sofrem ao ingressarem no país, além dos altos juros pagos para financiamento do capital. Quanto ao custo de seguro da aeronave, as empresas aéreas brasileiras de grande porte pagam, em média, 0,142% a.a. de seguros, enquanto uma empresa do mesmo porte nos Estados Unidos paga em torno de 0,093% a.a. Mas

companhias aéreas brasileiras, acostumadas a operarem em um mercado sem competição e tendo seus lucros garantidos por preços supracompetitivos e controlados pelo governo. Não se pode implementar qualquer tentativa de contornar a crise do setor aéreo sem levar em consideração esses aspectos de desempenho do mercado.

Uma outra questão interessante a ser respondida é: ainda que se considere que, no curto prazo, o excesso de oferta seja decorrente da desregulação do setor, tenderia o mercado a um equilíbrio assim como aconteceu na experiência norte-americana? Em outras palavras, somente a desregulação seria responsável pela crise de superprodução e por todos os problemas estruturais que atingem o setor?

Um outro fator importante a ser analisado e que também deve ser levado em consideração é a equivocada política interna das companhias aéreas. Por mais que o processo de liberalização tarifária e o fim do controle de entrada tenham provocado um excesso de oferta e práticas predatórias no mercado, não se pode negar o erro das empresas que, ao longo de oito anos de alterações no mercado (1996-2002), mantiveram a ampliação da oferta dos serviços. O excesso de capacidade não é fruto apenas da entrada de novos concorrentes, mas também de uma equivocada política de mercado das empresas que estavam acostumadas com os índices de lucratividade mantidos pelo controle governamental de preços. Observa-se, como exemplo, a disputa tarifária que se iniciou com o fim do controle estatal de preços, que trouxe a necessidade de otimizar o valor das passagens ao índice de ocupação. Ora, somente com essa pressão competitiva as empresas brasileiras passaram a adotar o sistema de yield management, que já há diversos anos havia sido implementado como uma das principais estratégias empresariais das companhias norte-americanas e européias.

4. Conclusão: o papel da regulação e a introdução da concorrência

Por suas peculiaridades, o transporte aéreo brasileiro não pode ser estudado e modelado sob os mesmos paradigmas que consolidaram a regulação

o fator de maior influência na estrutura de custos das companhias aéreas é o encargo com tributação. A carga tributária da indústria chega a incidir sobre 34% das operações. Para uma análise detalhada dos custos das companhias aéreas ver “Aspectos de Competitividade do Setor Aéreo”, *Informe Infra-Estrutura* n° 42, BNDES, março de 2001, disponível online in www.bndes.gov.br/conhecimento/infra/g7242.pdf [30-06-2004].

da indústria nos Estados Unidos. O que se observou no Brasil foi uma tentativa – que se não frustrada, gerou inúmeros impactos negativos – de abandonar os mecanismos de rígido controle estatal e adotar regras de um sistema de mercado como forma de solução de problemas econômicos e políticos. Entretanto, ainda que desejável, a liberalização do mercado em um país com grande déficit de infra-estrutura aeroportuária e com parte significativa da população excluída do acesso a esse meio de transporte⁴⁶, não será suficiente para promover o desenvolvimento do setor se não for acompanhada de uma regulação ativa que garanta a formação desse efetivo ambiente concorrencial. Parece consenso que nem o modelo regulatório “emergencial” atualmente implementado no mercado aéreo brasileiro, que propõe até mesmo isenção antitruste para operações de concentração entre companhias aéreas, e nem a completa desregulação sem um planejamento e objetivos bem delimitados, conseguirão promover o crescimento da indústria.

A demonstração de falhas de governo (captura) na intervenção e definição das regras do setor aéreo no Brasil não invalida a necessidade de regulação e sua articulação com a defesa da concorrência. A existência de falhas estruturais inerentes ao mercado torna essencial o papel da regulação para o seu desenvolvimento. A operacionalidade da rede de transporte aéreo depende da infra-estrutura aeroportuária e sua correta alocação é fundamental para a promoção da competitividade. Além disso, a preservação da qualidade dos serviços, a fiscalização da manutenção das aeronaves e a segurança dos vôos não podem ser feitas exclusivamente pelo mercado. Outro fator importante a ser considerado é o planejamento da malha de linhas aéreas, para o qual a racionalidade concorrencial apresenta limitações, pois sua tendência será diminuir a oferta nas linhas deficitárias e concentrar esforços naquelas lucrativas.

Cada mercado apresenta a sua lógica própria e assim devem ser pensados a introdução da concorrência e o papel de coordenação da regulação, não como um processo que cede lugar à concorrência, mas uma ação que cria

⁴⁶ No Brasil, em virtude dos altos preços das passagens aéreas, a maior parte dos passageiros é de executivos, os consumidores chamados *time sensitives*. Ou seja, passageiros executivos são sensíveis ao fator tempo, pois, para eles, o tempo é determinante tanto com relação a necessidade de assegurar um tempo mínimo de vôo, bem como a necessidade de viajar exclusivamente em determinadas horas do dia. Importante, para esses consumidores, é o horário do vôo, a frequência de vôos e a existência de vôos diretos.

o próprio mercado. A intervenção regulatória torna-se condição necessária de permanência do próprio sistema concorrencial em um mercado de estrutura propícia a comportamentos estratégicos e com significativas falhas estruturais. Somente através do incentivo para a utilização eficiente dos mecanismos de gerenciamento de receitas para a definição dos preços das tarifas⁴⁷, da regulação técnica como garantia da segurança dos vôos, dos incentivos para investimentos em infra-estrutura e do controle sobre a alocação e o acesso à infra-estrutura aeroportuária⁴⁸, será possível alcançar objetivos de eficiência econômica, universalização das operações para cidades distantes dos grandes centros e conseqüentes benefícios para os consumidores.

⁴⁷ Ao contrário do que ocorre na estrutura tarifária atual, o incentivo deve ser no sentido de permitir uma segmentação da demanda através da cobrança de preços diferenciados em função da variação das elasticidades-preço dos passageiros. Ou seja, ajustes de preços tendo em vista o prazo de antecipação da compra, a necessidade de viagem, o poder aquisitivo dos passageiros, seriam muito mais eficientes e possibilitariam um acesso mais amplo a um número maior de passageiros.

⁴⁸ A disponibilidade de eslots e *gates* (portões de embarque) representa uma das principais barreiras físicas à entrada de novos competidores no mercado. O eslote refere-se ao tempo que uma companhia aérea utiliza para que sua aeronave possa realizar os procedimentos de aterrissagem e decolagem em um certo aeroporto. Assim, cada novo entrante em um determinado aeroporto, e conseqüentemente em uma determinada rota, dependerá da disponibilidade de eslots. Diversos são os problemas práticos que enfrenta o regulador e o coordenador do aeroporto. Nos aeroportos de grande movimentação, o espaço físico e o tempo são extremamente limitados, principalmente nos “horários de pico”. No entanto, para a ampliação dessa infra-estrutura exige-se um amplo espaço físico e elevados investimentos, sendo, em muitos casos, inviáveis. Outro aspecto interessante a ser observado é quanto ao uso abusivo do eslote. Mesmo em um aeroporto com grande disponibilidade de eslots, com capacidade para novos entrantes operarem uma rota, os eslots disponíveis podem estar artificialmente ocupados por companhias que detenham suas concessões. A solução desses problemas depende da definição clara das regras de alocação e realocação dos eslots de um aeroporto, além de regras de obrigação de uso e compartilhamento da infra-estrutura. Alguns países utilizam mecanismos de mercado para a alocação de eslots como forma de incentivar o uso mais eficiente da capacidade aeroportuária. Ainda no que diz respeito à infra-estrutura aeroportuária, há a questão das tarifas aeroportuárias. Atualmente essas tarifas são cobradas em função do tempo de utilização dos serviços, independentemente das condições de oferta e demanda em cada horário. Um sistema que previsse a cobrança de tarifa reduzida para os períodos fora de pico permitiria a entrada de empresas, principalmente aquelas dirigidas a viagens de turismo, sem exigências rígidas de horário, a custos menores.

Por outro lado, não se pode deixar de privilegiar a concorrência nas linhas competitivas, que apresentam baixas barreiras à entrada de novos competidores e alta demanda de passageiros. São basicamente as rotas que interligam os principais aeroportos e as grandes cidades do país, mercado de potencial altamente competitivo. Os efeitos negativos da atual regulação “emergencial” implementada nesses mercados competitivos são evidentes. Erguer significativas barreiras à entrada em um mercado potencialmente competitivo significa impedir a eficiência do setor, a melhoria dos serviços e a redução dos preços das passagens para os consumidores. Nesses segmentos, um processo de flexibilização gradual e planejado teria como principal beneficiário o consumidor. Admitir a importância do papel da concorrência é essencial para a reestruturação do setor.

Mas é importante ter em mente que, no contexto brasileiro, a reestruturação do setor aéreo, como política para superar a crise, e a adoção de um marco regulatório enfrentam uma série de dilemas. O primeiro grande desafio é a percepção de que a reestruturação do setor não pode ser feita sem a definição de seu modelo regulatório, assim como este não pode ser implementado sem antes definir o seu convívio com a política antitruste, ou seja, em que casos a concorrência é possível e desejável. O segundo grande desafio será estabelecer uma coordenação institucional entre o órgão regulador, seja o DAC, seja uma Agência Nacional de Aviação Civil, com os órgãos de defesa da concorrência.

5. Bibliografia

BNDES. “Aspectos de Competitividade do Setor Aéreo”, Informe Infra-Estrutura n° 42, BNDES, março de 2001 disponível online in www.bndes.gov.br/conhecimento/infra/g7242.pdf [30-06-2004].

BRESSER PEREIRA, LUIZ CARLOS. “A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle”, in *Lua Nova*, n° 45, 1998, pp. 49-95.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. *Regulação e redistribuição: a experiência brasileira de universalização das telecomunicações*, Tese de Doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

— Entre eficiência e equidade: reflexões sobre a universalização das telecomunicações em países em desenvolvimento, paper disponível online in www.edesp.edu.br/files/artigos/ [15-05-2004].

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

FIANI, Ronaldo. *Teoria da Regulação Econômica: Estado Atual e Perspectivas Futuras*, disponível online in www.ie.ufrj.br/grc/ [20-08-2003].

GUIMARÃES, Eduardo Augusto; SALGADO, Lucia Helena. “A Regulação do Mercado de Aviação Civil no Brasil”, in *Notas Técnicas* n° 2, IPEA, Rio de Janeiro, outubro 2003, pp. 1-24.

OLIVEIRA, Gesner. *Aspectos Concorrenciais da Privatização em Setores Regulados*, Núcleo de Pesquisas e Publicações da EAESP/FGV, Relatório de Pesquisa n° 21, São Paulo, 1998.

POSNER, RICHARD. “Theories of economic regulation”, in *The Bell Journal of Economics and Management Science*, n° 5, 1974, pp. 335-358.

RODRIGUES, RODRIGO Augusto. *O mercado da aviação doméstica no Brasil: o processo de desregulação comparado com a experiência norte-americana, sob o enfoque da Teoria Política Positiva da Regulação*, dissertação de mestrado apresentada na Universidade de Brasília, Brasília, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2001.

— *Direito Concorrencial – as condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003.

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

TAVARES, Márcia Prates. “O Transporte Aéreo Doméstico e a Lógica da Desregulamentação”, in *Documentos de Trabalho da SEAE* n° 4, Brasília, novembro 1999, pp. 1-44.

TAVARES, Márcia Prates; MOURA ROCHA, Bolívar. “Crise, Concorrência e Regulação no Transporte Aéreo Doméstico Brasileiro”, in *A Regulação da Infra-Estrutura no Brasil – Balanço e Propostas*, Moura Rocha, Bolívar (org.), São Paulo, IOB-Thomson, 2003, pp. 273-304.

A DOCTRINA DAS ESTRUTURAS ESSENCIAIS E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Edilson Vitorelli Diniz Lima

Sumário

1. Introdução: a defesa da concorrência no Brasil
2. A doutrina das estruturas essenciais: advertência inicial
3. Origem da Teoria
- 3.1. A jurisprudência norte-americana após o caso Terminal Railroad
4. A jurisprudência européia
- 4.1. O leading case europeu: caso Commercial Solvents
- 4.2. Julgados da Comunidade Européia após o caso Commercial Solvents
- 4.3. Limitações na aplicação da teoria
- 4.4. Estruturas essenciais e propriedade intelectual
5. Conceito
6. Aplicabilidade ao contexto brasileiro
7. Conclusão
8. Bibliografia

1. Introdução: a defesa da concorrência no Brasil

A análise da defesa da concorrência no Brasil deve sempre se iniciar levando em consideração as peculiaridades, sobretudo históricas, do mercado brasileiro. Ocorre que, nos Estados Unidos, a concentração de empresas, responsável direta pelo surgimento do Direito Econômico, se deu como um fenômeno natural de passagem de um capitalismo atomista para um capitalismo de grupo. E foi justamente essa concentração econômica que fez surgir a nova disciplina jurídica, tanto para, por um lado, conter o poder econômico privado, evitando que este se sobrepujasse aos outros elementos do mercado, quanto para, no pólo oposto, impedir que seu desaparecimento destruísse a própria estrutura de mercado então criada. Anota Fonseca (2001, p. 17):

O Direito Econômico é exatamente o resultado jurídico dessa mudança, pois que, por provocação da concentração capitalista, surge como a solução jurídica para salvar a liberdade de concorrência dentro de um quadro em que predominam os valores sociais.

Esse fenômeno se deu, nos Estados Unidos, em meados do século XIX, período que marca o surgimento do Direito Econômico e de seu ramo mais proeminente, o Direito da Concorrência.

No Brasil, contudo, a concentração econômica não se fez sentir, de forma acentuada, antes da metade do século XX. Até então o país contava com a maior parte de sua população instalada na zona rural e, portanto, com um mercado consumidor ainda incipiente.

Cumprе ressaltar, entretanto, que a concentração econômica brasileira não se deu da mesma forma que a norte-americana, a qual decorreu de uma mutação econômica espontânea. No Brasil, pelo contrário, a concentração foi estimulada pelo Estado, sobretudo através dos planos de desenvolvimento. O Estado, por longo período, assumiu a tarefa de reorganização e condução da atividade econômica, na tentativa de obter o que os economistas chamam de “quadrado mágico”: crescimento, pleno emprego, estabilidade dos preços e equilíbrio exterior (FONSECA, 2001, p. 248).

É necessário, dessa maneira, ao estudioso da concorrência brasileira, estar atento para esse esforço histórico, o qual caracteriza um mercado em que a iniciativa privada ainda é, de certo modo, incipiente e dependente de financiamento e incentivos estatais.

A primeira consequência que deriva dessa conclusão é a de que os atos de concentração, no contexto brasileiro, ainda não são tão problemáticos quanto no norte-americano, dada a fraqueza média dos agentes econômicos privados nacionais. Por essa razão, a tutela concorrencial brasileira deve se atentar muito mais para as condutas vedadas praticadas por agentes econômicos do que para os atos de concentração, uma vez que as condutas têm o condão de lesar, de forma grave e imediata, a concorrência e o equilíbrio mercadológico.

Curiosamente, contudo, a doutrina do Direito da Concorrência no Brasil, e os entes que compõem o sistema brasileiro de proteção da concorrência¹ têm uma história muito maior de estudo e repressão dos atos de concentração que das condutas. Tal fato é extremamente negativo, inclusive no aspecto macroeconômico, uma vez que impede a formação de empresas com capacidade real de concorrência no mercado internacional, bem como permite a prática reiterada de condutas lesivas à concorrência.

¹ A saber: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, a Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão do mesmo

Observa-se que o ato de concentração tem, ao contrário das condutas, um lado positivo, qual seja, a formação de empresas capazes de concorrer no mercado internacional e, desse modo, colaborar para o equilíbrio da balança comercial. As condutas, por sua vez, não trazem qualquer efeito positivo ao mercado, razão pela qual devem (ou deveriam) ser mais fortemente combatidas.

O que pretende o presente trabalho, partindo dessa premissa, é abordar, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina das estruturas essenciais, instalações essenciais ou essential facilities², a qual encontra grande aplicabilidade no Direito Comparado como meio de repressão de condutas anticoncorrenciais, mas é pouco estudada no Brasil. Demonstrar-se-á como a citada doutrina pode ser útil para o avanço da defesa da concorrência no Brasil, sobretudo na solução de problemas causados pelas privatizações ocorridas na década de 90.

2. A doutrina das estruturas essenciais: advertência inicial

Deve-se ter em mente, antes de tudo, que a teoria das estruturas essenciais, por mais relevante que seja, não é um fim em si mesmo. É, antes de tudo, um dos muitos meios através dos quais o Direito Econômico busca otimizar a concorrência, para alcançar seus fins maiores, que são a implementação dos direitos fundamentais e a consecução dos objetivos insculpidos no artigo 3º da Constituição Federal de 1988.

Todavia, o estudo desses fins, por si mesmos, também não é completo, sendo necessário o detalhamento de cada um dos passos necessários à consecução desses objetivos, sob pena de se cair em inescusável e imprestável abstração, que será incapaz de promover qualquer progresso científico, doutrinário ou humanitário.

Ministério e a SEAE, Secretaria de Acompanhamento Econômico, órgão do Ministério da Fazenda.

²As expressões são tomadas como sinônimas ao longo do presente trabalho, uma vez que nem mesmo nos Estados Unidos, berço da doutrina, os autores são terminologicamente unívocos ao se referirem à mesma, conforme anota Lipsky (1999, p. 1189) “*O pedido de acesso compulsório no Direito antitruste, freqüentemente, mas nem sempre expresso pelo termo doutrina das “essential facilities”, cresceu consideravelmente desde a passagem de Baxter na divisão antitruste do Departamento de Justiça*”.

O presente estudo debruça-se sobre uma teoria nascida do casuísmo. Entretanto, assume o desafio de provar que mesmo as teorias mais casuístas podem ser analisadas do ponto de vista científico, obtendo-se, em decorrência de tal análise, uma reconstrução teórico-conceitual muitas vezes mais completa e mais complexa que as decorrentes de teorias academicamente desenvolvidas, uma vez que a realidade é mais rica e variada que o pensamento científico. Assim, após a reconstrução histórico-jurisprudencial da teoria, elaborar-se-á uma generalização conceitual científica, seguindo-se, posteriormente, a exposição da aplicabilidade da doutrina ao contexto brasileiro.

3. Origem da Teoria

A doutrina em geral não diverge em apontar o julgamento do caso *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 1912 (244 U.S. 383, 1912), tendo como relator o Juiz Lurton, como o primeiro caso envolvendo a teoria das estruturas essenciais.

Langlois (1999, p. 7), entretanto, com apoio em Epstein, menciona um julgado anterior, de 1810, na Inglaterra. Seria o caso *Allnut v. Inglis*. O autor, nessa ação, importador de vinhos, se recusava a pagar uma taxa cobrada por um armazém londrino que detinha direito de exclusividade sobre a estocagem de vinhos importados. Lord Ellenborough sustentou que apesar de, em regra, todo homem ter o direito de fixar o preço que quiser por sua propriedade ou pelo uso dela, o detentor de um monopólio, se for dele se beneficiar, deve se portar em termos razoáveis. Em contrapartida à aceitação pelo governo do monopólio particular, o monopolista assumiria o dever de tratar a todos os clientes de maneira equânime e razoável.

Exposta essa controvérsia, é possível passar a análise do caso *Terminal Railroad*, mais comumente aceito como ponto de partida da teoria. O caso tratava de um conjunto de empresas reunidas sob o controle do capitalista Gould que, possuindo todas as pontes e junções ferroviárias que poderiam ser utilizadas para entrar ou sair da cidade de Saint Louis, passaram, em um determinado momento, a se recusar a permitir o uso dessas estruturas por outras empresas que pudessem concorrer com as proprietárias nos serviços de transporte de passageiros e mercadorias na referida cidade americana.

Para que se tenha uma idéia do potencial lesivo de tal ato, não restaria aos moradores de Saint Louis, ou àqueles que quisessem se dirigir à cidade, qualquer outra alternativa mecânica para entrar ou sair da cidade, em de-

corrência de o transporte ferroviário ser, até então, a única alternativa disponível, excetuados, evidentemente, a tração animal e a locomoção a pé. Lipsky (1999, p. 1189) fornece um relato detalhado do âmbito de tal concentração:

Em 1889, o conhecido empresário Jay Gould organizou um consórcio para adquirir instalações ferroviárias dentro e ao redor de Saint Louis, Missouri. O processo antitruste que resultou dessa atitude de Gould – Estados Unidos v. Terminal Railroad Association – envolvia três diferentes meios de cruzar o [rio] Mississippi, quando o governo decidiu finalmente processar o consórcio. Mesmo depois que Gould obteve o controle de cada ponte, sua ânsia de aquisições ainda estava longe da meta. Nessa junção regional e transcontinental de linhas ferroviárias, vinte e quatro linhas independentes operavam – metade na margem do rio Mississippi pertencente a St. Louis, e a outra metade nas planícies que se afastavam de Saint Louis oriental em direção a Illinois, na margem oposta. O grupo de Gould, que incluía quatorze das vinte e quatro linhas, adquiriu todas as instalações ferroviárias de ambas as cidades: terminais e galpões, túneis e trilhos, desde a margem no Missouri até que se cruzasse o rio, em um ponto abaixo.

Em resumo, a aquisição deu a Gould controle total das instalações necessárias para carga, descarga e transporte de carga e passageiros em qualquer ponto da área de St. Louis ou St. Louis oriental, até cruzar o rio Mississippi. Sendo certo que as estruturas sob o controle de Gould eram absolutamente indispensáveis para o transporte ferroviário na região, e considerando a importância desse meio de transporte tanto para os passageiros como para o transporte de carga na área, é difícil imaginar uma fusão atualmente que possa atingir um efeito similar. Talvez se possa imaginar a unificação, sob um controle comum, de todas as estradas, pontes, ferrovias, aeroportos e ruas das cidades de Saint Louis e Saint Louis oriental [East Saint Louis].

A Suprema Corte, instada a se manifestar, decidiu que essa conduta seria tanto uma restrição ilegal da concorrência quanto uma tentativa de monopolização por parte dos agentes econômicos envolvidos.

Essa conclusão decorreu das conseqüências potenciais da fusão, que foram também descritas, com inegável clareza, por Lipsky (1999, p. 1190):

Os efeitos específicos do poder de mercado desse conglomerado eram previsíveis: ele se tornou capaz de impor tarifas para o tráfego em direção e através da área de St. Louis, em decorrência da ponte ferroviária mais próxima se encontrar a 285 milhas ao sul. Essa tarifa, imposta como retribuição complementar, era conhecida como a ‘arbitrária’. O termo sugere a atitude

de das empresas, certamente insatisfeitas com a situação – ressaltes-se, as empresas que necessitavam daquelas instalações e que não faziam parte do grupo de propriedade de Gould.

Asseverou o Tribunal que a recusa em permitir o acesso dos concorrentes seria mera tentativa de monopolização do serviço de transporte, uma vez que havia capacidade instalada suficiente para que comboios ferroviários de outras empresas utilizassem as estruturas, sem que houvesse qualquer prejuízo para os proprietários destas. Não havia, portanto, uma justificativa objetiva que pudesse legitimar a conduta.

Constatado o abuso, restou à Suprema Corte buscar uma solução para a restauração da concorrência. Ainda Lipsky (1999, p. 1190) relata que, em 1905, o Estado americano requereu a dissolução da associação, a fim de restaurar a independência e a competição entre as empresas que a compunham. Mas a Suprema Corte, em 1912, acolheu o argumento do réu de que a atuação conjunta das empresas traria grandes eficiências e, com elas, ganhos para os usuários, em razão da atuação coordenada das operações ferroviárias. Assim, para a Suprema Corte, a dissolução não seria necessária se as partes concordassem em uma solução menos gravosa.

Esse é o ponto que destaca o caso Terminal Railroad. A solução mais óbvia seria estrutural, ou seja, a dissolução da fusão de empresas realizada. Se os agentes econômicos fossem independentes, automaticamente estaria resolvido o problema concorrencial, o que seria preferível do ponto de vista do bem-estar do consumidor. É justamente o fato da Corte ter optado pela solução mais difícil que notabiliza o caso.

Essa solução seria, para a Suprema Corte, a obrigatoriedade da associação permitir a qualquer empresa ferroviária o uso das instalações de sua propriedade nas mesmas condições das demais empresas já possuídas por Gould. Assim, as empresas que quisessem utilizar as instalações da associação, sem dela se tornarem membros, deveriam ser tarifadas de modo a permanecerem no mesmo plano das companhias-membro. A Corte, como bem ressalta Lipsky, não se preocupou em estabelecer os parâmetros de definição dessa tarifa.

A dificuldade de tal solução se encontra no fato de ter-se criado uma situação que demandaria controle constante da Corte, uma vez que as condições de admissão teriam que ser constantemente reanalisadas. Esse controle, entretanto, estaria condicionado à provocação dos envolvidos, uma vez que a Suprema Corte, como órgão jurisdicional, só age por provocação, diferentemente do que ocorre no Brasil, que permite ao CADE, como órgão adminis-

trativo, acompanhar, de ofício, a execução de suas decisões.

A trilha escolhida pelo órgão decisório se mostrou realmente difícil e, de fato, demandou acompanhamento posterior. Tanto é assim que em 1913, 1915 e 1924 a Suprema Corte foi provocada a se manifestar novamente em controvérsias envolvendo o Terminal Railroad Association e as condições de acesso às instalações (LIPSKY, 1999, p. 1196). Esse problema de monitoramento constante foi atenuado com a criação da Federal Trade Commission, nos Estados Unidos, e é estranho à realidade brasileira, em decorrência da estruturação da defesa da concorrência no país.

Em razão dessa solução não estrutural para o problema concorrencial, a Suprema Corte fixou aquele que se tornaria o princípio fundamental da doutrina das estruturas essenciais, que se colhe das lúcidas palavras de Lipsky (1999, p. 1190-1191): “Um monopolista no controle de uma estrutura essencial para outro concorrente é obrigado a dar ao mesmo, sob condições razoáveis, acesso a essa estrutura, se isso for possível”.

3.1. A jurisprudência norte-americana após o caso Terminal Railroad

O conceito exposto no item anterior é o ponto de partida da doutrina das estruturas essenciais, ao qual quase um século de doutrina e jurisprudência acrescentou outros elementos, depurando-o. O âmbito do presente trabalho não permite uma análise histórica detalhada desse percurso, a fim de se demonstrar a evolução do enunciado. Para que se possa entender essa formulação, entretanto, é preciso que se tenha pelo menos uma noção de alguns dos casos mais importantes após a decisão do Terminal Railroad.

O segundo caso no qual a Suprema Corte se valeu da teoria das estruturas essenciais para decidir, e que também é relevante para o desenvolvimento conceitual da doutrina, é o caso *Associated Press v. United States* (326 U.S. 1, 1945).

A *Associated Press* era uma associação³ criada por aproximadamente 1.200 (mil e duzentos) jornais de circulação diária e empresas de obtenção de notícias no mundo. Seus membros eram obrigados a compartilhar uns com os outros as notícias que obtinham, além de contarem com reportagens obtidas por pessoal contratado pela própria associação.

³ É de se ressaltar que o termo “associação”, tanto em relação ao caso *Associated Press*, quanto em relação ao caso *Terminal Railroad Association*, não é utilizado em seu sentido

Mais que isso, era dado a cada membro da associação o direito de vetar o ingresso de um novo participante, possibilitando ao mesmo, e. g., impedir a entrada nesta de um concorrente direto e, desse modo, o acesso do mesmo às notícias nela compartilhadas.

O caso envolveu, de imediato, uma polêmica que contribuiu sobremaneira para a evolução do conceito de essential facilities. É que como a Associated Press não era monopolista no mercado de compartilhamento de notícias, sua defesa contestou a aplicabilidade da doutrina.

Embora a Suprema Corte tenha dissentido muito em seu julgamento, a maioria considerou, embora sem utilizar a expressão, que a Associated Press constituiria uma estrutura essencial e que o poder de veto de seus membros limitava excessivamente a concorrência naquele mercado relevante. Desse modo, a associação poderia continuar existindo, desde que fosse eliminado o poder de veto⁴.

Assim, passou-se a considerar a doutrina das estruturas essenciais aplicável não apenas aos casos em que o agente de mercado é monopolista, mas também aos casos em que o mesmo detém poder de mercado, da mesma forma que considera hoje o direito brasileiro, reputando necessária para a caracterização de condutas anticoncorrenciais apenas a existência de poder de mercado, ou seja, a possibilidade de atuar no mercado sem levar em consideração o comportamento dos concorrentes e, por outro lado, sem correr o risco de exclusão em decorrência desse comportamento⁵.

O terceiro caso que a doutrina norte-americana considera importante para o estudo da teoria das estruturas essenciais é o caso *Gamco Inc. v. Providence Fruit & Produce Building Inc.* (344 U.S. 817, 1952), o qual, embora não tenha sido julgado pela Suprema Corte, mas sim pelo 1º Circuito de Apelação, também abordou com clareza o tema em comento. A importância acadêmica do caso se encontra justamente em ter a Corte apreciado a questão

⁴ É de se considerar, contudo, o que foi observado pelos votos vencidos, que é da própria natureza desse tipo de associação a exclusão de alguns agentes. O acesso indiscriminado destruiria a organização, pois o valor da notícia é justamente sua raridade.

⁵ Fonseca (2001, p. 12) define, com propriedade, o conceito de poder de mercado: *O poder de mercado se define como a capacidade que uma empresa tem de aumentar seus lucros com o reduzir da produção e cobrar mais do que o preço competitivo pelo seu produto. É de entender-se, pois, que, num mercado em que se verifique a concorrência perfeita, não exista poder de mercado, pois todos os seus integrantes são hipoteticamente iguais.*

das possíveis justificativas válidas para a exclusão ou negativa de acesso de um concorrente as quais seriam, em síntese, a existência de uma razão objetiva (ausência de capacidade ociosa etc) para a recusa.

Em 1977, o caso *Hecht v. Pro-Football Inc* (436 U.S. 956, 1978, julgado pelo Circuito de Apelação de Washington D.C.) marcou o primeiro momento em que a teoria das *essential facilities* foi expressamente discutida e no qual se buscaram requisitos específicos de aplicabilidade da mesma. Ressaltou-se, outrossim, a possibilidade de aplicação da legislação de proteção da concorrência aos entes públicos, do mesmo modo que estatui o artigo 15 da Lei 8.884/94⁶.

Os casos futuros envolvendo debates acerca de instalações essenciais partiriam, basicamente, da verificação de quatro aspectos, então já bem delimitados pela jurisprudência e estudados pela doutrina. É o que anota Lipsky (1999, p.1203), esclarecendo, no caso *MCI (MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co., 464 U.S. 891, 1983)*, julgado pelo 7º Circuito de Apelação, que a corte reelaborou essas premissas, estabelecendo, em caráter geral, que um requerente de acesso a *essential facilities* deveria provar, para obter procedência:

- 1 – o controle de uma instalação essencial por um agente detentor de poder de mercado;
- 2 – a impossibilidade, impraticabilidade ou ausência de razoabilidade da hipótese do concorrente (requerente) duplicar a estrutura essencial;
- 3 – A negativa de acesso a esse concorrente, por parte do proprietário;
- 4 – a exequibilidade da concessão do acesso.

4. A jurisprudência européia

Embora a análise da jurisprudência norte-americana já seja suficiente para demarcar com precisão o conceito de estrutura essencial e a história de sua

jurídico, qual seja, aquele dado pelo artigo 53 do Código Civil (união de pessoas para fins não econômicos). Utiliza-se a expressão em seu sentido lato de agrupamento de pessoas para um fim comum.

⁶ No artigo 15 da Lei 8.884/94 lê-se: *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.* (grifo nosso)

formação, impende, por dever de completude, realizar-se pelo menos uma rápida análise da jurisprudência europeia, no que tange à doutrina das essential facilities e seu desenvolvimento no velho continente, uma vez que os julgados, tanto do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, quanto da Comissão de Concorrência Europeia são enriquecedores para a melhor compreensão da teoria.

O artigo 82 do Tratado de Roma, anteriormente artigo 86, recebeu sua numeração atual em decorrência do Tratado de Amsterdã, assinado em 2 de outubro de 1997, e em vigor a partir de 1º de maio de 1999, sendo o dispositivo fundamental para a análise das estruturas essenciais no contexto europeu. O artigo 82 enumera exemplificativamente, tal como o artigo 21 da Lei 8.884/94, as condutas consideradas como ilicitamente restritivas da concorrência, no que tange às restrições comerciais. Observe-se o teor da norma, para uma melhor compreensão dos casos a seguir analisados:

Qualquer abuso de posição dominante cometido por uma ou mais empresas no mercado comum, ou em parte dele, é vedado por incompatível com o mesmo, na medida em que for capaz de afetar as relações comerciais entre Estados-membros.

Esse abuso pode, particularmente, consistir em:

- (a) imposição direta ou indireta de condições injustas de compra ou venda, ou qualquer outra limitação injusta de comércio;
- (b) limitação da produção e do desenvolvimento do mercado ou da tecnologia, em detrimento do consumidor;
- (c) aplicação de condições diferentes a transações similares realizadas com outras partes, desse modo colocando-as em desvantagem competitiva;
- (d) submissão da conclusão de contratos a obrigações suplementares para a outra parte, obrigações que, por sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não tenham conexão com o objeto de tais contratos.

4.1. *O leading case europeu: Commercial Solvents*

A primeira situação em que a jurisprudência europeia enfrentou a questão das estruturas essenciais foi no caso *Commercial Solvents* (casos 6 e 7/73).

Ele retrata a hipótese mais comum de aplicação da doutrina das estruturas essenciais na jurisprudência europeia, qual seja, a entrada de uma

empresa dominante em um mercado a jusante. Tanto é assim que Pitofsky (2002, p. 458) afirma que “a formulação típica da doutrina descreve a conduta em dois mercados verticalmente relacionados”. Entretanto, o autor continua, esclarecendo:

Todavia, não é requisito que um demandante, alegando negativa anticoncorrencial de acesso a uma instalação essencial, demonstre a existência de dois mercados relevantes quanto ao produto distintos. Pelo contrário, como demonstrado em casos recentes que abordaram a doutrina, as partes envolvidas em requerimentos baseados em estruturas essenciais podem ser consumidoras e competidoras do monopolista em um mesmo mercado. Por exemplo, em *Aspen Skiing*⁷, tanto autor como réu operavam estações de esqui. As cortes de julgamento e de apelação não requereram ao autor que provasse que a alegada estrutura essencial – acesso à pista de esqui do réu através da oferta do tíquete multi-área – constituiria, por si mesma, um mercado concorrencial distinto do mercado de estações de esqui. Pelo contrário, o júri definiu o mercado relevante quanto ao produto como “os serviços de pistas de esqui na região de Aspen, incluindo tíquetes para vários dias e para várias pistas”.

Commercial Solvents Corporation era uma empresa norte-americana, das poucas produtoras mundiais de matéria-prima utilizada na produção de etanobutanol (etambutolo, na versão original), o qual é usado na fabricação de medicamentos para tuberculose.

Essa matéria-prima era vendida na Europa, entre outros, para o Istituto Chemioterapico Italiano e para a empresa Zoja, ambas produtoras do medicamento. Havia grandes barreiras para a entrada no mercado de novos produtores de etanobutanol, uma vez que sua obtenção exigia grandes investimentos iniciais e era tecnicamente difícil.

Em 1962, a Commercial Solvents Corporation adquiriu 51% das ações com direito a voto do Istituto Chemioterapico Italiano e, desse modo, começou a operar diretamente no mercado a jusante, utilizando a própria matéria-prima para a produção do medicamento. Commercial Solvents tentou, então, comprar também a empresa Zoja. Essa operação, todavia, não foi concluída. Em 1970, Zoja cancelou um pedido de matéria-prima feito ao grupo Commercial Solvents Corporation e Istituto Chemioterapico Italiano, por ter conseguido obtê-la, a um preço menor, em outro lugar, em decorrência de sobra do produto em distribuidores independentes.

⁷ *Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation*, 472 U.S. 585, 1985

Entretanto, quando Zoja tentou comprar novamente a matéria-prima do grupo, este se recusou a vendê-la, alegando desabastecimento. Todavia, no mesmo período, o produto era fornecido à empresa Itália Cyanamid.

A Comissão e o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia condenaram o grupo Commercial Solvents Corporation - Istituto Chemioterapico Italiano, ressaltando que a conduta constituía um abuso de posição dominante. Afirmou o Tribunal:

“Uma empresa detentora de posição dominante na produção de matéria-prima e, desse modo, hábil a controlar o suprimento dessa matéria a produtores de derivados não pode, só porque decidiu começar a produzir esses derivados (em concorrência com seus consumidores anteriores) atuar no sentido de eliminar seus concorrentes o que, no caso em questão, significaria eliminar um dos principais produtores de etanol no mercado comum”.

A doutrina considera, embora isso não seja expressamente mencionado pela decisão, que a matéria-prima produzida pelo grupo Commercial Solvents era uma essencial facility para Zoja, sem a qual esta não poderia manter-se no mercado. Não havia, outrossim, qualquer justificativa objetiva para a descontinuidade no fornecimento.

4.2. Julgados da Comunidade Européia após o caso Commercial Solvents

Após o julgamento do caso Commercial Solvents, o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia voltou a se defrontar com a doutrina das estruturas essenciais em 1975, no julgamento do caso United Brands (caso 27/76), protagonizado por uma produtora de bananas da espécie “Chiquita”, no qual se considerou uma estrutura essencial o conjunto de distribuidores de bananas, que se tornava de difícil acesso para outros produtores de banana em razão de punições aplicadas pela United Brands a um distribuidor que participou de uma campanha publicitária de outra espécie da fruta.

United Brands alegou que sua conduta não tinha o propósito de lesar a concorrência, mas tão somente de defender seus interesses. O Tribunal de Justiça considerou, entretanto, que “esse comportamento não é aceitável se seu propósito for aumentar sua posição dominante e abusar dela”.

Por “propósito de aumentar sua posição dominante”, todavia, o Tribunal de Justiça entende o comportamento doloso ou culposo, ou seja: “basta demonstrar que United Brands não poderia ignorar o fato de que, agindo da-

quela maneira, desencorajaria outros distribuidores a negociarem outras marcas, o que ocasionaria o fortalecimento de sua posição dominante”.

É de se ressaltar, contudo, que o ilícito concorrencial, como dispõe o artigo 20 da Lei 8.884/94, é objetivo, ou seja, independe de dolo ou culpa. Esse é o entendimento tranqüilo da jurisprudência e da doutrina nacional e internacional. O que o Tribunal de Justiça pretendeu ressaltar em suas considerações foi que a atuação dolosa ou culposa torna indubitosa a atuação lesiva à concorrência. Entretanto, ela não é *conditio sine quae non* para a condenação por conduta anticoncorrencial. A condenação pode ocorrer independentemente de dolo ou culpa.

4.3. Limitações na aplicação da teoria

O caso Brooner (Caso C-7/97, Oscar Brooner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftensverlag GmbH & Co. KG and Others) merece destaque especial entre os julgados europeus por esclarecer com precisão a cautela que deve perpassar a aplicação da doutrina das estruturas essenciais: ela não pode representar um desestímulo à criatividade e ao investimento. Não se pode permitir, em hipótese alguma, que uma empresa se apóie no esforço de outra para crescer, uma vez que o desestímulo ao investimento e à criatividade desestimula a própria concorrência. Desse modo, o acesso compulsório constitui remédio extremo, devendo sempre ser ministrado com cautela. Nesse sentido a opinião de Fredriksson, (2001, p. 44):

(...) uma empresa dominante não tem uma obrigação per se de dividir suas instalações, uma vez que isso desestimularia as empresas a investirem em novas estruturas. O Tribunal também enfatizou sobremaneira a responsabilidade do concorrente que requer acesso à estrutura. Uma pequena empresa não pode se fundar na empresa dominante para erguer seus negócios.

E também de Langlois (1999, p. 8):

É um princípio bem estabelecido, resumido na decisão do Juiz Learned Hand, do caso Alcoa, que a responsabilização anticoncorrencial não deve ser imposta a uma empresa que obteve o domínio do mercado por suas próprias habilidades, visão e capacidade industrial superiores. Em tais casos, escreveu Hand, ‘um forte argumento é que, apesar dos resultados do monopólio serem capazes de expor o público a males, o Sherman Act não tenciona

condenar o resultado dessas habilidades superiores, que são justamente aquilo que o ato visa estimular. O competidor bem sucedido, que foi forçado a competir, não deve ser punido quando vence.

4.4. Estruturas essenciais e propriedade intelectual

Outro caso fundamental de aplicação da doutrina das instalações essenciais na Europa é o caso Magill (Casos C241/91 e 242/91, Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications (ITP) v. Comissão da Comunidade Européia, 1995), que se centra na existência ou não de um dever de fornecer informações protegidas por direitos autorais.

A doutrina do Direito da Concorrência há muito debate a possibilidade de aplicação da legislação concorrencial a mercados regulados por direitos de propriedade intelectual. Ocorre que a propriedade intelectual é, por excelência, uma restrição da concorrência. Entretanto, é uma restrição consagrada pela ordem jurídica, inclusive internacional.

Contudo, com o advento da análise concorrencial segundo a regra da razão, assentou-se que mesmo o direito de restrição concorrencial decorrente da propriedade intelectual deve ser exercido dentro de certos limites, de modo a não constringer desnecessária e abusivamente a concorrência.

A discussão coloca em campos opostos alguns dos principais juristas que tratam da matéria. Lipsky (1999, p. 1219) afirma que quando a “instalação” de que se ocupa a doutrina das instalações essenciais é protegida por direitos de propriedade intelectual, ela será uma fraca candidata à aplicação da doutrina. Assevera o autor:

Diferentemente da propriedade física, a propriedade intelectual não pode ser utilizada sem divulgação ou possibilidade significativa de divulgação. Uma vez divulgada, ela é facilmente apropriável de maneira indevida, o que facilmente destrói seu valor.

(...)

A doutrina das estruturas essenciais é, acima de tudo, um comando legal de negociação e acesso compulsórios. Essa característica é inconsistente com a exclusividade necessária para preservar os incentivos à criação, que é o âmago operacional da legislação de propriedade intelectual em uma economia de mercado. (...) Sob a doutrina das estruturas essenciais, quanto mais única, valiosa e difícil de duplicar for uma invenção, maior será a obrigação

de dividi-la. Em resumo, princípios de instalações essenciais são inerentemente incompatíveis com a proteção à propriedade intelectual.

Pitofsky (2002, p. 452), todavia, com a autoridade de ex-presidente da Federal Trade Commission, afirma que casos recentes da jurisprudência norte-americana demonstram que a doutrina se aplica à propriedade intelectual não menos do que se aplica aos ativos tangíveis. As cortes americanas, segundo o autor, são sensíveis à preocupação de que a limitação à proteção da propriedade intelectual pode reduzir a inovação. Entretanto, os tribunais reconheceram que a aplicação de responsabilização anticoncorrencial, em certas circunstâncias, promove a concorrência e, desse modo, por via de consequência, promove também a inovação.

O autor conclui, citando o decidido no caso *Rural Telephone Service Company v. Data General Corporation* (506 F.2d 765, 10º Circuito, 1992), que:

Apesar da doutrina das estruturas essenciais ter sido aplicada predominantemente a ativos tangíveis, não há razão para que ela não se aplique, como no caso, a informação indevidamente retida. O efeito, em ambas as situações, é o mesmo: uma parte é impedida de utilizar algo que é essencial para que possa concorrer.

O debate, embora candente no Direito Comparado, é de somenos importância para o direito brasileiro, uma vez que o legislador pátrio já regulou, ao tratar da matéria, a possibilidade de licença compulsória em relação aos direitos de propriedade intelectual. A Lei 9.279/96, em seu artigo 68, já estabelece, *in verbis*:

Art. 68. O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado, nos termos da lei, por decisão judicial ou administrativa.

Como a doutrina das estruturas essenciais se volta justamente para coibir abusos de poder econômico decorrentes do mau-uso da propriedade intelectual, pode-se dizer que, no Brasil, há fundamento legal para a aplicação da doutrina à propriedade intelectual.

É interessante observar, inclusive, que o artigo 69, I, do mesmo diploma legal estabelece que a recusa em licenciar, por parte do titular da patente é legítima justamente por uma das hipóteses que legitimam também a negativa de acesso a uma estrutura essencial: a existência de uma justificativa objetiva para a recusa.

Assim, sob certo aspecto, pode-se dizer que a legislação de proteção à propriedade intelectual brasileira positivou a teoria das estruturas essenciais, na medida em que vedou a negativa de acesso abusiva a instalações por ela protegidas, as quais serão, em muitos casos, essenciais para que possa haver concorrência no mercado, já que a propriedade intelectual é, sabidamente, o monopólio legalizado. Nesse aspecto, merece aplausos a legislação nacional, já que, conforme afirma Pitofsky (2002, p. 455), com apoio no caso Kodak II (125 F.3d, decisão do 1º circuito, 1994):

A proteção da propriedade intelectual proporciona apenas uma presunção de justificativa válida para a negativa de acesso. Em outras palavras, uma empresa pode ser responsabilizada concorrencialmente por uma recusa de negociar propriedade intelectual se essa presunção de existência de justificativa for refutada por evidência de intento anticoncorrencial.

5. Conceito

Vã seria, certamente, toda a reconstrução histórica e jurisprudencial realizada no decorrer do presente estudo se, a partir dela, não se pudesse elaborar um conceito da doutrina das estruturas essenciais. É que o conhecimento científico se alimenta primordialmente de conceitos, já que eles são a generalização que permitirá o estudo do instituto jurídico, e sua aplicação à generalidade das hipóteses.

O método utilizado pelo presente trabalho, assim como por toda a doutrina que se ocupou do tema das instalações essenciais, é o método indutivo. Através do estudo de casos particulares, procurou-se chegar a um conceito geral, que seria: Uma empresa com poder de mercado, no controle de uma estrutura essencial para outro concorrente, é obrigada a dar a este, sob condições razoáveis, acesso a essa estrutura, desde que a mesma tenha capacidade suficiente para tanto e a menos que haja uma justificativa objetiva para a negativa⁸.

Toda exposição de um conceito faz nascer a necessidade de análise de seus elementos constitutivos, uma vez que é pelo esclarecimento dos mesmos que se obtém a percepção e depuração do próprio conceito.

⁸ Observe-se, contudo, que a empresa que obtém o acesso deverá remunerar a proprietária da estrutura pelo uso desta. A doutrina das estruturas essenciais não obriga a empresa detentora de posição dominante a realizar liberalidades em prol de seus concorrentes.

Da doutrina internacional podem ser extraídos seis elementos que devem estar presentes concomitantemente para a aplicação da doutrina das estruturas essenciais:

- 1) existência de uma estrutura essencial para possibilitar a concorrência em um determinado mercado relevante;
- 2) controle dessa estrutura por uma empresa detentora de poder de mercado;
- 3) negativa, por parte da empresa controladora, de prover acesso a essa estrutura, sob condições razoáveis, a uma outra empresa que dela necessita para concorrer;
- 4) ausência de uma justificativa razoável, legítima e proporcional para a negativa;
- 5) capacidade ociosa da estrutura, suficiente para possibilitar seu uso por mais um agente;
- 6) impossibilidade prática, legal ou econômica de duplicação da estrutura pelo concorrente.

6. Aplicabilidade ao contexto brasileiro

A opinião de Pitofsky (2002, p. 443), exposta no primeiro parágrafo de sua obra, sintetiza a importância da aplicação da doutrina das estruturas essenciais. Anote-se:

O direito de acesso a uma estrutura essencial controlada por um monopolista tem sido um tema há muito controverso no Direito Concorrencial dos Estados Unidos. Se a estrutura é realmente essencial, uma negativa de acesso significa que o monopolista será imune, pelo menos por algum tempo, à maioria das ações concorrenciais. Por outro lado, uma política que defina acesso encontra generosamente a reclamação ideológica de que o governo está tomando a propriedade privada, e a preocupação mais prática de que ela reduzirá os incentivos à inovação. Em adição a essas preocupações acerca de conflitos políticos está a complicação posterior de que uma simples declaração de acesso é raramente suficiente, e as autoridades governamentais, legislativas, judiciárias ou regulatórias têm também que definir os termos de acesso – preço, prioridade e outros termos e condições de venda – geralmente em bases que requerem supervisão contínua.

Embora de forma tímida, a doutrina das estruturas essenciais já en-

controu eco no país, em julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Trata-se do caso Globo v. Directv, decidido pelo CADE em 2001⁹.

A Rede Globo de televisão, detentora de posição dominante no mercado de televisão aberta, ao passar a atuar no mercado de TV DTH (Direct to Home), através da empresa Sky, recusou-se a licenciar sua programação para que fosse exibida pela Directv, empresa concorrente da Sky. Esta iniciou campanha publicitária fundada em ser a única empresa de TV por assinatura via satélite com o sinal da Globo.

O Conselheiro relator, João Bosco Leopoldino da Fonseca, considerando que os serviços de TV aberta são serviços públicos (concessões estatais), não podendo ser injustificadamente limitados; que a Globo buscava ampliar a posição dominante que detinha no mercado de TV aberta ao mercado por assinatura; que o artigo 23 da Lei 8.977/95 deveria ser interpretado teleologicamente, uma vez que, quando de sua criação, não eram difundidos no Brasil os serviços de DTH¹⁰; considerando, finalmente, que o sinal da Rede Globo seria uma estrutura essencial, sem a qual a Directv seria paulatinamente excluída do mercado, determinou a obrigação da Rede Globo licenciar seu sinal

Entretanto, a conclusão não prevaleceu. Nos termos do voto de vista da Conselheira Hebe Romano, o Conselho, por maioria, julgou improcedente o pedido da requerente, eximindo a Rede Globo da obrigação de contratar imposta no voto do relator. Considerou a Conselheira que não havia indícios suficientes de que a concorrência estivesse sendo eliminada no mercado, uma vez que a Tecsat, nova entrante que não transmitia qualquer canal de TV aberta, vinha ganhando participação, e que a redução do percentual da Directv não era expressiva. A estrutura discutida não seria essencial, uma vez que não estava ocasionando realmente a eliminação da concorrência.

Independentemente da postura que se tome frente aos pontos de vista conflitantes, já que a detalhada análise dos elementos fáticos ultrapassaria o escopo do presente estudo, o importante é salientar que o caso lançou a pedra fundamental para que a reflexão acerca da doutrina das estruturas essenciais que, como demonstrado, já se encontra tão avançada em outros países, pudesse ser iniciada no Brasil.

⁹Processo administrativo 53500-000359/99, julgado pelo Cade em março de 2001.

¹⁰O dispositivo é conhecido como cláusula *must carry* e obriga as empresas prestadoras de serviços de TV aberta a licenciarem seu sinal para as empresas de TV a cabo. O que se discute, entretanto, é se a tecnologia DTH, que não era difundida no Brasil quando da edição da Lei, estaria ou não abrangida nesse dispositivo.

A análise da gênese do debate acerca da doutrina das estruturas essenciais no Brasil conduz, necessariamente, ao questionamento sobre a aplicabilidade da mesma a outros setores da economia nacional. De todo o exposto é possível concluir que a doutrina das estruturas essenciais é aplicável sempre que um agente econômico que detém uma instalação imprescindível para que possa haver concorrência em um dado mercado relevante se negue a compartilhá-la, em condições razoáveis, mas mediante remuneração, com seus concorrentes.

Assim, a teoria pode ser importante caminho para a melhoria da concorrência nos mercados em que ocorreu a privatização de empresas estatais, uma vez que esta, na maioria dos casos, ocasionou uma concentração de estruturas em poder dos vencedores dos leilões. Aliás, a própria variedade dos casos internacionais debatidos ao longo do presente estudo demonstra quão amplo é o âmbito de aplicação da teoria debatida e como ela pode, se bem aplicada, favorecer a defesa da concorrência em diferentes âmbitos da economia nacional.

Um setor que confirma essa tese e em que seria potencialmente aplicável a teoria é o de telecomunicações. Apesar dos méritos da privatização realizada no setor, que permitiu a quase universalização do serviço, sob certo aspecto, o processo apenas substituiu o monopólio estatal pelo monopólio privado.

Explica-se: as estruturas utilizadas para a efetivação da comunicação, tais como centrais telefônicas, cabos etc, foram vendidas a uma única empresa em cada região. Para evitar que essa empresa abusasse dessa posição monopolista que lhe foi legalmente concedida, a legislação criou uma série de obrigações que deveriam ser cumpridas por esses agentes, a fim de possibilitar a efetiva concorrência.

Para que as empresas que não detêm as estruturas telefônicas pudessem ter acesso às mesmas, determinou-se que deveriam pagar uma tarifa pela utilização, a qual corresponderia exclusivamente ao custo que esse uso geraria para o detentor da estrutura. Uma vez efetivado o pagamento, o acesso não poderia ser negado.

Entretanto, a tecnologia avança mais rápido que o Direito, esteja ele consubstanciado em legislação *stricto sensu* ou em resoluções da Agência Nacional de Telecomunicações. O surgimento de novos mercados relacionados às telecomunicações ainda não regulados possibilitou que os detentores das estruturas os reservassem para si. É o caso, por exemplo, do serviço de internet em banda larga.

A internet em banda larga é um serviço que propicia conexão em alta velocidade para o usuário. Esta é feita através da linha telefônica, a qual,

entretanto, não fica ocupada enquanto a internet é utilizada, em decorrência de uma subdivisão de bandas.

A prestação desse serviço pressupõe, como se observa, a utilização de estruturas telefônicas. Todavia, como a Lei Geral de Telecomunicações não previu a obrigação específica das operadoras locais permitirem que outras empresas utilizassem tais estruturas para esse fim, essas empresas criaram subsidiárias com o fito de prestar serviços de internet em banda larga e têm se recusado insistentemente a permitir que quaisquer concorrentes se utilizem dessas estruturas.

Por conseguinte, as empresas controladas pelas operadoras locais operam em regime quase monopolista nesse mercado. Os concorrentes, caso desejem atuar no segmento, são obrigados a montar uma rede estrutural própria, o que torna a prestação do serviço viável apenas em grandes edifícios de apartamentos, nos quais se possam conectar vários pontos.

Essa é, todavia, uma concorrência extremamente limitada, incapaz de dar à maioria dos consumidores opção razoável de escolha, além de submeter o concorrente a custos que não são suportados pela empresa detentora da estrutura, tornando aquela uma vítima potencial de condutas predatórias por parte desta.

Percebe-se, sem grande esforço, que todos os elementos necessários à aplicação da doutrina das estruturas essenciais estão presentes na hipótese ora analisada. A estrutura telefônica, em primeiro lugar, é essencial para que o serviço de internet em banda larga possa ser prestado. Essa estrutura não pode ser duplicada de maneira economicamente viável, já que é necessária uma capilaridade muito grande para atender a todos os potenciais consumidores. Não há qualquer limitação estrutural que seja proibitiva ao acesso de novos concorrentes. Por fim, não há qualquer justificativa razoável para a negativa, a não ser a tentativa das operadoras de telefonia fixa estenderem a posição dominante que detêm nesse mercado ao mercado adjacente de internet em banda larga.

Assim, presentes estariam os pressupostos para uma intervenção antitruste no setor, o que já vem sendo reivindicado pelas operadoras de longa distância, sequiosas de ingressar nesse novo filão. Nas palavras de Purificación Carpinteyro¹¹:

¹¹ Palestra proferida no fórum O Futuro das Telecomunicações, no dia 1º de agosto de 2003, em São Paulo. Publicada na revista Exame, Edição 799, 20.08.2003.

¹² Revista Exame de 12 de maio de 2004, p. 50.

A concorrência, pelo menos no que diz respeito ao acesso local, não aconteceu. O risco não é só que não exista competição nos serviços locais, mas que esse monopólio no acesso local permita a monopolização de toda a cadeia de valor do setor de telecomunicações. Todos os prestadores de serviços de telecomunicações dependem de um recurso essencial, que está nas mãos de um monopólio. Não existe alternativa, nem para os prestadores de serviços de longas distância, nem para os que querem fornecer serviços de banda larga, nem para os provedores de acesso à internet, nem para os provedores de conteúdo. Meu colega Navarro fala da necessidade de incrementar o acesso da população brasileira à banda larga. Até hoje as operadoras locais têm se recusado a dar acesso aos concorrentes para que também nós, usando redes compartilhadas, possamos prestar esses serviços.

É relevante ressaltar que a Agência Nacional de Telecomunicações já estuda a edição de norma para permitir esse compartilhamento da rede, positivando nesse mercado a doutrina das estruturas essenciais¹²:

Além da chegada do competidor mexicano, as operadoras locais têm que se preparar para uma mudança no mercado de telefonia. A Anatel, a agência reguladora das telecomunicações, anunciou que estão quase prontas as regras para permitir que as empresas compartilhem as estruturas físicas no serviço de telefonia. Isso significa que a Telefonica, por exemplo, seria obrigada a alugar sua rede de cabos para uma concorrente como a Embratel oferecer acesso em banda larga à internet a um preço regulado pela Anatel. (...) Se realmente for posto em prática, haverá mais um estímulo para a concorrência no setor.

Esse fato bem demonstra a importância da teoria e a necessidade de que sua aplicabilidade seja melhor estudada no Brasil, de modo que a doutrina também possa auxiliar a melhoria das condições de concorrência em outros mercados.

7. Conclusão

Em conclusão ao presente trabalho, é possível formular algumas assertivas, a fim de sintetizar os principais aspectos debatidos:

I – A doutrina das estruturas essenciais é um importante meio pelo qual a concorrência pode ser aperfeiçoada, de maneira que possa desempenhar adequadamente sua função de proporcionar maior bem estar ao consumidor e, assim, alcançar o objetivo essencial do Direito Econômico, que é a

implementação de Direitos Fundamentais, os quais levarão à consecução dos fins insculpidos no artigo 3º da Constituição da República de 1988.

II – A doutrina das estruturas essenciais surgiu jurisprudencialmente, através da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Terminal Railroad Association*, embora haja autores que apontem indícios de aplicação anterior da mesma. Apesar de ser uma teoria nascida nos tribunais, não há impedimento para que ela seja analisada de uma perspectiva científica e conceitual.

III – Pela decisão do mencionado julgado, pode-se estabelecer que a teoria das estruturas essenciais surge como uma alternativa a soluções estruturais para concentrações. Através do caso pode-se asseverar como conceito da doutrina das estruturas essenciais que “um monopolista no controle de uma estrutura essencial para outro concorrente é obrigado a dar ao mesmo, sob condições razoáveis, acesso a essa estrutura, se isso for possível”.

IV – Através da análise de outros casos importantes da jurisprudência norte-americana, casos *Associated Press*, *Gamco* e *Hecht*, pode-se evoluir na conceituação da doutrina, para afirmar que “uma empresa com poder de mercado, no controle de uma estrutura essencial para outro concorrente, é obrigada a dar a este, sob condições razoáveis, acesso a essa estrutura, desde que a mesma tenha capacidade suficiente para tanto e a menos que haja uma justificativa objetiva para a negativa”.

V – A análise da jurisprudência européia confirma as conclusões decorrentes dos casos norte-americanos, esclarecendo a aplicabilidade da teoria das estruturas essenciais não apenas a ativos tangíveis, mas também a intangíveis, inclusive a direitos autorais, bem como as cautelas e limitações de que deve se cercar sua aplicação.

VI – No Brasil, a Lei 9.279/96, em seu artigo 68, positivou a possibilidade de acesso compulsório a direitos de propriedade intelectual, no caso de abuso de poder econômico.

VII – Do conceito de estruturas essenciais (v. conclusão IV), podem ser extraídos os seguintes elementos, como fundamentais para que se possa falar em acesso compulsório: existência de uma estrutura essencial para possibilitar a concorrência em um determinado mercado relevante; controle dessa estrutura por uma empresa detentora de poder de mercado; negativa, por parte da empresa controladora, de prover acesso a essa estrutura, sob condições razoáveis, a uma outra empresa que dela necessita para concorrer; ausência de uma justificativa

razoável, legítima e proporcional para a negativa; capacidade ociosa da estrutura, suficiente para possibilitar seu uso por mais um agente; impossibilidade prática, legal ou econômica de duplicação da estrutura pelo concorrente.

VIII – No Brasil, a doutrina foi debatida com excelência na decisão do caso *Globo v. Directv*, prolatada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em 2001. Embora a conclusão da maioria tenha sido pela inaplicabilidade da doutrina, o julgado é importante por ter iniciado o debate da teoria no país.

IX – A doutrina das estruturas essenciais é uma opção atraente para a liberalização do mercado brasileiro pós-privatização. Como exemplo, pode-se citar o caso do mercado de internet em banda larga, o qual vêm sendo dominado pelas empresas que atualmente monopolizam as estruturas telefônicas, em decorrência da forma como foi realizada a privatização do setor. Essas empresas estão se valendo do poder de mercado obtido pelo monopólio das estruturas telefônicas para dominarem o mercado adjacente de internet em banda larga.

X - Por essas razões, conclui-se que a doutrina das estruturas essenciais, se adequadamente aplicada, será um importante instrumento para o aprimoramento da defesa da concorrência no Brasil.

8. Bibliografia

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FREDRIKSSON, Sara. *When The refusal to deal becomes an abuse of dominant position: a study of how article 82 EC Treaty limits the freedom of action for undertakings in a dominant position*. Master Thesis, Competition Law. Universidade de Lund, Lund, Suécia, 2001.

LANGLOIS, Richard N. *Technological standards, innovation and essential facilities towards a Shumpeterian Post-Chicago approach*. Working paper, Department of Economics, working paper series. Universidade de Connecticut, Connecticut, Estados Unidos, 1999.

LIPSKY, Abbott B. *Essential Facilities*. *Stanford Law Review*, vol 51, p. 1187-1249, 1999.

PITOFISKY, Robert. *The essential facilities doctrine under U. S. antitrust law*. *Antitrust Law Journal*, vol. 70, p. 443 – 462, 2002.

REVISTA EXAME, Edição 799, 20.08.2003, p. 36-43.

REVISTA EXAME, Edição 817, 12.05.2004, p. 48-51

Julgados mencionados (em ordem cronológica)

Decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos

United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 244 U.S. 383, 1912.

United States v. Associated Press, 326 U.S. 1, 1945.

Aspen Skiing Company v. Aspen Highlands Skiing Corporation, 472 U.S. 585, 1985

Decisões de outros Tribunais dos Estados Unidos

Gamco Inc. v. Providence Fruit & Produce Building Inc., 344 U.S. 817, 1º Circuito, 1952.

Hecht v. Pro-Football Inc, 436 U.S. 956, Circuito de Apelação de Washington D.C, 1978.

MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co., 7º circuito, 464 U.S. 891, 1983.

Rural Telephone Service Company v. Data General Corporation (506 F.2d 765, 10º Circuito, 1992

Kodak II, 125 F.3d, 1º circuito, 1994.

Decisões do Tribunal de Justiça da Comunidade Européia

Istituto Chemioterapico Italiano SPA of Milan and Commercial Solvents Corporation of New York vs. Comission, casos 6 e 7/73.

United Brands, caso 27/76.

Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications (ITP) v. Comissão da Comunidade Européia (caso Magill), casos C241/91 e 242/91.

Oscar Brooner GmbH &Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftensverlag GmbH & Co. KG and Others, caso C-7/97.

Decisão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Globo v. Directv, Processo administrativo 53500-000359/99, relator Conselheiro João Bosco Leopoldino da Fonseca, julgado em março de 2001.

“A REGULAÇÃO DA ANP EM DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO DE EXCLUSIVIDADE NA REVEN- DA DE COMBUSTÍVEIS”.

Caroline dos Reis Amaral

I. Introdução

As agências reguladoras foram criadas no Brasil a partir da implantação de políticas que visavam retirar o Estado da execução direta de atividades consideradas de interesse público, de modo que estas passariam a ser realizadas pela iniciativa privada, sob a fiscalização estatal.

O modelo regulatório visava ao mesmo tempo atender melhor às demandas sociais por melhores serviços, implantando a competitividade em setores antes monopolizados, e livrar o Estado de investimentos necessários em tecnologia e expansão dos serviços, que pelo esgotamento das finanças públicas este não poderia suportar.

No setor petrolífero, a Emenda Constitucional nº 09 de 1995 concretizou a quebra da reserva de mercado existente até então em relação à Petrobrás. No entanto, Constituição Federal manteve, em seu art. 177¹, o monopólio do Estado sobre a pesquisa e exploração de jazidas de petróleo e determinou a edição de lei específica para dispor sobre o órgão regulador destas atividades.

A partir da edição da Lei do Petróleo², que veio regulamentar este dispositivo constitucional, a Agência Nacional do Petróleo - ANP - tornou-se o órgão fiscalizador e regulador de todas as atividades do setor petrolífero,

¹ “Art. 177 – Constituem monopólio da União : I – a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos (...) §2º - A lei a que se refere o §1º disporá sobre: I – a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo território nacional; II – as condições de contratação; III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;”(grifo nosso)

² Assim dispõe a Lei do Petróleo acerca da ANP: “Art. 7º - Fica instituída a Agência Nacional do Petróleo – ANP, entidade integrante da Administração Federal indireta, submetida ao regime autárquico especial, como órgão regulador da indústria do petróleo, vinculado ao Ministério de Minas e Energia”.

passando a representar o poder público no exercício de seu monopólio sobre os recursos energéticos nacionais, com todas as suas prerrogativas.

A revenda de derivados do petróleo está inserida no rol de atividades submetidas ao controle da ANP, que autoriza e fiscaliza a atuação dos revendedores, com o intuito de manter um ambiente competitivo, sem prejuízo das condições de preço e qualidade do produto oferecido ao consumidor.

Este estudo vai partir de uma análise da competência da ANP no que diz respeito à livre-concorrência, entendendo os limites de sua atuação em relação à competência do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE e da Secretaria de Direito Econômico – SDE. Em um segundo momento, pretende-se abordar um elemento característico do setor da revenda de combustíveis que é a relação de exclusividade entre o posto revendedor e a empresa distribuidora, demonstrando a sua importância para a garantia de um mercado transparente e eficiente, em benefício de toda sociedade.

II . Competência da ANP em matéria de Defesa da Concorrência

O processo de desestatização e reforma do Estado, que teve lugar na década de 90, não significou apenas uma transferência da titularidade de algumas atividades do setor público para o privado, mas também a busca de um ambiente mais competitivo nos setores privatizados. Tal se verifica quando percebemos que as leis instituidoras da regulação em cada setor estabelecem como um dos objetivos principais da atuação do órgão regulador a promoção da livre-concorrência.

Assim, nestes setores os agentes econômicos ficaram sujeitos tanto aos regimes de regulação quanto às normas nacionais de defesa da concorrência estabelecidas na lei 8884/94.

Desse modo, criou-se uma espécie de competência comum entre agências reguladoras e os órgãos estatais responsáveis pelas políticas de defesa da concorrência no país, como a Secretaria de Direito Econômico (SDE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Sobre a competência comum entre diversos entes administrativos, Ana Maria de Oliveira Nusdeo³ esclarece: “A sobreposição de esferas admi-

³ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, *Agências Reguladoras e Concorrência*, in *Direito Administrativo Econômico*, Malheiros, 1ª. Edição, 2ª. Tiragem, São Paulo, 2002, p. 188/189.

nistrativas, nesse sentido, longe de ser um mal, gerador de dificuldades burocráticas e operacionais, apresenta-se como uma vantagem do sistema, propiciando que a intervenção dos órgãos de defesa da concorrência se coloque como uma instância revisora das decisões ou omissões no âmbito das agências reguladoras, de maneira a corrigir eventual ‘contaminação’ que as agências possam sofrer em decorrência da influência direta das empresas do setor.”

O que se verifica na prática é uma atuação em etapas, sendo que cada ente administrativo limita sua atividade à hipótese prevista em lei, tendo em vista o princípio da legalidade, segundo o qual a Administração só pode fazer o que a lei previamente autorizou. Sobre o princípio da legalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴ afirma: “O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”.

Cabe lembrar que no caso da regulação de serviços públicos o CADE não seria o órgão competente para exercer qualquer controle ou fiscalização, uma vez que sua atuação é direcionada para as atividades econômicas, sendo um instrumento contra os abusos do poder econômico. No entanto, diferentemente de outras agências, a ANP regula um rol de atividades econômicas, de modo que a competência do órgão regulador coexiste como a do CADE e SDE.

Desse modo, a própria lei criadora da agência tratou de compatibilizar a competência da ANP, em matéria de concorrência, e a atuação do CADE neste ramo.

A Lei do Petróleo estabeleceu como um dos objetivos da política energética nacional a promoção da livre-concorrência⁵, determinando, ainda, como finalidade da Agência Nacional do Petróleo a fiscalização das atividades econômicas praticadas neste mercado, como se depreende do art. 8, caput⁶.

No entanto, a própria Lei do Petróleo também tratou de harmonizar a atuação da agência reguladora ao sistema de defesa da concorrência já existente, limitando sua competência nesta matéria. Assim, a lei criadora da ANP faz expressa referência, em seu art. 10⁷, à atuação do CADE e da SDE em

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, 13ª. Edição, São Paulo, 2001, p.75.

⁵ “Art. 1º – As políticas nacionais para o aproveitamento racional das fontes de energia visarão aos seguintes objetivos: (...) IX – promover a livre-concorrência.”

⁶ “Art. 8º - A ANP terá como finalidade promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo.”

⁷ “Art. 10º - Quando, no exercício de suas atribuições, a ANP tomar conhecimento de

caso de infração à ordem econômica, determinando que sejam comunicados imediatamente de qualquer indício que chegue ao conhecimento da agência.

Desta forma, resta clara a importância da articulação entre os órgãos de defesa da concorrência e as agências reguladoras, cuja constante fiscalização do mercado lhe permite tomar conhecimento mais rapidamente das práticas prejudiciais à concorrência.

Além disso, é com base nesse conhecimento que a agência tem o dever de pautar as suas decisões no âmbito de cada uma das suas funções, como ao decidir onde intensificar a fiscalização, por exemplo.

A análise do texto legal não deixa dúvidas quanto ao caráter complementar que foi destinado à atuação da ANP, em relação à defesa da concorrência. Caberá à agência fiscalizar a atuação dos agentes econômicos e, quando verificado um indício de prática danosa, como a concorrência desleal, informar imediatamente à SDE e ao CADE, que são responsáveis, respectivamente, pela instrução do procedimento administrativo que será instaurado e pela sua decisão final, nos termos da Lei 8.884/94.

É possível que a ANP, atuando na esfera do seu poder de polícia, imponha sanções a certas práticas lesivas ao equilíbrio de mercado, de modo a cumprir o dever funcional de promover a livre-concorrência. No entanto, continua obrigada a informar a infração à ordem econômica aos órgãos competentes, conforme nos explica Ana Maria Nusdeo⁸: “As agências reguladoras, no entanto, estarão extrapolando a sua competência se aplicarem por sua conta as regras e as penalidades contidas na lei 8.884, de 1994. A constatação da existência de possíveis infrações à ordem econômica deverá dar ensejo ao procedimento de investigações estabelecido na lei 8.884, de 1994, culminando com uma decisão do CADE”.

fato que possa configurar indício de infração da ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, para que estes adotem as providências cabíveis, no âmbito da legislação pertinente.

Parágrafo único. Independentemente da comunicação prevista no caput deste artigo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE notificará a ANP do teor da decisão que aplicar sanção por infração da ordem econômica cometida por empresas ou pessoas físicas no exercício de atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, no prazo máximo de vinte e quatro horas após a publicação do respectivo acórdão, para que esta dote as providências legais de sua alçada.”

⁸ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, op. cit., p.184.

Da mesma forma que não pode a ANP extrapolar a sua competência ao lidar com a política de coibição de práticas anticompetitivas, também não é atribuída ao CADE a competência para apreciar a compatibilidade ou não dos atos normativos emanados das agências com a manutenção do equilíbrio de mercado.

É importante destacarmos que a atuação da ANP envolve a regulação de atividades consideradas de utilidade pública e que, portanto, têm diversos aspectos a serem ponderados em um processo decisório, como a garantia do abastecimento nacional o preço e a qualidade dos produtos comercializados, além da proteção ao consumidor, por exemplo.

Em tese, verificada uma incompatibilidade entre o ato praticado e o equilíbrio de mercado, restaria ao CADE apenas a possibilidade de recorrer ao judiciário, no intuito de defender as condições de exercício da sua função primordial de zelar pela observância deste princípio constitucional, com base no art. 7º, inciso I, lei 8.884/94.

Com o objetivo de implantar esta atuação conjunta entre a agência, a SDE e o CADE, a ANP criou, através da Portaria nº 60 de 2000, a Comissão de Defesa da Concorrência – CDC, que nos termos do art. 1º de seu Regimento Interno⁹, teria a finalidade de assessorar a diretoria da ANP e dar cumprimento ao Acordo de Cooperação Técnica celebrado com o CADE e a SDE.

Na prática, cabe à Comissão de Defesa da Concorrência – CDC encaminhar as representações enviadas pela SDE às respectivas Superintendências, para que sejam devidamente averiguadas, e analisar as representações recebidas diretamente pela ANP, decidindo que tratamento deve ser dispensado às mesmas, na forma do disposto no art.4º do seu Regimento Interno¹⁰.

⁹ “Art. 1º- A comissão de Defesa da Concorrência, instituída pela Portaria nº 60 de 05 de abril de 2000, tem por finalidade assessorar a Diretoria em suas decisões no campo de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, e dar cumprimento às obrigações assumidas pela ANP no Acordo de Cooperação Técnica, celebrado com o Conselho Administrativo de Direito Econômico – CADE e a Secretaria de Direito Econômico – SDE”.

¹⁰ “Art. 4º - A CDC reunir-se-á quinzenalmente para deliberar sobre questões de sua competência observando a seguinte ordem nos trabalhos:

I – Leitura, discussão e aprovação da ata da sessão anterior;

II – Aprovação da distribuição das representações encaminhadas pela SDE às Superintendências, efetivada pelo coordenador; e

III – Análise das representações recebidas diretamente pela ANP para decisão quanto ao tratamento a ser dispensado às mesmas, podendo:

Deste modo, temos que dependendo do tipo de infração que se verificar no caso concreto, a representação deverá ser encaminhada pela CDC a uma determinada Superintendência, responsável pela averiguação preliminar, que deverá ser posteriormente enviada pela ANP à SDE, notificando-a dos indícios técnicos da existência da infração.

Por fim, nos processos administrativos em andamento na SDE, quando encaminhados por esta Secretaria, caberá à respectiva Superintendência da ANP emitir um parecer técnico conclusivo, que irá integrar a instrução do processo, de modo que possa ser encaminhado ao CADE, ente responsável pela decisão final, com todos os elementos necessários ao ato decisório.

III . O direito de exclusividade e a garantia do princípio da livre-concorrência na revenda de combustíveis

Vimos, então, que cabe à ANP a fiscalização das atividades da indústria do petróleo, visando a manutenção do equilíbrio de mercado, sem prejuízo do melhor atendimento ao consumidor. Passamos, agora, ao estudo das atividades de distribuição e revenda de derivados do petróleo, que constituem o setor da indústria petrolífera denominado “downstream”, que também foram regulamentadas pela Lei 9.478 de 1997. Na seção “Das Definições Técnicas”, o art. 6º, incisos XX e XXI¹¹, da Lei do Petróleo, nos trouxe a definição das atividades de distribuição e revenda.

-
- a)quando manifestamente improcedentes, arquiva-las de plano, comunicando ao denunciante as razões do arquivamento;
 - b)solicitar maiores esclarecimentos ao denunciante, para posterior decisão quanto ao arquivamento ou encaminhamento da denúncia; ou
 - c)encaminhar às Superintendências para pronunciamento.

IV – Análise das respostas elaboradas pelas Superintendências, podendo:

- a)considerar inconcluso o parecer técnico e reencaminhar à Superintendência para esclarecimentos adicionais;
- b)considerar conclusivo o parecer técnico e encaminhar ao diretor supervisor aprovação em reunião de diretoria e posterior encaminhamento à SDE; ou
- c)considerar inexistente a infração denunciada à ANP, excluídas as que forem encaminhadas pela SDE, propondo seu arquivamento.”

¹¹ “Art.6º - Para os fins desta Lei e de sua regulamentação, ficam estabelecidas as seguintes definições: (...) XX – Distribuição: atividade de comercialização por atacado com a rede varejista ou com grandes consumidoras de combustíveis, lubrificantes, asfaltos e gás liquefeito envasado, exercida por empresas especializadas, na forma das leis e regulamentos aplicáveis.

A Lei 9.847 de 1999, ao tratar da fiscalização das atividades relativas ao abastecimento nacional de combustíveis, em seu art. 1º, § 1º¹², também tratou da revenda e distribuição, ao dispor sobre as atividades abrangidas pelo abastecimento nacional de combustíveis, consideradas de utilidade pública.

De fato, este caráter de utilidade pública é o grande diferencial das atividades da indústria do petróleo, entre elas a revenda e distribuição, em relação a outras atividades econômicas, o que as submete à fiscalização de um órgão regulador, neste caso, a ANP.

Ocorre que o posto revendedor pode estar vinculado a uma única distribuidora, ostentando uma marca da qual ela é a proprietária, ou pode ser um revendedor independente, não vinculado à marca de uma distribuidora específica.

O denominado posto “bandeira-branca”, por ser independente, pode adquirir combustível de um ou mais fornecedores, ostentando uma marca própria, dissociada de qualquer distribuidora.

A Agência Nacional do Petróleo – ANP regulamentou a atividade de revenda de combustíveis através da Portaria nº 116, publicada no Diário Oficial da União, em 06 de julho de 2000¹³.

A Portaria 116, em seu art. 11, também tratou do posto bandeira-branca, estabelecendo a obrigação deste revendedor de informar ao consumidor a origem do produto comercializado¹⁴.

XXI – Revenda: atividade de venda a varejo de combustíveis, lubrificante e gás liquefeito envasado, exercida por postos de serviços ou revendedores, na forma das leis e regulamentos aplicáveis”

¹² “Art. 1º - A fiscalização das atividades relativas à indústria do petróleo e ao abastecimento nacional de combustíveis, bem como do adequado funcionamento do Sistema Nacional de Estoques de Combustíveis e do cumprimento do Plano Anual de Estoques Estratégicos de Combustíveis, de que trata a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, será realizada pela Agência Nacional do Petróleo – ANP ou, mediante convênios por ela celebrados, por órgãos da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. § 1º - O abastecimento nacional de combustíveis é considerado de utilidade pública e abrange as atividades de produção, importação, exportação, refino, beneficiamento, tratamento, processamento, transporte, transferência, armazenagem, estocagem, distribuição, revenda e comercialização de petróleo, seus derivados básicos e produtos, gás natural e condensado, bem como a distribuição, revenda e comercialização de álcool etílico combustível” (grifo nosso).

¹³ “Art.2º - A atividade de revenda varejista consiste na comercialização de combustível automotivo em estabelecimento denominado posto revendedor”.

¹⁴ “Art. 11 - O revendedor varejista deverá informar ao consumidor, de forma clara e

Por outro lado, a Portaria mencionada criou para o revendedor vinculado à marca de uma distribuidora a obrigação de exclusividade, conforme se verifica em análise do mesmo art. 11, em seu § 2º¹⁵.

No entanto, tal norma não pode ser considerada uma inovação da Agência Nacional do Petróleo. Desde a instituição do Conselho Nacional do Petróleo – CNP, já existia o vínculo da exclusividade entre o distribuidor e o revendedor de combustíveis e derivados do petróleo, que deveria, inclusive, ser registrado junto ao órgão competente, conforme as Resoluções 7/75, 7/77, 7/85 e 16/87¹⁶. Posteriormente, quando o Departamento Nacional de Combustíveis – DNC passou a ser o órgão responsável pela fiscalização e regulamentação do sistema de abastecimento nacional, ficou temporariamente revogada a vinculação necessária do posto revendedor à empresa distribuidora, até que o Ministério de Minas e Energia manifestasse seu entendimento em defesa do direito de exclusividade da distribuidora em relação ao revendedor que ostentasse a sua marca, conforme expresso na Portaria Ministerial nº 61 de 1995¹⁷.

Esta norma suscitou grandes debates à época de sua edição, dando lugar a dois entendimentos diversos. Por um lado, considerava-se que o direito de exclusividade favorecia as grandes distribuidoras, que tinham grande número de postos ostentando a sua marca e, portanto, sujeitos à sua política de preços e formas de pagamento mais ou menos vantajosas de acordo com o volume de produtos comercializados em cada estabelecimento.

ostensiva, a origem do combustível automotivo comercializado. § 1º - O revendedor varejista poderá optar por exibir ou não a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos. (...) § 3º - Caso o revendedor varejista opte por não exibir a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados do petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, deverá identificar, de forma destacada e de fácil visualização, em cada bomba abastecedora, o distribuidor de combustíveis líquidos e derivados do petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos fornecedor do respectivo combustível”.

¹⁵ “Art. 11 - (...) § 2º - Caso o revendedor varejista opte por exibir a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados do petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, deverá vender somente combustíveis fornecidos pelo distribuidor detentor da marca comercial exibida”.

¹⁶ MACHADO, Edmar Gomes, SAYEG, Ricardo Hasson, CARVALHEIRO, Cláudia, *Distribuição de Combustíveis Automotivos*, in Revista do Direito do Consumidor nº 36, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p.202.

¹⁷ “Art. 11 – O revendedor varejista que exibir a marca de identificação comercial de uma distribuidora, somente poderá adquirir combustíveis da referida distribuidora”.

Desta forma, ainda que a oferta de uma outra distribuidora fosse muito melhor, o posto ficaria impedido de aproveitá-la, tendo que cumprir a sua obrigação de só adquirir combustíveis da distribuidora ao qual estaria vinculado.

Assim, primeiramente, argumentou-se que esta seria uma violação ao princípio da livre-concorrência, como relatado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros, em Mandado de Segurança nº 4.578/DF¹⁸, julgado em 23 de setembro de 1998: “(...) Com esses dispositivos, o Senhor Ministro de Estado terminou outorgando as grandes distribuidoras, exclusividade para abastecer os postos varejistas que ostentam suas respectivas marcas; esta forma de vinculação induz a cartelização – prosrita pela atual ordem constitucional beneficiando as grandes distribuidoras; o Congresso Nacional, recentemente, quebrou as regras do Monopólio do Petróleo, não podendo o Senhor Ministro de Estado, através de simples portarias, desestruturar toda a relação comercial existente e em vigor no mercado de compra e venda de combustíveis; os dispositivos impugnados agredem os princípios constitucionais da livre iniciativa, livre-concorrência, segurança jurídica, moralidade administrativa e vinculação dos atos públicos às diretrizes do planejamento; a relação que se trava entre as distribuidoras e os postos revendedores efetiva-se através de contratos de compra e venda, disciplinados pelo direito privado. Por isto, não se expõe a restrições partidas de autoridade administrativa”.

Por outro lado, parte da doutrina e jurisprudência nacional demonstra um outro aspecto da questão, que vamos analisar melhor no tópico a seguir, argumentando que dentre os princípios da ordem econômica também se incluem a valorização do trabalho humano, a função social da propriedade e a defesa do consumidor. De modo que se ressalta a necessidade do Estado intervir nas atividades econômicas sempre que as forças do mercado forem insuficientes para a garantia da justiça social e outros ditames constitucionais, através da fiscalização, incentivo e planejamento em determinados setores.

Na realidade, através dessa norma, emanada da Portaria do Ministério de Minas e Energia, que, posteriormente, a Agência Nacional do Petróleo reeditou ao tratar na atividade da revenda de combustíveis, a Administração só veio a regulamentar o que os contratos entre revendedor e distribuidora já vinham dispendo através da cláusula de exclusividade. O Ministro do Superior Tribunal de Justiça Milton Luiz Pereira no Mandado de Segurança nº 4.578/

¹⁸ MS 4578/DF, decisão por maioria da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça STJ, Relator Humberto Gomes de Barros, julgado em 23/09/98.

DF¹⁹, ao qual já fizemos menção, critica esta norma justamente por entender que este tipo de regra traduz uma intervenção do Estado no direito contratual, que só poderia se efetivar através de lei formal, e não através de Portarias da própria Administração: “Trata-se de clara intromissão na economia dos contratos entre distribuidoras e fornecedores. Quiçá pudesse traduzi-la a lei formal, em atenção ao novo perfil que a intervenção estatal na economia imprimiu no correr deste século ao direito contratual. Nunca, porém, meras portarias de pretendida vocação regulamentar. Como anota Geraldo Ataliba, com apoio em lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, é ‘inconstitucional o regulamento que pretenda interpor-se entre dois particulares, em suas relações civis ou comerciais’. Fizeram época há dois decênios, numerosos litígios deflagrados entre distribuidoras e revendedores de derivados de petróleo, vinculados geralmente por contratos coligados de concessão de venda com exclusividade e de comodato do equipamento utilizado para revenda. Fundaram-se quase sempre em inadimplemento contratual dos revendedores - não raro traduzido em infidelidade à chamada ‘bandeira’ -, alegado pelas distribuidoras. Resolveu-os, todos, à luz do direito comum, o Poder Judiciário, inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, ao qual foram ter. Jamais se cogitou de que pudesse desatá-los, ou mesmo preveni-los mediante norma vedatória do tipo da questionada, a própria Administração”.

Buscamos na obra de Werter R. Faria²⁰, que tratou especificamente dos contratos de distribuição, uma definição para a cláusula de exclusividade, que os integra: “A exclusividade é uma cláusula especial ao contrato de concessão de venda em que o concessionário se obriga a comprar do concedente, para revender numa zona determinada, bens produzidos ou distribuídos pelo segundo.”

Um aspecto negativo dos acordos de exclusividade é o fato destes reduzirem o surgimento e a expansão de outros fornecedores, à medida que poucas empresas vão estabelecendo uma área de atuação própria, garantindo o escoamento apenas da sua própria produção.

Tratando dos limites da liberdade contratual na ordem jurídica portuguesa, o autor português Manuel Couceiro Nogueira Serens²¹ identifica o

¹⁹ MS 4578/DF, decisão por maioria da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Relator Humberto Gomes de Barros, julgado em 23/09/98.

²⁰ FARIA, Werter R., *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*, Sergio Antonio Fabris Editor, Rio Grande do Sul, 1992, p.71.

²¹ SERENS, Manuel Couceiro Nogueira, *Direito da Concorrência e Acordos de Compra Exclusiva*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 37.

problema: “Em última instância, as obrigações de exclusividade, normalmente incluídas em acordos verticais, - acordos celebrados entre empresários que operam em níveis diferentes do processo de produção ou de distribuição - , dificultam o acesso ao mercado de novos concorrentes e, conseqüentemente, limitam a escolha dos consumidores”. (...) “Por outras palavras, se o revendedor se obriga a comprar exclusivamente produtos de determinada marca, o consumidor não dispõe, junto desse mesmo revendedor, de qualquer possibilidade de escolha. Nesse sentido, sem dúvida que os acordos de compra exclusiva têm conseqüências negativas para a concorrência entre marcas diferentes”.

Outro tipo de problema surge quando a cláusula de exclusividade passa a integrar uma série de contratos, tornando-se uma imposição por parte das grandes distribuidoras aos seus revendedores, gerando não apenas a obrigação de compra, mas também sujeitando o revendedor a uma política de preços fixada unilateralmente pela empresa. Isto, principalmente, quando a distribuidora tem o domínio de uma parcela significativa do mercado, de modo que a sua posição torna cada revendedor, individualmente considerado, mais vulnerável à sua imposição.

Estas obrigações do revendedor geradas pelo contrato com cláusula de exclusividade com a distribuidora foram analisadas por Manuel Couceiro Nogueira Serens²², partindo de um estudo sobre este tipo de contrato: “Desse contrato, e olhando as coisas pelo lado do revendedor (empresa A), ressaem as seguintes obrigações: a) obrigação de ‘utilizar em exclusividade’, não apenas combustíveis, mas também lubrificantes fornecidos pela empresa C, obrigação essa que se diz valer para ‘instalações diversas do estabelecimento a que o contrato respeita’ (cláusula 13^a, n^o 1); b) obrigação de vender os referidos produtos ‘pelos preços oficiais ou na falta destes, pelos constantes das tabelas da empresa C’ (cláusula 3^a, n^o 1); c) obrigação de comprar quantidades mínimas dos produtos que constituem objecto da obrigação de compra exclusiva (cláusula 15^a.); d) obrigação de se conformar com as directivas de política comercial do fornecedor, e de zelar pelo goodwill da respectiva marca”.

No entanto, o referido autor²³ também apontou que existem vantagens neste tipo de acordo, como a garantia de um abastecimento regular, conforme a seguinte explicação: “Para além de, em geral, conduzirem a uma melhoria da distribuição, os acordos daquele tipo também permitem ao forne-

²² SERENS, Manuel Couceiro Nogueira, op.cit., p. 60/61.

²³ SERENS, Manuel Couceiro Nogueira, op. cit., p. 55/56.

cedor planificar a venda dos seus produtos de maneira mais exacta e com maior antecedência, assegurando ao revendedor um abastecimento regular durante o período por que vigoram; por outro lado, tais acordos facilitam a promoção da venda de um determinado produto, e permitem actuar de uma maneira intensiva no mercado”.

Além disso, é preciso ressaltar que a distribuidora não pode vender o seu produto diretamente ao consumidor, salvo no caso de posto-escola, conforme expresso na Portaria n° 116 de 2000, em seu art.12²⁴.

Por isso, é muito comum neste setor a empresa distribuidora arcar com as despesas da criação do estabelecimento comercial, necessário ao escoamento da sua produção, como os custos de instalação e manutenção dos equipamentos, por exemplo, exigindo em contrapartida a cláusula de exclusividade. Neste caso, a exclusividade teria também o caráter compensador, visando garantir o retorno de todo capital investido naquele posto revendedor.

Na doutrina nacional, também Werter R. Faria²⁵, citando Guyénot, nos fala das vantagens que estimulam o revendedor a aderir a um contrato de exclusividade: “As grandes sociedades petrolíferas adiantam, inclusive a fundo perdido, o dinheiro necessário aos donos de postos de gasolina para modernizarem-nos e, até mesmo, abrirem novos postos de gasolina. Em contrapartida exigem dos seus mutuários ou donatários vinculação exclusiva de compra, incidente sobre litragem, cujo montante é calculado em função das vantagens que lhe proporcionam. A duração do contrato corresponde ao tempo gasto pelo dono do posto de gasolina para dar vazão à litragem que se vinculou a comprar para revender. Ao termo fica liberado da sua dívida e da vinculação exclusiva de compra, ao mesmo tempo’ ”.

Assim, resta claro que o direito de exclusividade tornou-se objeto de uma negociação que pode ser muito atraente e vantajosa para o revendedor, apesar de restringir as suas opções de fornecedor.

Werter R. Faria²⁶ também salienta que os efeitos deste tipo de res-

²⁴ “Art. 12 – É vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos o exercício da atividade de revenda varejista. §1º - o caput do artigo não se aplica quando o posto revendedor se destinar ao treinamento de pessoal, com vistas à melhoria da qualidade do atendimento aos consumidores.”

²⁵ FÁRIA, Werter R., *Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição*, Sergio Antonio Fabris Editor, Rio Grande do Sul, 1992, p.58.

²⁶ FÁRIA, Werter R., op. cit., p.59.

trição gerada pelo contrato de exclusividade devem ser analisados segundo a parcela do mercado atingida por um dos contratantes, o que poderá configurar a existência ou não de dominação de mercado : “A restrição à concorrência é ínsita às cláusulas ou contratos dessa espécie, de sorte que tem razão Blaise (1993, p.92) ao recomendar que, ‘para apreciar o efeito de um acordo de aprovisionamento exclusivo, e especialmente a maneira como entrava o acesso ao mercado, primeiro faz-se necessário ter em conta a importância do fornecedor’. Quando ele detém posição dominante, o fato de impor a exclusividade de aprovisionamento aos seus revendedores pode constituir exploração abusiva. Em segundo lugar, é preciso tomar em consideração, ademais, a importância da parte do mercado coletivamente detida pelos distribuidores vinculados pelo acordo. Sendo considerável, pode haver grave restrição à concorrência. O contrato de fornecimento exclusivo proporciona ao fabricante certeza de que a sua produção encontrará saída; ao passo que o concessionário, como nos casos das bebidas e dos combustíveis, acessoriamente ao contrato de distribuição poderá conseguir diversas vantagens, sem as quais não instalaria o negócio ou reformaria o estabelecimento”.

Assim, para constatarmos a existência de restrição à concorrência, temos que verificar a existência de algumas condições. Em primeiro lugar, a existência de poder de mercado (ou posição dominante) por parte da empresa que implementa a exclusividade. Além disso, a parcela do mercado atingida por esta prática deve ter extensão significativa. Por último, devem existir barreiras à entrada no mercado de origem, como por exemplo a necessidade de capital vultoso, ou um tipo de tecnologia de difícil acesso, o que inviabilizaria o surgimento de novos fornecedores.

O fato é que a concorrência no setor do downstream não foi uma inovação trazida pela reforma administrativa da década de 90, como aconteceu em outras atividades da indústria do petróleo. Na verdade, empresas distribuidoras de grande porte já atuavam no Brasil mesmo antes da abertura de mercado.

No entanto, foi a liberação de preços determinada pelo Ministério da Fazenda, através da Portaria 59/96, pouco antes da criação da ANP, que impulsionou a competição entre as empresas do ramo, que até então trabalhavam segundo as margens de lucro e o preço de revenda determinado pelo Ministério de Minas e Energia.

Nesse novo contexto, ao mesmo tempo em que a agência determinou a obrigação de fidelidade dos postos com relação à marca da distribuidora que ostentar em seu estabelecimento, também criou a figura dos postos “ban-

deira-branca”, visando garantir o fomento à livre-concorrência no setor, uma vez que este poderia comprar o produto do fornecedor que lhe oferecesse melhores condições de pagamento, livre da obrigação de fidelidade a uma marca, o que, em última análise, beneficiaria o consumidor final.

Por fim, no que diz respeito à obrigação de exclusividade, estabelecida por ato normativo da ANP, entendemos que ela está em perfeita consonância com as práticas de mercado, que contratualmente já criavam este tipo de obrigatoriedade através da cláusula de exclusividade.

Além disso, o efeito deste tipo de restrição, em razão da fidelidade à marca, foi muito amenizado pelo fato de que só existirá exclusividade se o posto optar por exibir uma determinada marca, garantindo ao revendedor a possibilidade de operar postos desvinculados e independentes de qualquer distribuidora.

É preciso consideramos também que o crescimento dos postos “bandeira-branca” possibilitou o acesso de todo tipo de fornecedor ao mercado de combustíveis, facilitando ainda mais o surgimento de novos distribuidores, abalando a parcela do mercado abastecida pelas grandes distribuidoras.

O comentário de Regina Zamith²⁷ ressalta essa mudança no mercado de combustíveis: “Os postos de abastecimento são em torno de 26 mil em todo país, e quase todos tinham contratos de exclusividade com as distribuidoras em troca de suporte e de apoio técnico-financeiro. Porém, com as mudanças das regras de mercado, liberando os postos para comprarem das distribuidoras que desejassem, tem crescido o número de postos que não mantêm exclusividade, oferecendo combustíveis de diversas procedências, são os postos multibandeiras ou de bandeira branca”.

Destacamos a seguinte passagem da palestra proferida por Adriano Pires²⁸ que trata do fácil acesso de novos fornecedores ao mercado: “Esse setor de distribuição, por sua natureza econômica, sempre poderá ser bastante competitivo, porque ao contrário da outra cadeia do petróleo, do upstream, o setor de distribuição não apresenta barreiras econômicas e tecnológicas. Hoje, para se abrir uma distribuidora, a questão do capital não é tão grande assim e a tecnologia está ao alcance de todos. (...) Por isso, esse setor ao contrário de

²⁷ ZAMITH, Regina, *A Indústria Para-petroleira Nacional*, Annablume, São Paulo, 2001, p.63.

²⁸ PIRES, Adriano, *Retrato do mercado atual*, em Seminário Jurídico sobre o Mercado de Distribuição de Combustíveis, realizado em 30 de Junho e 1º de Julho de 2000, organização: IBP/AJUFE, p.40.

outros na cadeia do petróleo tem mais facilidade de viabilizar a existência de um número de empresas, inclusive pequenas, regionais etc.”

Também sobre o tema, versou a palestra de Jorge Luiz Sarabanda da Silva Fagundes²⁹: “A princípio, existem indícios de que a exclusividade não gera efeitos anticompetitivos no mercado de distribuição de combustíveis. Por quê? Primeiro, os contratos de exclusividade são uma característica setorial, inclusive estando presentes os no relacionamento entre distribuidoras e postos de revenda em outros países. Não são, portanto, o resultado de uma conduta isolada praticada por uma distribuidora com posição dominante. O segundo ponto diz respeito à relativa facilidade para que novos entrantes acessem ou ganhem a bandeira de um certo posto. Cerca de 20% dos postos negociam seus contratos anualmente, de modo que há espaço para a entrada de novos concorrentes.”

Pelo acima exposto, devemos concluir que a obrigatoriedade de fidelidade à distribuidora ao qual o posto está vinculado, não impede o acesso de outros agentes ao setor da revenda, garantindo a livre-concorrência entre postos exclusivos ou não de diferentes fornecedores.

IV. O direito de exclusividade sob o enfoque da proteção ao consumidor

As regras do Código de Defesa do Consumidor são normas de ordem pública e perfeitamente aplicáveis às relações que se desenvolvem no mercado de combustíveis, devendo ser compatibilizadas com as normas emanadas da agência, além da própria lei instituidora do órgão regulador.

No que diz respeito à indústria do petróleo, as relações de consumo estão inseridas somente no setor de revenda, sendo o revendedor o último elo entre a cadeia de produção e o consumidor.

O revendedor atua no mercado com a autorização da ANP, a quem cabe fiscalizar a sua atuação, verificando se estão sendo cumpridas as condições necessárias ao exercício da atividade.

Cabe lembrar que o revendedor só está autorizado a comercializar produtos derivados do petróleo nas condições especificadas pelo órgão regu-

²⁹ FAGUNDES, Jorge Luiz Sarabanda da Silva, *Relação Vertical entre distribuidoras e Postos Revendedores*, em Seminário Jurídico sobre o Mercado de Distribuição de Combustíveis, realizado em 30 de Junho e 1º de Julho de 2000, organização: IBP/AJUFE, p.251.

lador. A atividade do posto revendedor tem que atender a todas as normas emanadas da agência, sendo que, a estas, também se somam as normas do Código de Defesa do Consumidor, aplicáveis a toda relação de consumo.

Dentre as normas de proteção ao consumidor o CDC incluiu o direito à informação, em seu art. 6º, inciso III³⁰. Esse dispositivo impõe ao fornecedor a obrigação de dar as informações corretas quanto à qualidade, preço e características do produto, garantindo ao consumidor a possibilidade de escolha do que for mais adequado.

Cláudia Lima Marques³¹ nos explica que o dever de informar seria, na verdade, uma consequência do princípio da transparência, que deve existir na relação de consumo. A doutrinadora considera que existe deveres que são “instrumentais” para a boa prestação do serviço contratado, deveres que se originam da boa-fé na relação contratual, como seria o caso do dever de informar. Destacamos a seguir o seu entendimento: “O dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico (art. 6º, inciso III) para a harmonia e transparência das relações de consumo. O dever de informar passa a ser natural na atividade de fomento ao consumo, na atividade de toda cadeia de fornecedores, é verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores, parceiros contratuais ou não do consumidor”.

O Código de Defesa do Consumidor, no art. 31³², mencionou novamente o dever de bem informar, ao tratar da oferta e apresentação do produto.

Com este dispositivo, o Código não quis apenas proteger o consumidor de uma propaganda enganosa, mas também criou o dever de informar por parte do fornecedor, que não pode omitir-se. A regra, no direito civil, seria o comprador procurar obter as informações necessárias antes de contratar, no entanto, como o consumidor é sempre a parte mais vulnerável da relação, o CDC adotou uma regra mais benéfica, impondo ao fornecedor o dever de informar.

³⁰ “Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: (...) III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”.

³¹ MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, Revista dos Tribunais, 4ª. Edição, São Paulo, 2002, p.646.

³² “Art. 31 – A oferta e a apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

A lei não limitou esse dever ao fabricante do produto, de modo que todos os agentes envolvidos na cadeia de produção são responsáveis pelo cumprimento da norma. Assim, quem ofertar o produto deverá informar o consumidor sobre as suas características.

A ANP ao regulamentar a atividade do posto revendedor também criou obrigações relacionadas à informação do consumidor, previstas no artigo 10 da Portaria 116 de 2000³³.

O art. 11³⁴ da mesma portaria determina a obrigação do revendedor de informar ao consumidor a origem do produto comercializado, além de determinar expressamente o dever de exclusividade do revendedor com relação à marca ostentada, como já vimos anteriormente.

Assim, verificamos que também as normas expedidas pela agência tratam de resguardar o direito do consumidor a obter informações consideradas necessárias à boa prestação deste tipo de serviço. Desta forma, a própria regulamentação da ANP procurou adequar a atividade de revenda às exigências do CDC.

³³ “Art. 10 – O revendedor varejista obriga-se a: (...) IV – identificar em cada bomba abastecedora de combustível automotivo, de forma destacada, visível e de fácil identificação para o consumidor, o combustível comercializado, informando se o mesmo é comum ou aditivo; V – informar ao consumidor, de maneira adequada e ostensiva, a respeito da nocividade, periculosidade e uso do combustível automotivo; VI – prestar informações solicitadas pelos consumidores sobre o combustível automotivo comercializado; VII – exibir os preços dos combustíveis automotivos comercializados em painel com dimensões adequadas, na entrada do posto revendedor, de modo destacado e de fácil visualização à distância, tanto ao dia quanto à noite; VIII – exibir em quadro de aviso em local visível, de modo destacado, com caracteres legíveis e de fácil visualização, as seguintes informações: o nome e a razão social do revendedor varejista; o nome do órgão regulador e fiscalizador das atividades de distribuição e revenda de combustíveis: Agência Nacional do Petróleo – ANP; o telefone 0800 900 267 do Centro de Relações com o Consumidor – CRC da ANP, informando que a ligação é gratuita e indicando que para o CRC deverão ser dirigidas reclamações que não forem atendidas pelo revendedor varejista ou pelo(s) distribuidor(es); o horário de funcionamento do posto revendedor”.

³⁴ “Art. 11 - O revendedor varejista deverá informar ao consumidor, de forma clara e ostensiva, a origem do combustível automotivo comercializado. (...) § 2º - Caso o revendedor varejista opte por exibir a marca comercial do distribuidor de combustíveis líquidos derivados do petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos, deverá vender somente combustíveis fornecidos pelo distribuidor detentor da marca comercial exibida”.

Como vimos anteriormente, o dever de fidelidade à bandeira ostentada pelo posto, além de ser objeto de cláusula contratual negociada entre o revendedor e a empresa distribuidora, também tornou-se norma do órgão regulador.

Tal norma tem o objetivo de garantir a segurança e o direito do consumidor de saber o que está comprando. Através desta norma a agência procurou assegurar que o produto comercializado tenha realmente a qualidade que o consumidor associa à marca que o posto ostenta.

A bandeira de um posto de combustíveis é a apresentação do produto que está sendo comercializado naquele estabelecimento. Não seria razoável, à luz dos princípios da transparência e da boa-fé nas relações de consumo, permitir ao comerciante apresentar uma marca, utilizando-se da imagem construída pela distribuidora, mas vender um produto diverso.

Rubens Requião³⁵, ao tratar da cláusula de exclusividade em contratos de franquia, explica, inclusive, com base do Direito de Propriedade Intelectual, que esta seria a melhor maneira da empresa, que concede o uso da marca, garantir a manutenção do seu prestígio no mercado, conforme se depreende do seguimento destacado: “Mas somente em condições de venda com exclusividade, de forma absoluta ou relativa, é que a grande empresa produtora pode organizar e regularizar a comercialização de seus produtos, zelando pela integridade e prestígio de sua marca” (grifado no original).

Desta forma, verificamos que tanto o consumidor tem o direito de ser bem informado sobre as condições em que se dá a compra do seu combustível, como também a empresa distribuidora deve zelar para que o seu revendedor ofereça um produto de acordo com a sua imagem, construída, inclusive, por propagandas publicitárias.

Normalmente, o revendedor não apenas ostenta a bandeira de seu distribuidor, como também expõe no estabelecimento todo tipo de divulgação publicitária fornecida pela própria empresa distribuidora. Este também é um elemento que induz o consumidor a pensar que o produto comercializado é fornecido por aquele determinado distribuidor e, portanto, possui as características anunciadas.

De acordo com os ensinamentos da autora Cláudia Lima Marques³⁶

³⁵ REQUIÃO, Rubens, *Contrato de Franquia Comercial ou de Concessão de Vendas*, in Revista dos Tribunais vol. 513, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978, p.48.

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, Revista dos Tribunais, 4ª. Edição, São Paulo, 2002, p.653.

a publicidade não deve ser utilizada de modo a induzir o consumidor ao erro: “O princípio da Transparência, instituído pelo CDC para a fase pré-contratual, terá reflexos claros na publicidade, pois esta, enquanto informação ao consumidor, deverá também respeitar os novos parâmetros de veracidade”.

A partir do momento em que há uma marca vinculada ao estabelecimento, que utiliza o material publicitário e a imagem consolidada pela empresa distribuidora, o consumidor presume que o produto comercializado também está relacionado à marca, não sendo capaz de identificar por si mesmo se o produto está fora dos padrões que ele espera.

Não podemos esquecer que a publicidade também foi tutelada pelo Código, sendo esta um dos principais instrumentos através do qual se transmite uma informação ou idéia sobre o produto ao consumidor.

O CDC, em seu art. 37³⁷, expressamente proibiu a prática de publicidade enganosa, que se verifica pelo simples fato de induzir o consumidor ao erro, conforme nos ensina Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin³⁸: “(...) na caracterização da enganabilidade, não tem qualquer importância a consumação do dano material. O consumidor não precisa chegar às últimas consequências e adquirir, de fato, o produto ou serviço com base no anúncio. Basta que este tenha a mera capacidade de induzi-lo em erro para evidenciar-se a publicidade enganosa. O que importa não são os efeitos reais da publicidade, mas ao contrário sua capacidade de afetar decisões de compra”.

Assim, com a obrigação de fidelidade à bandeira, a ANP tentou garantir ao consumidor o direito de estar bem informado, ou seja, o direito de não ser enganado, de modo que possa escolher o melhor entre as opções oferecidas pelo mercado.

A jurisprudência já pacificou o entendimento de que a comercialização de combustível de marca diversa da ostentada pelo estabelecimento configura

³⁷ “Art. 37 – É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º - É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços”.

³⁸ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, 7ª. Edição, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2001, p.292.

lesão ao consumidor, que tem o direito à correta informação sobre o produto que será consumido, conforme se depreende deste seguimento destacado do voto³⁹ do Ministro Humberto Gomes de Barros, no Mandado de Segurança n° 4.578/DF: “controlar a execução de determinada norma é fazer com que ela se desenvolva em busca dos fins sociais para a qual a regra foi concebida. Os preceitos que disciplinam a distribuição de combustíveis tem como finalidade fazer com que os usuários de tais produtos recebam, com segurança e facilidade, produtos de boa qualidade. A garantia da boa qualidade, no mundo hodierno, manifesta-se através das marcas e logotipos. Quem escolhe posto de determinada “bandeira”, para abastecer um veículo, o faz na presunção de que a empresa por ela simbolizada entregará um produto de boa qualidade. Isto ocorre, porque, a exibição do logotipo de marca famosa traduz a afirmação de que no local se vendem produtos daquela marca. Ora, se o posto negocia produtos cuja origem não corresponde a sua bandeira, ele estará enganando o freguês. Praticar semelhante engano equivale a ‘obter vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer forma outro meio fraudulento’. (C.Penal, Art. 171). Quando o freguês é iludido, a distribuição não estará correspondendo aos fins sociais que orientam as normas disciplinadoras da distribuição de combustíveis. Tal anomalia lesa, também, a empresa titular da bandeira. Ela se expõe ao risco de um produto de qualidade inferior comprometer o prestígio da marca. Lucra somente a granelista que se aproveitou da marca famosa para, às custas de sua titular enriquecer ilicitamente”.

Nesse sentido, também destacamos o voto do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Paulo Medina, no Recurso Especial n° 475.220 – GO: “Não se pode negar que a chamada ‘quebra de bandeira’ confunde o consumidor final e torna mais difícil o controle da origem dos combustíveis, favorecendo as empresas que praticam a atividade de distribuição ilegalmente, e que procedem a alterações na composição dos produtos, a comprometer não somente a integridade dos veículos automotores, mas o meio-ambiente e a saúde da coletividade”.

É importante mencionarmos que se o combustível, adquirido pelo revendedor de distribuidora diferente daquela à qual está vinculado, estiver fora das especificações estabelecidas pela ANP, será considerado impróprio para o consumo, nos termos do art. 18, §6º, do Código de Defesa do Consumidor⁴⁰.

³⁹ MS 4578/DF, decisão por maioria da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, Relator Humberto Gomes de Barros, julgado em 23/09/98.

⁴⁰ “Art. 18 – Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios

Este artigo do CDC tratou da responsabilidade do fornecedor pelo vício de qualidade do produto, ou seja, por vícios que tornem o produto inadequado para consumo.

Cabe lembrar que a responsabilidade do fornecedor é sempre objetiva, sendo que mesmo quando ignorado o vício do produto, não estará isento desta responsabilidade, conforme se depreende do art. 23, do CDC⁴¹.

Neste caso, todos os tipos de fornecedores da cadeia produtiva serão responsáveis pela reparação de eventual dano causado ao consumidor, de modo que este poderá demandar contra qualquer deles.

Também por este motivo, a fidelidade à bandeira se faz tão importante neste setor, uma vez que o consumidor que adquiriu o produto de outra procedência poderá demandar tanto do comerciante, como da distribuidora vinculada ao posto revendedor, a reparação do dano que este produto vier a lhe causar.

Por fim, devemos ressaltar que, em se tratando de relação de consumo, em que uma das partes é considerada vulnerável em relação à outra, caberá sempre ao fornecedor o ônus da prova.

Essa inversão do ônus da prova em favor do consumidor foi prevista como um dos direitos básicos previstos no art. 6º, do Código de Defesa do Consumidor⁴².

Este dispositivo é de fundamental importância no setor de combustíveis. Isso, porque a prova da má qualidade do produto não é aparente, mas sim extremamente técnica. Desta forma, caberá à distribuidora ou ao

ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (...) §6º - São impróprios ao uso e consumo: (...) II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação.” (grifo nosso).

⁴¹ “Art. 23 – A ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade.”

⁴² “Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: (...) VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência”.

revendedor demandado demonstrar a regularidade do produto comercializado pelo estabelecimento no período em que se deu a relação de consumo.

V. Conclusões

Neste estudo, partimos de uma análise da atuação da ANP em matéria de defesa da concorrência, compreendendo que a sua competência é, na verdade, complementar à competência do CADE e SDE. Vimos que cabe à agência a fiscalização das atividades do sistema de abastecimento nacional de combustíveis, entre elas a revenda de derivados do petróleo, adotando medidas preventivas e repressivas às infrações da ordem econômica.

Em seguida, verificou-se que a exclusividade sempre foi uma característica do mercado de revenda de combustíveis, sendo pactuada entre revendedor e distribuidora através da cláusula de exclusividade, como uma forma de garantir à empresa distribuidora os investimentos feitos no estabelecimento. Vimos que hoje a exclusividade assume uma perspectiva maior, na medida em que a fidelidade à bandeira tornou-se também uma imposição da própria agência e das normas de defesa do consumidor.

Analisamos, então, o direito de exclusividade sob a ótica da defesa da concorrência, entendendo que não seria uma hipótese anticompetitiva, pois não impediria o acesso de outras distribuidoras ao mercado, principalmente, diante da possibilidade de existirem os postos “bandeira-branca”, que poderiam comercializar produtos de qualquer empresa distribuidora. Deste modo, vimos que não procede o argumento de que a exclusividade seria lesiva ao direito de livre escolha do revendedor, pois este sempre poderá optar por não ostentar a marca de uma única distribuidora, optando por comercializar o produto da empresa que, no momento, oferecer melhores condições de preço e pagamento.

Por outro lado, também desenvolvemos a análise à luz do direito do consumidor, demonstrando que a fidelidade à bandeira significa transparência no mercado de combustíveis. Vimos que o consumidor deve ser informado sempre quanto à origem do produto a ser consumido, restando claro que a utilização de uma marca gera a expectativa no consumidor de que o produto teria todas as características que estão associadas àquela marca, como segurança e boa qualidade. Ressaltamos que a responsabilidade pelo dano causado ao consumidor pelo produto inadequado será tanto do revendedor, quanto da distribuidora que, por isso, também deve estar atenta à atividade do seu revendedor.

Entendemos, portanto, que a exclusividade tornou-se um direito a ser exigido do revendedor que opta por ostentar a marca de uma empresa distribuidora, além de um importante instrumento para a garantia da transparência e o respeito ao direito do consumidor neste mercado.

VI. Bibliografia

FAGUNDES, Jorge Luiz Sarabanda da Silva, Relação Vertical entre distribuidoras e Postos Revendedores, em Seminário Jurídico sobre o Mercado de Distribuição de Combustíveis, realizado em 30 de Junho e 1º de Julho de 2000, organização: IBP/AJUFE.

FARIA, Werter R., Direito da Concorrência e Contrato de Distribuição, Sergio Antonio Fabris Editor, Rio Grande do Sul, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al., Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto, 7ª. Edição, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2001.

MACHADO, Edmar Gomes, SAYEG, Ricardo Hasson, CARVALHEIRO, Cláudia, Distribuição de Combustíveis Automotivos, in Revista do Direito do Consumidor n° 36, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, Revista dos Tribunais, 4ª. Edição, São Paulo, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 13ª. Edição, São Paulo, 2001.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa. Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro, Atlas, São Paulo, 2002.

MENEZELLO, Maria D'Assunção Costa, Comentários à Lei do Petróleo, Atlas, São Paulo, 2000.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira, Agências Reguladoras e Concorrência, in Direito Administrativo Econômico, Malheiros, 1ª. Edição, 2ª. Tiragem, São Paulo, 2002.

PIRES, Adriano, Retrato do mercado atual, em Seminário Jurídico sobre o Mercado de Distribuição de Combustíveis, realizado em 30 de Junho e 1º de Julho de 2000, organização: IBP/AJUFE.

REQUIÃO, Rubens, Contrato de Franquia Comercial ou de Concessão de

Vendas, in *Revista dos Tribunais*, vol. 513, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1978.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira, *Direito da Concorrência e Acordos de Compra Exclusiva*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.

ZAMITH, Regina, *A Indústria Para-petroleira Nacional*, Annablume, São Paulo, 2001.

CONCORRÊNCIA E PROPRIEDADE INTELECTUAL: HARMONIZAÇÃO

Rodrigo Octávio de Godoy Bueno Caldas Mesquita

1. Considerações gerais e tensão entre propriedade intelectual e concorrência

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 é prevista no art. 173, § 4º, da Constituição Federal.

A propriedade intelectual divide-se, tradicionalmente, em propriedade industrial, referente às criações de uso da indústria e comércio, como as invenções e marcas, e direitos autorais, criações referentes, *lato sensu*, ao deleite estético.

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

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).

suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”; o XXVIII assegura proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução 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”.

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 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

Assim como se dá com qualquer outro elemento do estabelecimento, 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 traduza a melhor saída possível, nem liberdade tamanha que resulte em prejuízo à coletividade e em insegurança jurídica e econômica.

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 concentração³.

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

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

1.1. *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 finali-

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).

³ Bryan HARRIS, “Intellectual Property Law in the European Union”, p. 63, Pierce Law’s IP Mall, http://www.ipmall.info/hosted_resources/harris_iplaw.asp.

dade 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 requerer, num sistema de licença cruzada (*cross-licensing*) ou a terceiros.

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. 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.

Os efeitos anti ou procompetitivos do *pool* depende m, 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 concorrentes⁴. O *pool* pode ser, assim, um manto para esconder ou disfarçar uma cartelização ou um acordo vertical.

⁴ “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 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, “consequências 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).

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 procompetitivo⁵.

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.

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.

1.1.1. 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

⁵ “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*).

de igual valor. As companhias estabeleceram o preço no patamar mais alto, de US\$ 250,00, com algumas pequenas exceções⁶. A *Summit* e a *VISX* não tinham qualquer incentivo para diminuir os preços, já que o *pool* obrigava as duas companhias a pagar à “parceria” esse montante⁷.

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\$ 250,00⁸.

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

1.1.2. 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 digital⁹. 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.

⁶ Summit Technology, Inc. a Corporation, and VISX, Inc., a Corporation. Complaint. Docket No. 9286 (<http://www.ftc.gov/os/1998/03/summit.cmp.htm>).

⁷ Sheila F. ANTHONY, “Antitrust and Intellectual Property Law: from Adversaries to Partners”, in *AIPLA Quarterly Journal*, Volume 28, Number 1, p. 8.

⁸ *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>).

⁹ 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.

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.

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 associação¹⁰; 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-2¹¹.

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).

2. Harmonização entre propriedade intelectual e concorrência

Em 1995, a *Federal Trade Commission (FTC)* e o *Department of*

¹⁰ 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).

¹¹ 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.

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) 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 procompetitivo¹².

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 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”¹³.

¹² Sheila F. ANTHONY, “Antitrust and Intellectual Property Law: from Adversaries to Partners”, in *AIPLA Quarterly Journal*, Volume 28, Number 1, Winter 2000, p. 4.

¹³ *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”¹⁴. 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 uso¹⁵. 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.

¹⁴ CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial – As condutas*, p. 135.

¹⁵ 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, aludida no item 1.1.2 *supra*, 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*¹⁶; 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 governos¹⁷.

Para algumas áreas, existem órgãos especiais, como, no Brasil, por exemplo, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), autarquia

¹⁶ Esse grupo é ligado a *ISO/IEC*, organização esta 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>).

¹⁷ “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.html>).

especial, que tem funções de expedição de normas técnicas (como a definição 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 patentado, 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 §:

“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 procedente 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”.

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 texto¹⁸ e tem resguardo na

¹⁸“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.

concepção de Estado Democrático de Direito, cujo fim engloba a noção de atendimento e respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos¹⁹.

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 constringões 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 pessoas²⁰.

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”²¹.

2.1. 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

¹⁹ 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.

²⁰ 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.

²¹ *Uma introdução à propriedade intelectual*, p. 111.

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).

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, 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 compulsório²². Ressalvou, 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 imposição²³.

²² “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).

²³ Consulta Prévia 031/99, Conselheiro Mércio FELSKY, p. 3.

A gravidade da infração deve ser analisada no caso concreto, tendo em vista os critérios do art. 27 para a aplicação das penas, entre outros²⁴. O interesse público geral é noção que também só caberá avaliar na situação *in concreto*.

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 nexos 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)²⁵, por sua vez, dispõe, nos arts. 28 a 35, da matéria expressamente, 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

²⁴ “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 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).

²⁵ 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).

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.

2.2. *Caducidade de patente*

A caducidade é a extinção do direito antes da expiração do prazo devido a motivos arrolados na lei²⁶. 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).

2.3. *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”.

²⁶ 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).

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 instituto 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 social²⁷, 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

²⁷ 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”).

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”²⁸.

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-fé²⁹.

²⁸ 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 intelectual, 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).

²⁸ 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,

2.4. Medida preventiva, compromisso de cessação e compromisso de desempenho

A Lei 8.884/94 prevê três instrumentos³⁰ 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”.

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 influência 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”.

³⁰ 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.

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 lei³¹. Dessa decisão cabe recurso voluntário ao Plenário 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 proferida³².

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 judicante, 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

³¹ “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 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”.

³² “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, <http://www.fazenda.gov.br/portaldaconcorrenca/glossarioInfracoes.htm>).

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 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.

2.5. 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”).

3. 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 (autorregulação 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 julgante 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 preventivamente, seja repressivamente.

4. Bibliografia

ANTHONY, Sheila F., “*Antitrust and intellectual property law: from adversaries to partners*”, in *AIPLA Quarterly Journal*, vol. 28, n. 1, winter 2000.

ARAGÃO, Alexandre Santos de, “O princípio da proporcionalidade no Direito Econômico”, in *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.

CERQUEIRA, João da Gama, *Privilegios de invenção e marcas de fabrica e de commercio*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1931.

COMPARATO, Fábio Konder, *O poder de controle na sociedade anônima*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio, “A reforma do Código Civil e a propriedade intelectual”, in *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, e 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”, in *Pierce Law’s IP Mall*, http://www.ipmall.info/hosted_resources/harris_iplaw.asp.

KLIEN, Joel I., *Business Review Letter* 1170, June 26, 1997.

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”, in CAMPILONGO, Celso Fernandes, ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da, e MATTOS, Paulo Todescan Lessa (org.), *Concorrência e regulação no sistema financeiro*, São Paulo: Max Limonad, 2002.

PROGRAMAS DE COMPLIANCE E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PERSPECTIVAS PARA O BRASIL

Maria Beatriz Martinez

Conteúdo: 1. Introdução; 2. “Programas de Compliance”; 2.1. Elementos de um “Programa de Compliance” eficaz; 2.1.1. A Experiência dos EUA; 2.1.2. A Experiência Européia; 2.1.2.1. UE; 2.1.2.2. Reino Unido; 3. Adoção do programa no Brasil; 4. Conclusão; Bibliografia.

The distinction between stars (who have always been allowed to behave badly) and senior managers (who are supposed to exercise self-restraint) was more or less abolished¹

1. Introdução

O aumento da fiscalização antitruste pelas principais potências mundiais² vem alertando as empresas a respeito da necessidade de que condutas consideradas anticoncorrenciais sejam evitadas a todo custo, tendo em vista a constante exposição das corporações às penalidades previstas em lei.

No atual panorama de elevada regulação, portanto, cumpre aos dirigentes corporativos o reconhecimento da importância representada pela implementação e manutenção de mecanismos que permitam a conscientização dos funcionários³ sobre as condutas legalmente proibidas.

¹ The Economist, 21 de setembro de 1976, p. 75.

² Atualmente, cerca de noventa países já implementaram um regime legal de defesa da concorrência, sendo certo que outros vinte encontram-se no caminho de fazê-lo. Dado obtido em Freshfields Bruckhaus Deringer, *Online competition compliance programme*, in <<http://www.freshfields.com/practice/comprade/publications/pdf/onlinecompliance.pdf>>.

³ Cf. Kirk S. Jordan e Joseph E. Murphy, em seu artigo *Compliance programs: what the government really wants*, in <http://www.integrity-interactive.com/compliance/mkt_docs/guidelines.pdf>, no caso de programas efetivados no âmbito antitruste, o governo norte-americano tem entendido que a abrangência das medidas pode restringir-se aos funcionários cujas funções possam, efetivamente, ensejar a prática de crimes.

Nesse aspecto, os “Programas de Compliance”⁴ surgem como uma forma de assegurar que os integrantes da empresa tenham conhecimento do teor de seus documentos estatutários e da legislação antitruste aplicável às suas atividades operacionais, possibilitando o aumento da prevenção e detecção da prática de atos ilegais⁵.

Esse tipo de programa é altamente difundido nos Estados Unidos da América (“EUA”) e nos países que integram a União Européia (“UE”), com consideráveis resultados positivos no que diz respeito ao cumprimento da legislação antitruste e à mitigação das penalidades impostas em caso de seu descumprimento.

No Brasil, a iniciativa governamental de implementação é recente, decorrendo da criação do “Programa de Prevenção de Infrações à Ordem Econômica” (“PPI”), introduzido em nosso ordenamento jurídico por meio da Portaria da Secretaria de Direito Econômico nº 14, de 9 de março de 2004 (“Portaria SDE nº 14/04”).

Em vista da importância do tema e da escassez de estudos nacionais acerca do mesmo, o presente trabalho buscará abordar a experiência estrangeira

⁴ O termo deriva do inglês “Compliance Programs”. Cf. Black’s Law Dictionary, West Publishing Co., 1999, 5ª Edição, o termo “compliance” significa “submission, obedience, conformance”. Em tradução livre, “compliance” significa atuar em conformidade com a lei.

⁵ O presente trabalho enfatiza os “Programas de Compliance” existentes no âmbito da defesa da concorrência. Entretanto, cumpre esclarecer que esse tipo de programa é aplicável a todas as áreas da empresa cujas atividades sofram regulamentação, existindo conseqüente possibilidade de aplicação de penalidades em caso de não cumprimento da lei. Como exemplo, pode-se citar a área ambiental, a de fraudes contábeis e a de lavagem de dinheiro. Kirk S. Jordan e Joseph E. Murphy, em seu artigo *Compliance programs: what the government really wants*, in <http://www.integrity-interactive.com/compliance/mkt_docs/guidelines.pdf>, analisaram 36 casos nos quais o Departamento de Justiça norte-americano (“Department of Justice - DOJ”) e as Cortes das Agências Regulatórias de diversos setores impuseram medidas relativas à implementação e ao fortalecimento dos “Programas de Compliance”. Desses casos, 15 referiam-se a ofensas à legislação antitruste, 09 à legislação ambiental, 04 à legislação de assistência à saúde (“health care”), dentre outros. A grande maioria das empresas submetidas às medidas era formada por grandes corporações, mas as de menor porte também podem ser compelidas a adotar programas substanciais. Como exemplo, os autores citaram a “Nagel Motors”, cujos estabelecimentos de reparação de automóveis localizados em Casper, Wyoming, tiveram de estabelecer um programa completo.

na adoção de “Programas de Compliance”, suas vantagens e desvantagens, as formas de sua efetivação e otimização, bem como sua importância para a garantia de um mercado competitivo. Em seguida, será analisada a iniciativa da SDE de difundir esses programas entre as empresas brasileiras, em linha com a tendência mundial.

2. “Programas de compliance”

O primeiro registro histórico de um “Programa de Compliance” verificou-se no caso *Holland Furnace Co. v. United States*⁶, no qual as Cortes norte-americanas recusaram-se a considerar a empresa responsável por violação praticada por seu funcionário, tendo em vista que haviam sido dadas instruções expressas a respeito da necessidade de agir em conformidade com a lei⁷. Atualmente, o entendimento tende a ser no sentido da responsabilização objetiva, existindo, entretanto, a possibilidade de mitigação das penalidades em situações específicas.

O “Programa de Compliance” pode ser definido como um conjunto de medidas que visa a reduzir a prática de atos anticoncorrenciais pelos funcionários de uma empresa, incluindo seus dirigentes. Sua efetivação se dá, em grande parte, por meio de treinamentos oferecidos de forma contínua, que alertam sobre as consequências previstas na legislação para as infrações à ordem econômica. Esses treinamentos, contudo, não se mostram suficientes, sendo importante o engajamento do departamento jurídico interno da empresa ou de uma assessoria legal externa⁸.

⁶ 158 F.2d 2 (6th Cir 1946).

⁷ Para evolução histórica completa, vide Joseph Murphy, *A guide to the world of compliance and ethics programs*, in <<http://www.ussc.gov/corp/corpbbehavior2.PDF>>.

⁸ Nesse sentido, afirma William J. Kolasky, *Antitrust compliance programs: The government perspective*, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11534.htm>>, “While training is important, it is not sufficient to assure compliance with the antitrust laws. To achieve that goal, a company must have a proactive law department that is dedicated to practicing preventing law. It is critical that the company’s lawyers regularly attend management meetings and regularly visit the company’s facilities so that employees know whom to call if they have a question or a problem. It is also critical that the lawyers with the respect of their clients by respondig quickly to questions with sound legal advice that takes full account of the practical business issues the client faces.” Em tradução livre: “Ainda que o treinamento seja importante, ele não se mostra suficiente pra assegurar a completa atuação em conformidade com a lei. Para alcançar

O programa deve ser estabelecido com base em três frentes primordiais de atuação, quais sejam, (i) prevenção da prática de infrações; (ii) detecção das eventualmente cometidas no menor prazo possível; e (iii) repressão aos atos praticados, com imposição interna de penalidades.

Obviamente, o que se busca em primeiro lugar é a prevenção em sua forma pura. Entretanto, ainda que esta exista, não se pode desconsiderar a possibilidade de que atos ilegais sejam praticados. Por isso, também devem ser criados mecanismos que auxiliem na rápida detecção dos mesmos, permitindo a minimização dos danos, bem como que a empresa se valha do acordo de leniência⁹.

esse objetivo, a empresa necessita instalar um departamento jurídico pró-ativo, que se dedique a praticar a prevenção. É importante que os advogados da empresa façam reuniões periódicas com a administração e visitem regularmente as instalações da empresa, o que permite aos funcionários saber a quem recorrer em caso de qualquer questão ou problema. Também é essencial que os advogados respondam rapidamente a eventuais questionamentos do cliente, apresentando conselhos que levem em consideração todos os aspectos do negócio e do problema enfrentado.”

⁹ A importância da rápida detecção da prática de atos anticoncorrenciais decorre do fato de que, nos termos da legislação da maioria dos países, para usufruir os benefícios decorrentes da assinatura do acordo de leniência, a empresa deve ser a primeira a qualificar-se como autora no tocante à infração noticiada ou sob investigação. Nesse aspecto, cumpre esclarecer que os acordos de leniência são bastante difundidos e utilizados em países como EUA e membros da UE. No caso específico dos EUA, a reforma no programa de leniência introduzida em 1993 acarretou um visível aumento no número de empresas que optam por aderir aos termos do acordo. Cf. DOJ, *Status Report: An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program*, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/202531.pdf>>, o número de requerimentos para a aplicação das regras de leniência passou de, aproximadamente, um por ano para uma média de um por mês. Entre outubro de 2002 e março de 2003, esse número alcançou a média de três por mês, o que demonstra o interesse das empresas em terem suas penalidades reduzidas em caso de prática de atos antitruste. No Brasil, isso todavia não é uma realidade, a despeito de existir previsão expressa na Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (“Lei nº 8.884/94”), que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações à ordem econômica, com as alterações introduzidas pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000 (“Lei nº 10.149/00”). Os artigos 35-B e 35-C da referida lei estipulam as condições para adesão ao programa de leniência e celebração do acordo, do qual pode decorrer a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável a pessoas físicas (membros da empresa, geralmente em cargos de direção) e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo instaurado. Até a presente data, foi firmado apenas um acordo - Acordo de Leniência

Quanto maior for a empresa, mais formal deve ser o programa, com políticas claras e por escrito a respeito dos padrões e procedimentos a serem seguidos. De maneira geral, os “Programas de Compliance” têm como base a circulação de um manual impresso, bem como a realização periódica de seminários e treinamentos a respeito do tema.

Entretanto, existem determinadas limitações inerentes a esse tipo de medidas, destacando-se (i) a dificuldade em saber se todos os funcionários efetivamente receberam as instruções, o que fica ainda mais prejudicado em empresas com alta rotatividade; (ii) a dificuldade de atualização dos manuais e seminários, o que também se mostra custoso do ponto de vista econômico; e (iii) a necessidade de controle póstumo a respeito da compreensão do programa pelos funcionários que costuma ser feita por meio de testes escritos, os quais não tendem a ser bem aceitos.

Para suprir essas deficiências, diversas empresas especializadas e escritórios de advocacia vêm oferecendo “Programas de Compliance” online¹⁰, cujas principais vantagens são (i) facilidade de uso; (ii) flexibilidade de adequação às especificidades da empresa; (iii) possibilidade de implementação de exercícios interativos; (iv) possibilidade de acesso rápido e constante; bem como (v) facilidade de atualização do conteúdo do programa, com redução de custos.

No tocante à importância desse tipo de programa, esta deriva das inúmeras conseqüências que decorrem de eventual descumprimento da lei, destacando-se a condenação ao pagamento de multas elevadas¹¹, prejuízos à imagem da empresa no mercado e redução de seu valor, ações judiciais públicas e privadas para responsabilização pelas infrações, sanções criminais¹², dentre outras.

nº 01, firmado em 08 de outubro de 2003, no âmbito do Procedimento Administrativo SDE nº 08012001826/2003-10, que investiga denúncias de fraude à licitações de serviço de segurança privada armada em estabelecimentos do Ministério da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul.

¹⁰ Um exemplo é o programa criado pelo escritório Freshfields Bruckhaus Deringer, *Online competition compliance program*, in <<http://www.freshfields.com/practice/comprade/publications/pdf/onlinecompliance.pdf>>.

¹¹ Vide também <<http://www.integrity-interactive.com>> e <<http://www.wecomply.com>>.

¹² No Brasil, as multas previstas em caso de infração à ordem econômica estão previstas nos artigos 23 e seguintes da Lei nº 8.884/94. No Brasil, ao contrário dos EUA e dos países integrantes da UE, as sanções criminais que podem ser impostas em caso de violação à lei todavia não intimidam os empresários, na medida em que dificilmente

Nesse sentido, a experiência internacional demonstra que a implementação de “Programas de Compliance” eficazes pode reduzir, significativamente, o risco de incidência em infrações. Ademais, ainda que isso ocorra, o nível de comprometimento com a legislação antitruste demonstrado pela empresa pode atuar como importante fator de redução das penalidades impostas¹³.

A prevenção efetiva da prática de atos anticoncorrenciais, aliada à possibilidade de redução das penalidades caso seja verificada a infração, configuram, portanto, os principais benefícios trazidos pela implementação de um programa eficaz. Em contraposição, são considerados como pontos negativos o alto custo da instauração dos procedimentos e a criação de um clima desconfortável de constante desconfiança e vigilância entre os funcionários, dentre outros aspectos, o que acaba levando algumas empresas, especialmente as de menor porte, a concluírem pela não adoção do mesmo.

No que diz respeito ao conteúdo do programa, não existe um padrão obrigatório a ser seguido, devendo cada empresa adequar os procedimentos a serem instituídos às suas necessidades e recursos financeiros, bem como ao perfil de suas atividades e funcionários.

Existem, entretanto, alguns elementos que potencializam a eficácia das medidas adotadas, destacando-se o comprometimento dos dirigentes da corporação em relação ao sucesso do programa, o que inclui a adoção e exigência de atitudes condizentes com a observância da lei¹⁴.

são implementadas. A previsão das sanções encontra-se nos artigos 4º e seguintes da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (“Lei nº 8.137/90”), variando as penas de um a cinco anos, com a possibilidade de substituição por multa. A Lei nº 8.884/94 traz apenas sanções pecuniárias aos dirigentes e administradores, que podem variar de 10 a 50% do valor da multa aplicada à empresa.

¹³ Cf. William K. Perry, *State attorneys general encourages voluntary corporate compliance programs*, in <http://www.kansascity_prsco.org/IIC_Compliance_guide.doc>, nos EUA, quinze dos vinte e oito State Attorney General dos EUA, que responderam a pesquisa feita no final do ano de 1992/início de 1993, sugeriram que a adoção voluntária de programas de compliance possui impacto positivo quando das investigações e determinação de penalidades.

¹⁴ Em muitos casos, a exigência pelo cumprimento de metas de vendas da empresa acaba por incentivar seus funcionários a praticar atos em detrimento da ordem econômica. Se, por exemplo, a empresa já possui posição dominante em um mercado particular, pode sentir-se atraída por consolidar essa posição por meio da utilização de diversos procedimentos proibidos legalmente, tais como a prática de preços predatórios.

No próximo ponto, serão analisados os principais elementos que devem constar de um programa bem sucedido, tomando-se por base a experiência norte-americana e européia, principais precursores do procedimento.

2.1. Elementos de um “Programa de Compliance” Eficaz

Para que se alcance a percepção dos elementos que devem integrar um “Programa de Compliance” eficaz, faz-se necessária uma análise prévia das

Assim, para serem bem sucedidos, os “Programas de Compliance” dependem, em grande parte, do comprometimento dos dirigentes da corporação ao exigirem melhores resultados da empresa, os quais só devem ser exigidos até o limite em que seja possível a observância da legislação antitruste. Nesse sentido, André R. Jaglom, em seu artigo *Managing Distribution: How to develop a Corporate Legal Compliance Program*, in<<http://www.tanhelp.com/newsworthy/Articles/LegalComplianceProgram.pdf>>, diz “Counsel’s first task is to persuade top management that a compliance program is not only necessary, but desirable. No compliance program can succeed without solid management support. Given recent corporate scandals and mandated responsibility imposed by such laws as the Sarbanes-Oxley Act of 2002, corporate CEOs are currently relatively receptive to compliance issues. But if company personnel think management is ‘winking’ when the program is presented, or is just going through the motions to satisfy lawyers, you have no chance of success. Unless the sales force, for example, understands that management is committed to antitrust compliance, that it will consider performance in compliance training as part of annual employee evaluations, and will impose sanctions, up to and including dismissal, for violations of company policy in this area, they will abide by the antitrust laws only so long as their sales are not impaired.” Em tradução livre: “A primeira tarefa dos advogados da empresa é convencer seus principais dirigentes de que o ‘programa de compliance’ não só é necessário, como deve ser desejado. Nenhum ‘programa de compliance’ pode ter êxito se não existir um sólido apoio dos membros do corpo diretivo. Tendo em vista os recentes escândalos corporativos e a responsabilização dos mandatários imposta por leis como a Sarbanes-Oxley Act, editada em 2002, os Diretores Executivos (Chief of Executive Officer - CEO) das empresas vêm, atualmente, se mostrando relativamente mais receptivos aos assuntos referentes aos ‘programas de compliance’. Entretanto, se os funcionários da empresa pensam que seus diretores não prestam atenção à apresentação do programa, ou que simplesmente estão sendo levados a aceitá-lo para agradar os advogados, não há chance de sucesso. A menos que a equipe de vendas, por exemplo, entenda que a direção da empresa está comprometida com os ‘programas de compliance’ no âmbito antitruste, que o desempenho no treinamento desse tipo de programa será considerado nas avaliações anuais dos funcionários, e que sanções serão impostas, o que inclui a demissão, em função de violação à política da empresa nesse aspecto, eles irão ater-se à legislação antitruste apenas enquanto suas vendas não forem prejudicadas.”

operações e da estrutura da empresa. Isso permite identificar os principais focos de potencial violação à legislação antitruste, devendo ser dada especial ênfase à área de vendas e às características dos mercados em que a empresa atua¹⁵.

Após a identificação das áreas que devem receber atenção especial, o programa poderá ser desenvolvido de forma específica para a empresa, adequando-se às suas necessidades e possibilitando sua eficácia em alto grau.

2.1.1. A Experiência dos EUA

Nos EUA, a base para a implementação dos “Programas de Compliance” é estabelecida pelas “Federal Sentencing Guidelines for Organizations” (“Guidelines”), emitidas pela “U.S. Sentencing Commission”¹⁶. Essas Guidelines configuram a compilação das orientações dadas aos juízes norte-americanos para julgamento de crimes federais praticados por empresas¹⁷, assinalando diretrizes a serem seguidas.

As disposições a respeito passaram a vigorar em 1º de novembro de 1991 e estabelecem que, para ser considerado eficaz e, portanto, apto a possibilitar a redução das penalidades impostas, o programa deve cumprir, no mínimo, sete requisitos básicos¹⁸.

¹⁵ Os dirigentes das principais áreas devem ser entrevistados, documentos como correspondências trocadas com os clientes e relativos à fixação de preços devem ser analisados, assim como os contratos de distribuição e os arquivos dos executivos de vendas. Além disso, questões como as características estruturais e comportamentais dos mercados em que a empresa atua devem ser minuciosamente levantados, o que inclui a forma de comunicação estabelecida com os clientes.

¹⁶ Cf. Joseph Murphy, *A guide to the world of compliance and ethics programs*, in <<http://www.uscc.gov/corp/corpbehavior2.PDF>>, a U. S. Sentencing Commission é uma agência do governo federal norte-americano que estabelece os padrões mais utilizados no julgamento dos acusados por crimes federais. Em 1991, foram estabelecidos os padrões para as organizações, sendo certo que, anteriormente, já haviam sido fixados os que seriam utilizados para a condenação de pessoas físicas.

¹⁷ Vide Joseph Murphy, *A guide to the world of compliance and ethics programs*, in <<http://www.uscc.gov/corp/corpbehavior2.PDF>>. No caso das “Guidelines for Organizations”, a aplicação é exclusiva para as organizações, excluindo-se as pessoas físicas (para estas, existem as Sentencing Guidelines for Individual Defendants, em vigor desde 01/11/87). As regras indicativas para os “Programas de Compliance” estão previstas no U. S. Sentencing Guidelines Manual, § 8A1.2, comentário/nota 3 (k), in <<http://www.uscc.gov/2003guid/CHAP8.htm>>.

¹⁸ Cf. William J. Kolasky, *Antitrust compliance programs: the government perspective*,

Em resumo, os sete requisitos a serem observados são os seguintes: (i) estabelecimento de padrões de compliance claros e compreensíveis por todos os funcionários da empresa; (ii) designação de altos executivos para supervisionar a implementação e observância do programa, com fixação de responsabilidade total pela tarefa¹⁹; (iii) atuação com a devida diligência, evitando-se a delegação de responsabilidade a funcionários com propensão à prática de atos ilegais²⁰; (iv) adoção de técnicas que permitam a efetiva comunicação dos padrões e procedimentos estabelecidos pelo programa a todos os funcionários²¹; (v) adoção de medidas que permitam que a empresa cumpra

in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11534.htm>>, “It’s important to stress that these are minimum requirements. To be truly effective, a compliance program must be customized to fit the firm’s business, organization, personnel, and culture.” Em tradução livre: “É importante enfatizar que esses são os requisitos mínimos. Para ser verdadeiramente efetivo, o programa de compliance deve ser feito de acordo com os negócios da empresa, o tipo de organização, funcionários e cultura adotada.” As Guidelines utilizam o termo “due diligence” ao qualificar a atitude da empresa, o que está relacionado à intensidade dos esforços da mesma para alcançar o estabelecido. A respeito dos requisitos, ver também Andre R. Jaglom, *Managing distribution: how to develop a corporate legal compliance program*, in <[http://www.tanhelp.com/newsworthy/Articles/Legal Compliance Program.pdf](http://www.tanhelp.com/newsworthy/Articles/Legal%20Compliance%20Program.pdf)>; Joseph Murphy, *A guide to the world of compliance and ethics programs*, in <<http://www.usdoj.gov/corp/corpbehavior2.PDF>>; Gary R. Spratling, *The experience and views of the antitrust division*, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech1grs.htm>>; e Leon R. Goodrich, *Antitrust compliance programs – The sentencing guidelines*, in <http://www.oppenheimer.com/content/Course_files/compliance.pdf>.

¹⁹ A Divisão Antitruste norte-americana recomenda a realização de auditorias periódicas, de preferência inesperadas, para monitorar a observância do programa. Essa medida deve incluir a revisão dos documentos e arquivos de computador, especialmente e-mails, dos funcionários que exerçam atividades com poder de decisão no âmbito da concorrência (vendas etc.). Vide William J. Kolasky, *Antitrust Compliance Programs: The government perspective*, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11534.htm>>.

²⁰ A implementação desse requisito deve ser feita de forma cuidadosa, na medida em que a busca por funcionários com propensão à prática de atos ilegais pode acarretar a invasão de sua privacidade, existindo o risco de difamação.

²¹ Cf. Gary R. Spratling, *The experience and views of the antitrust division*, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech1grs.htm>>, a Divisão Antitruste norte-americana não confere muito crédito a empresas que implementam programas de compliance baseados essencialmente em papéis, caso de memorandos com incentivo aos funcionários para não praticarem atos contrários à legislação. As Guidelines exigem um comprometimento maior na implementação das medidas.

os padrões estabelecidos²²; (vi) instauração de mecanismos disciplinares apropriados, aptos a efetivar o cumprimento dos padrões²³; e (vii) adoção das providências necessárias em caso de infração, o que inclui eventuais modificações no programa para reduzir os riscos de nova prática ilegal²⁴.

Entretanto, ainda que a empresa cumpra os requisitos acima referidos, pode ocorrer de o “Programa de Compliance” não auxiliar na redução das penalidades. Na grande maioria dos casos, isso se verifica quando a prática dos atos ilegais advém de altos executivos da empresa que, supostamente, têm ou deveriam ter pleno conhecimento da lei e do conteúdo do programa. Assim, verificada a infração pelos mesmos, a conclusão é no sentido de não eficácia das medidas e impossibilidade de redução da pena²⁵.

²² Nesse aspecto, as Guidelines sugerem a utilização de sistemas de controle e auditoria designados para detectar condutas ilegais praticadas pelos funcionários, bem como a instauração de procedimentos que permitam aos funcionários relatar a prática de atos contrários à lei por outros funcionários da empresa, sem medo de retaliações. Nos EUA, a grande maioria das decisões sobre casos envolvendo programas de compliance exige a implementação de sistemas que permitam que os funcionários sintam-se à vontade para questionar sobre a adequação de suas atitudes e a de seus companheiros com a legislação antitruste.

²³ Cf. William J. Kolasky, *Antitrust Compliance Programs: The government perspective*, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11534.htm>>, “(...) it is equally critical that the company discipline the chiefs, not just the Indians. The company should discipline senior managers who failed adequately to supervise or who create a climate of disrespect for antitrust principles in their organizations, even if they did not have actual knowledge of the particular wrongdoing.” Em tradução livre, “É igualmente importante que a empresa puna os chefes e não só os índios. A empresa deve punir os superiores que tiverem falhado na adequada supervisão do programa ou que tenham criado um clima de desrespeito aos princípios e regras antitruste dentro das organizações, ainda que eles não tenham tido conhecimento dos atos impróprios.”

²⁴ Nesse aspecto, as providências devem ser tomadas imediatamente no intuito de reverter o ato, com a imediata comunicação aos órgãos responsáveis. Vide nota 9.

²⁵ Na visão do governo norte-americano, cf. William J. Kolasky, *Antitrust compliance programs: the government perspective*, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11534.htm>>, “I want to emphasize that once a violation occurs, a compliance program can do little, if anything, to persuade the Division not to prosecute. Organizational liability, both civil and criminal, is grounded on the theory of *respondeat superior*. We have rarely, if ever, seen a case where an employee who committed an antitrust violation was acting solely for his own benefit and not the company’s. A strong corporate compliance program can, however, help at the sentencing stage, so long as the employees who committed the violation were not ‘high-level personnel’ of the organization. Again, however, it is important to emphasize that in our experience most antitrust crimes are

Outra situação em que as penalidades não costumam ser reduzidas diz respeito aos casos em que, a despeito de ter conhecimento da infração praticada, a empresa adia a comunicação aos órgãos governamentais pertinentes.

Diante desse panorama, percebe-se que o governo norte-americano, por meio de seu sistema de defesa da concorrência²⁶, atua de forma a estabelecer um padrão de programa que, supostamente, seria aplicável e válido para todas as empresas. Não atenta, dessa forma, para as peculiaridades corporativas de cada estabelecimento e ramo de negócio.

Assim, se por um lado esse entendimento facilita a delimitação das medidas a serem adotadas pela empresa, por outro, acaba por engessar prematuramente o desenvolvimento de políticas de compliance realmente eficazes e os esforços pela auto regulamentação, prejudicando o aprimoramento do sistema.

Recentemente, em 30 de abril de 2004, a “U.S. Sentencing Commission” submeteu ao Congresso norte-americano uma emenda ao texto das Guidelines, introduzindo diversas reformas que irão seguramente alterar

committed by just such high-ranking officials, which would disqualify the company from receiving any sentence mitigation, no matter how good its corporate compliance program. (...) A culture of competition must begin at the very top of the company” Em tradução livre: “Gostaria de enfatizar que, uma vez ocorrida a violação, o programa de compliance pouco pode fazer para persuadir a Divisão (Antitruste) a não processar a empresa. A responsabilidade organizacional, tanto civil como criminal, é baseada na teoria do *respondeat superior*. Nós, raramente, vimos algum caso em que o empregado que cometeu uma violação antitruste tenha atuado em solitário para seu próprio benefício e não para o da companhia. Um forte programa de compliance corporativo pode, de qualquer forma, ajudar no momento de julgamento do caso, principalmente se os funcionários que cometeram a violação não faziam parte do grupo de altos executivos. Novamente, contudo, é importante enfatizar que, pela nossa experiência, grande parte dos crimes antitruste são praticados justamente pelos empregados que ocupam os altos cargos da empresa, o que a desqualifica para receber qualquer tipo de mitigação em sua condenação, independentemente de quão bom é o seu programa de compliance. (...) A cultura pró concorrência deve iniciar-se nos cargos mais altos da empresa.” A respeito, vide também Gary R. Spratling, *The experience and views of the antitrust division*, in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech1grs.htm>>.

²⁶ Em conjunto com o Federal Trade Commission (“FTC” – Comissão Federal do Comércio), o Department of Justice (“DOJ” – Departamento de Justiça) integra o sistema de defesa da concorrência norte-americano. No Brasil, esse sistema é integrado pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (“CADE”), pela Secretaria de Defesa Econômica (“SDE”) e pela Secretaria de Administração Econômica (“SEAE”).

a forma pela qual as empresas criam e administram os “Programas de Compliance”. O texto passará a vigorar a partir de 1º de novembro deste ano.

Como parte das revisões anuais efetuadas para verificação da eficácia das Guidelines, bem como em decorrência do aumento da responsabilidade das empresas e de seus dirigentes imposta pela Lei Sarbanes-Oxley (“LSO”)²⁷, a emenda referida buscou fortalecer o programa por meio da complementação dos requisitos mínimos exigidos.

Agora, fala-se em um “Programa de Compliance e Ética”²⁸, passando a constar como requisito mínimo a necessidade de que a empresa promova uma cultura corporativa que incentive condutas éticas e o comprometimento com a observância da lei. Essa medida acaba por impor novos desafios às empresas na implementação de seus programas, demonstrando-se acertada na medida em que focada nos valores do ser humano e seu adequado comportamento do ponto de vista moral.

Além disso, a emenda incentiva as pequenas empresas a adotarem o programa, o que em muitos casos não era feito em função dos altos custos representados pela instauração das medidas. Em relação a esse aspecto, as grandes empresas são estimuladas a promover a adoção do “Programa de Compliance e Ética” pelas empresas de menor estrutura com as quais mantenham negócios.

²⁷ A LSO foi editada por iniciativa da U. S. Securities and Exchange Commission – SEC (correspondente, no Brasil, à Comissão de Valores Mobiliários - CVM), tendo constituído uma resposta do governo ao receio que se instalou na sociedade dos EUA, após os escândalos contábeis verificados, de que as informações disponíveis sobre as empresas talvez não indicassem sua real situação econômico-financeira.

²⁸ “Compliance and Ethics Program”. Antes dessa emenda, algumas empresas já se utilizavam do termo “Ethics Programs” para designar seus “Programas de Compliance”, sendo certo que também existiam as que se esforçavam em ambos os campos: compliance e ética. Os programas relativos à ética nas empresas orientam-se pela valorização de princípios morais, focando seus esforços em incentivar os funcionários a fazerem a coisa correta do ponto de vista moral e não apenas sob o aspecto legal. Cf. Kirk S. Jordan e Joseph E. Murphy, em seu artigo *Compliance programs: what the government really wants*, in <http://www.integrity-interactive.com/compliance/mkt_docs/guidelines.pdf>, as decisões proferidas pelo governo norte-americano até o presente momento apontam para uma necessidade de que os programas sejam focados em assegurar a atuação em conformidade com a lei (compliance), ainda que se considere válido o incentivo à ética empresarial. Com a nova emenda, portanto, parece que haverá mudança de prioridades. A respeito, vide Thomas Donaldson, *Adding corporate ethics to the bottom line*, in <[http://lgstwharton.uppen.edu/donaldst/Final%20RP842\(locked\).pdf](http://lgstwharton.uppen.edu/donaldst/Final%20RP842(locked).pdf)>.

Até a entrada em vigor das novas regras, portanto, diversas empresas devem buscar adequar seus programas, implementando as medidas necessárias para suprir qualquer falha. Para as empresas que ainda não adotaram voluntariamente esse tipo de procedimento, o momento também é adequado.

2.1.2. A Experiência Européia

Neste tópico, será analisada a experiência européia na implementação de “Programas de Compliance”, abordando-se as exigências efetuadas no âmbito da UE e do Reino Unido.

Cumpra esclarecer que a proteção da concorrência na UE se verifica apenas nos casos em que as infrações afetem o comércio entre os Estados Membros. Quando a infração afeta apenas um país específico, a adoção de medidas deve ser feita pelas Autoridades Nacionais Antitruste²⁹ e pelas Cortes Nacionais. Dessa forma, e no intuito de demonstrar como é feita essa proteção nacionalmente, será feita uma análise do sistema adotado pelo Reino Unido.

2.1.2.1. UE

Na UE, a defesa da concorrência tem como base os artigos 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia³⁰, os quais proíbem, resumidamente, (i) o estabelecimento de acordos anticoncorrenciais entre as empresas que possam afetar o comércio entre os Estados Membros, dificultando o estabelecimento de um mercado competitivo, e (ii) o -abuso de posição dominante.

As principais penalidades e conseqüências decorrentes de violação a esses artigos são (i) imposição de multas substanciais, que podem variar de mil a um milhão de euros ou corresponder a 10% do faturamento anual da empresa, o que for maior³¹; (ii) ajuizamento de ações por terceiros que se sintam prejudi-

²⁹ National Competition Authorities (“NCAs”).

³⁰ European Community Treaty ou Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, que instituiu a Comunidade Européia. Esses artigos correspondem aos antigos artigos 85 e 86.

³¹ Nos últimos anos, a Comissão aplicou multas elevadíssimas em decorrência de violação ao tratado. Um exemplo é a decisão proferida em 1991 contra a Tetra Pak International S/A (Commission Decision – 92/163/EEC; OJ 1992 L 72/1, decidida pela Court of First Instance - tribunal de primeira instância da Comunidade Européia - no caso T-83/91 Tetra Pak International S/A v. EC Commission 1994 ECR II – 755 e

cados pelos atos anticoncorrenciais praticados³²; (iii) imposição de penalidades pecuniárias diárias, variáveis de cinquenta a mil euros, em função de não observância das determinações para cessação de determinada conduta pela empresa.

Nesse sentido, durante a década de 80, a Comissão Européia (“Comissão”), órgão responsável por impulsionar as iniciativas legislativas e institucionais da UE, esforçou-se bastante no intuito de aumentar as penalidades estabelecidas para os casos que constituíssem graves violações ao tratado. Essa atitude, aliada à grande publicidade decorrente dessas medidas, acarretou o aumento da conscientização das empresas a respeito da necessidade de observância das disposições contidas nos artigos referidos.

Ainda que não seja possível medir o atual nível dessa conscientização, pode-se afirmar que já se alcançou o mesmo patamar existente nos EUA, o que surpreende na medida em que a legislação antitruste norte-americana possui mais de cem anos e a européia pouco mais de cinquenta³³.

A observância do conteúdo da legislação antitruste da UE pelas empresas que possuem negócios na Europa, portanto, tem se mostrado essencial, surgindo, nesse contexto, a necessidade de implementação de programas que valorizem a atuação em conformidade com a lei e com a ética.

Essa necessidade ficou ainda mais explícita após as alterações legais introduzidas em 1º de maio deste ano por meio do Regulamento nº 1/2003³⁴.

A partir dessa data, buscou-se aumentar a efetivação do cumprimento da lei por meio de (i) aumento do poder de investigação da Comissão Européia; (ii) permissão de que as Autoridades Nacionais Antitruste e as Cortes Nacionais

confirmada pela European Court of Justice - Corte de Justiça Européia - no caso C-333/94P, 1996 ECR II – 5951). Nessa decisão, foi estabelecida a multa de 75 milhões de euros por abuso de posição dominante.

³² Ainda que esse tipo de ação não seja ainda muito comum, o número de ajuizamento vem aumentando, existindo incentivo por parte da Comissão como forma de fortalecer o sistema no âmbito da UE. Nos EUA, essa prática é mais freqüente, mas não pode ser subestimada na Europa.

³³ O sistema de defesa da concorrência no âmbito da UE data das origens do Mercado Comum Europeu, por volta dos anos 1950.

³⁴ OJ L1 4.1.2003. Esse é o conhecido “Regulamento da Modernização”, adotado em novembro de 2002, com vigência a partir de 1º de maio de 2004, em substituição ao Regulamento nº 17/62. Suas regras modificam radicalmente as bases do sistema de defesa da concorrência no âmbito da UE.

dos Estados Membros apliquem o artigo 81 do Tratado da Comunidade Europeia em sua totalidade; (iii) requerimento de que os artigos 81 e 82 do tratado sejam aplicados paralelamente à legislação doméstica às condutas que possam ter efeitos no comércio entre Estados Membros; (iv) requerimento de que as decisões proferidas com base na legislação doméstica não alcancem resultados muito diferentes dos que seriam alcançados com base na aplicação do artigo 81.

Aliado a esse pedido de parceria na aplicação da lei pelos Estados Membros, também foi requerido que estes atuassem em cooperação nas investigações, com troca de informações relevantes. Para facilitar esses procedimentos, foi criada a Rede Europeia da Concorrência (“European Competition Network – ECN”).

Além disso, deixou de existir o sistema formal de notificação dos acordos firmados entre as empresas, o que, no sistema anterior, permitia a isenção de aplicabilidade das proibições previstas em caso de as autoridades responsáveis entenderem pela inexistência de infração à ordem econômica e à defesa da concorrência³⁵.

Com base nas novas regras, portanto, as empresas devem utilizar-se de suas próprias perspectivas para manterem-se em conformidade com a lei³⁶, aguardando eventual investigação ou acusação por suposto descumprimento da mesma. O desafio que isso impõe na adoção de um “Programa de Compliance” eficaz concentra-se exatamente na necessidade de aumento das medidas de prevenção da prática de atos considerados anticoncorrenciais e na implementação de rígidas formas de controle das decisões empresariais que possam influir na concorrência.

Nesse aspecto, cumpre esclarecer que na UE não existem diretrizes como as Guidelines norte-americanas, que indiquem requisitos básicos a constar de um “Programa de Compliance” considerado eficaz. As medidas implementadas pelas empresas dos Estados Membros, portanto, sofrem, em grande parte, influência dos programas adotados pelas empresas dos EUA.

³⁵ No Brasil, o sistema de defesa da concorrência continua exigindo a notificação do ato que possa representar infração à ordem econômica. Vide artigos 32 e seguintes da Lei nº 8.884/94.

³⁶ Em grande parte dos casos, essa perspectiva costuma advir do departamento jurídico interno da empresa ou de consultores externos.

A jurisprudência europeia também acaba por seguir o entendimento lá adotado e conclui, na maior parte dos casos³⁷, que (i) a não adoção de um “Programa de Compliance” eficaz acarreta uma pena mais elevada; (ii) a implementação de um programa adequado possibilita a mitigação da pena; e (iii) a existência de um programa mal implementado pode resultar em aumento da pena imposta inicialmente³⁸.

No âmbito da UE, e na ausência das Guidelines, pode-se concluir pela existência de alguns pontos chave que devem ser observados³⁹, cumprindo reiterar que o programa deve ser especificamente criado para a empresa, em atendimento às suas necessidades. São eles: (i) realização de auditorias legais; (ii) treinamento de funcionários; (iii) realização de investigações; (iv) retenção de documentos; e (v) monitoramento das atividades.

³⁷ Vide Commission Decision (82/853/EEC) *National Panasonic* OJ 1982 L 354/28, 1983 1 CMLR 497; Commission Decision (88/86/EEC) *Fisher-Price/Quaker Oats Ltd – Toyco* OJ 1988 L 49/19 1989 4 CMLR 553; Commission Decision (91/532/EEC) *Viho/Toshiba* OJ 1991 L 287/39.

³⁸ Cf. Martin Smith, *Competition law – enforcement and procedure*, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2001, capítulo 2 – Compliance Programmes, p. 9, “Although the Commission will view most favourably the situation in which a compliance programme is in place before there is any threat of Commission proceedings, even the belated initiation of a compliance programme will be regarded as a mitigating factor (provided, of course, the Commission can be persuaded that it is being established in good faith and not just as a means of obtaining a lower fine). (...) If, however, a compliance programme has been established which is clearly ineffective, it is unlikely to be regarded as much, if any, of a mitigating factor. Indeed when a compliance programme has been introduced but subsequently has not been complied with, that is likely to be treated as an aggravating factor.” Em tradução livre: “Ainda que a Comissão veja de forma mais favorável os casos em que o programa de compliance tenha sido implementado antes de qualquer ameaça de procedimentos contra a empresa, até as iniciativas retardatárias no sentido de adoção de um programa de compliance serão consideradas como um fator de possível mitigação da pena (desde que, é claro, a Comissão possa convencer-se de que as medidas estão sendo adotadas de boa-fé e não apenas como uma forma de obter uma multa menor). (...) Se, entretanto, o programa de compliance mostrar-se claramente ineficaz, ele dificilmente será considerado fator de mitigação. Certamente, quando um programa de compliance é estabelecido mas não é observado, deve ser tratado como um fator agravante.” Vide Commission Decision (1999/210/EC) *British Sugar* OJ 1999 L 76/1.

³⁹ Vide Kiran S. Desai, *Antitrust compliance programmes: act now*, in <<http://www.globalcompetitionreview.com/ear/compliance.cfm>>; e Martin Smith, *Competition law – enforcement and procedure*, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2001, capítulo 2 – Compliance Programmes.

A realização de auditorias por pessoas especializadas permite a identificação de eventuais atos contrários à lei que já estejam em curso, bem como das áreas em que o potencial de ocorrência dessas infrações é maior. Algumas sugestões práticas são (i) entrevistas com funcionários de áreas chave, em que há maior risco de problemas; (ii) identificação dos mercados de produtos em que a empresa pode exercer posição dominante, com consequente revisão dos contratos firmados e das práticas adotadas; (iii) análise da natureza dos contatos efetuados pelos funcionários com os concorrentes; (iv) revisão dos contratos firmados com os fornecedores, clientes e parceiros comerciais; (v) revisão de outros documentos importantes, que possam indicar infrações.

Esse tipo de medida faz-se necessária uma vez que sempre existirão funcionários que atuarão de má-fé, independentemente de quantos treinamentos e outros procedimentos de educação legal forem adotados. Na grande maioria dos casos, metas de vendas e bônus funcionam como um incentivo constante à burla da lei, existindo diversos exemplos de infrações reiteradas por um mesmo funcionário, que consegue escondê-las do departamento jurídico da empresa⁴⁰.

Em relação a esse ponto, cumpre abordar a questão de quem deve supervisionar a implementação do programa. Geralmente isso é feito por um advogado sênior do departamento jurídico interno. Entretanto, dependendo do seu nível de conhecimento da legislação antitruste, sugere-se a contratação de advogados consultores externos para assistência. Até porque a comunicação da empresa com advogados externos está protegida por sigilo da Comissão⁴¹, o que não se verifica no tocante à comunicação trocada entre os funcionários e o departamento jurídico interno.

⁴⁰ O caso mais famoso de conduta reiterada verificou-se nos EUA no cartel das vitaminas, em que o DOJ concluiu pela culpabilidade de F. Hoffmann-La Roche, que continuou a praticar atos ilegais mesmo após sua condenação no caso do cartel do ácido cítrico.

⁴¹ A European Court of Justice (Corte Europeia de Justiça) considera que as informações trocadas entre a empresa e seus advogados está protegida se duas condições forem satisfeitas: (i) as comunicações devem ter sido preparadas com o propósito de defender a empresa no tocante a um tema particular; (ii) as comunicações devem ser feitas com advogados independentes e não integrantes do Departamento Jurídico interno. Entretanto, ainda que a comunicação cumpra ambas as condições, ela pode não ser protegida no caso de constituir relatório de auditoria, na medida em que não se poderia falar em um assunto particular mas em vários temas reunidos. Existem decisões considerando a proteção – Caso 155/79 *AM & S Europe Ltd. V. EC Commission* (1982) ECR 1575, 1982 2 CMLR 264, o que acaba por corroborar a escolha pelo advogado independente.

Finalmente, é extremamente recomendável que um alto-executivo da empresa participe ativamente do programa, incentivando os funcionários a obedecer ao estabelecido e demonstrando a seriedade adotada no tocante ao tema. Sua função também é a de reafirmar que a empresa não quer melhores resultados a qualquer custo, exigindo-os apenas até o ponto em que não seja afetada a concorrência⁴².

No tocante ao treinamento dos funcionários, reitera-se que o programa pode ser direcionado apenas àqueles que efetivamente possam atuar de forma a causar infrações à ordem econômica. Cabe à empresa definir se prefere restringir o âmbito de aplicação das medidas ou veiculá-las para todos os seus integrantes⁴³.

As diretrizes e informações devem ser sempre claras e sucintas, de forma a permitir a completa e correta compreensão pelos funcionários de todos os níveis, com sessões periódicas de seminários. Os treinamentos devem ser práticos e, preferencialmente, baseados em casos reais e situações factíveis dentro da empresa, o que auxilia na apreensão das informações⁴⁴. Posteriormente, os funcionários devem ser ouvidos sobre os pontos positivos e o que deve ser melhorado no programa, além de poderem contar com suporte para eventuais dúvidas e relatos de atos considerados ilegais. E, em caso de descumprimento, devem ser punidos.

⁴² Cf. Kiran S. Desai, *Antitrust compliance programmes: act now*, in <<http://www.globalcompetitionreview.com/ear/compliance.cfm>>, “The Commission considers that management has the responsibility to establish effective internal rules for compliance with EEC competition law. In the light of this, an effective programme must obtain the visible cooperation of the senior executives of the company, and this can in part be demonstrated by the company adopting a policy on antitrust compliance.” Em tradução livre: “A Comissão considera que os diretores têm a responsabilidade por estabelecer regras internas eficazes no que diz respeito à observância das regras de defesa da concorrência da UE. Tendo isso em vista, um programa eficaz deve contar com a visível cooperação dos altos executivos da empresa, e isso pode, em parte, ser demonstrado pela adoção de uma política de compliance.” Recomenda-se, ainda, que esses altos executivos assinem anualmente uma declaração que confirme sua atuação conforme a legislação e a política antitruste da empresa.

⁴³ Recomenda-se que pelo menos o gerente das áreas não relacionadas participe do programa.

⁴⁴ Atualmente, vê-se muito a implantação de programas de compliance on-line, que se mostra bastante interativos, prendendo mais a atenção do funcionário. A antiga metodologia de “pode” x “não pode” é hoje substituída por discussões em grupo para discussão de problemas e casos, jogos e vídeos educativos, sessões de perguntas e respostas, workshops etc.

A realização de investigações, por sua vez, encontra-se parcialmente contida no âmbito das auditorias e diz respeito à necessidade contínua de averiguações para detecção da prática de atos contrários à concorrência. Nesse sentido, é muito válido que a empresa mantenha um banco de dados organizado de seus documentos, o que facilita a resposta a eventuais requerimentos por parte das autoridades antitruste⁴⁵.

Após a realização de auditorias e investigações, certamente serão encontrados documentos que contêm evidências acerca de infrações aos citados artigos 81 e 82 do tratado ou à legislação nacional correspondente. Entretanto, ainda que tais documentos sejam incriminadores, não se recomenda sua destruição. Isso porque, caso sejam iniciadas investigações acerca da conduta ilegal relacionada a essa documentação, a empresa ficará desabrigada, sendo bem provável que existam cópias, rascunhos, referências em outros documentos ou formas de recuperação do que for eventualmente destruído. A destruição, nesses casos, acabaria por levar as autoridades a inclinar-se por concluir pela efetiva existência da infração⁴⁶.

Ainda que a destruição não seja recomendada em muitos casos, não há nada que proíba a empresa de adotar um programa de destruição sistemática, o que costuma ocorrer em função do grande volume de papéis acumulados. Caso se opte por esse sistema, deve-se considerar o prazo previsto por cada legislação para arquivo de documentos⁴⁷.

⁴⁵ Deve-se tomar muito cuidado com documentos virtuais, salvos em arquivos no disco rígido do computador. Até rascunhos apagados podem ser facilmente recuperados e qualquer erro de interpretação sobre o documento pode levar as autoridades a entenderem que a empresa está ligada a algum ato anticoncorrencial. Quanto ao prazo para resposta, a Comissão costuma conceder apenas 10 dias, o que corrobora a necessidade de organização dos documentos. Ademais, a empresa pode receber a visita inesperada de membros da Comissão para investigações. Nesse caso, o departamento jurídico interno da empresa ou sua assessoria legal externa devem ser imediatamente acionados para acompanhar os trabalhos.

⁴⁶ O melhor é manter o documento no arquivo, acompanhado de uma nota explicativa com explicações acerca do que efetivamente ocorreu. Pode existir uma explicação inocente para um documento que, em uma análise superficial, aparente demonstrar violação à lei. Deve também ser feito um treinamento dos funcionários sobre a melhor forma de preparar um documento e as conseqüências de sua má redação.

⁴⁷ Na UE, o Regulamento nº 2.988/74 aponta o prazo de cinco anos ou de três em determinadas circunstâncias, mas a contagem somente tem início a partir da data em que a infração chega a seu fim.

Finalmente, devem ser mantidas atividades de monitoramento dos funcionários e da eficácia do programa na empresa, com auditorias periódicas que permitam a conclusão pelo alcance dos objetivos almejados. Deve-se assegurar (i) a realização de treinamentos regulares e que os novos funcionários conheçam as regras, (ii) a revisão dos materiais utilizados, com atualização dos mesmos sempre que necessário; (iii) a efetiva punição daqueles que infringirem a legislação em inobservância do conteúdo do programa, dentre outras medidas.

Esse, portanto, é o panorama encontrado pelas empresas que atuam e comercializam com Estados Membros da UE, valendo reiterar que a experiência das empresas norte-americanas na adoção de “Programas de Compliance” também atua como fator de complementação.

2.1.2.2. Reino Unido

No Reino Unido, o sistema nacional de defesa da concorrência é efetivado, de forma genérica⁴⁸, pelo Office of Fair Trading (“OFT”), auxiliado pela Competition Commission (“CC”)⁴⁹.

A OFT tem como objetivo principal manter o mercado competitivo no Reino Unido em benefício dos consumidores. Suas atividades envolvem (i) efetivar o cumprimento da legislação antitruste e de defesa do consumidor; (ii) efetuar estudos dos diversos mercados para verificar seu desempenho; (iii) explicar e melhorar o conhecimento e compreensão do sistema de defesa da concorrência, o que também é feito por Guidelines⁵⁰. Ao atuar, a OFT é auxiliada pela CC, cuja principal função é efetuar investigações em caso de suposta existência de infração.

A legislação utilizada como base é o Competition Act 1998 (“CA/98”)⁵¹, que passou a vigorar em 1º de março de 2000. O CA/98 introduz duas regras

⁴⁸ Existem áreas de regulamentação específica, caso do gás, eletricidade, água, telecomunicações etc. Antigamente, o sistema era complementado pelo Director General of Fair Trading (“DGFT”), cargo que deixou de existir com o Enterprise Act 2002, a partir de 20 de junho de 2003.

⁴⁹ A CC foi estabelecida pelo Competition Act de 1998 e surgiu em 1º de abril de 1999, em substituição à Monopolies and Mergers Commission.

⁵⁰ Para mais informações a respeito, vide <<http://www.offt.gov.uk/About/Aims+and+objectives/default.htm>>.

⁵¹ Anteriormente vigoravam o Fair Trading Act 1973, o Restrictive Trade Practices Act 1976, o Resale Prices 1976 e o Competition Act 1980.

principais: (i) Capítulo I (“Chapter I”), com proibição de acordos anticoncorrenciais que possam afetar o comércio no Reino Unido, baseado no artigo 81 do Tratado da Comunidade Européia; e (ii) Capítulo II (“Chapter II”), com proibição de abuso de posição dominante, baseado no artigo 82 do mesmo tratado⁵².

As principais conseqüências das previsões legais referidas assemelham-se às existentes nos demais sistemas e são, resumidamente, (i) possibilidade de que membros da OFT ou da CC investiguem e requisitem documentos relevantes que possam indicar a prática de infração; (ii) imposição de multa em caso de inobservância da lei, a qual pode alcançar até 10% do faturamento anual da empresa por até três anos⁵³; (iii) possibilidade de que terceiros que se sintam prejudicados pela prática da infração requeiram ressarcimento pelos danos sofridos judicialmente.

Posteriormente, foi editado o Enterprise Act 2002 (“EA/02”)⁵⁴, o qual impõe severas sanções para o caso de descumprimento da legislação antitruste, inclusive às pessoas físicas, configurando um enorme incentivo à implementação de “Programas de Compliance”.

A partir de 1º de abril de 2003, foi estabelecido o Competition Appeal Tribunal (“CAT”), órgão especializado e independente responsável pelo julgamento dos casos relacionados ao direito da concorrência.

No campo penal, as principais inovações vigoram desde 20 de junho de 2003 e podem ser assim resumidas: (i) possibilidade de imposição de pena de até cinco anos de prisão ou multa ou ambos a indivíduos acusados de participação em acordos relativos a cartel; e (ii) possibilidade de desqualificação de indivíduo do cargo de diretor⁵⁵ em empresas do Reino Unido por até 15

⁵² Para mais informações a respeito do conteúdo dos capítulos, vide <<http://www.oft.gov.uk/Business/Legal+Powers/Competition+Act+1998/ca982.htm>>.

⁵³ O cálculo das penalidades segue os procedimentos estabelecidos pelo “Director General of Fair Trading’s Guidance on the Appropriate Amount of a Penalty”. Para maiores informações, vide <<http://www.oft.gov.uk/Business/Legal+Powers/Competition+Act+1998/ca98+penalties.htm>>.

⁵⁴ Parte das disposições entraram em vigor em 1º de abril de 2003 e parte em 20 de junho do mesmo ano. Para mais informações, vide <<http://www.oft.gov.uk>> e *How will the Enterprise Act 2002 change the Competition Act 1998 regime?*, in <<http://www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/FA5F6D5F-7569-4A7D-98F3-EF0223C0FE9C/0/oft441.pdf>>.

⁵⁵ A OFT apresenta um Competition Disqualification Order (“CDO”) para as Cortes Nacionais. Para mais informações, vide OFT guidance Competition Disqualification Orders (OFT 510), in <<http://www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/7979C8A1-9C04-4691-BA78-2C2ADE2F824A/0/oft510.pdf>>.

anos, nos casos em que a empresa na qual ele exercia a função tenha praticado infrações contra a legislação antitruste nacional ou da UE e a Corte Nacional considere que o mesmo não possui condições de exercer cargo de diretoria. Durante o prazo de afastamento, o indivíduo não pode envolver-se na promoção, formação ou direção de qualquer empresa.

Além do CA/98 e do EA/02, e desde 1º de maio deste ano, as autoridades antitruste do Reino Unido também podem determinar a aplicação dos artigos 81 e 82 do Tratado da Comunidade Européia. Isso em virtude das disposições inseridas pelo Regulamento nº 1/2003 da UE, já citadas no tópico anterior. Com base nessas novas regras, foram feitas propostas de adequação do CA/98 no intuito de sua uniformização com o sistema europeu⁵⁶.

O sistema de defesa da concorrência no Reino Unido, portanto, mostra-se bastante enfático, com previsão de penalidades severas para o caso de descumprimento da lei, o que ficou ainda mais explícito com o EA/02. Essa situação alerta ainda mais as empresas para a necessidade de implementação de um “Programa de Compliance” eficaz.

Nesse sentido, a OFT apresenta algumas diretrizes a serem seguidas quando da adoção desse tipo de programa⁵⁷, os quais devem ser feitos sob medida para cada empresa, assim como nos EUA e na UE. Recomenda-se que os programas contenham quatro elementos básicos, quais sejam, (i) apoio e incentivo de um alto executivo; (ii) adoção de políticas e procedimentos apropriados; (iii) treinamento dos funcionários; e (iv) avaliações periódicas sobre a sua eficácia.

Da mesma maneira que nos demais sistemas, as autoridades antitruste do Reino Unido também consideram a adoção de “Programas de Compliance” como fator de redução das penalidades impostas em decorrência da prática de infrações, desde que seja possível considerá-lo eficaz. Além disso, as empresas que detectarem rapidamente a conduta ilegal podem valer-se do acordo de leniência.

O sistema adotado, portanto, acaba por inspirar-se, em grande parte, nos procedimentos adotados nos EUA e na UE, com claro incentivo à adoção

⁵⁶ Consultas feitas em abril e junho de 2003, com resposta do governo em 16/01/04. Vide <http://www.dti.gov.uk/ccp/topics2/competition_act.htm>.

⁵⁷ Vide *How your business can achieve compliance – A guide to achieving compliance with the Competition Act 1998*, in <<http://www.of.gov.uk/nr/rdonlyres/78d1280-4eb8-46d4-a52b-207f9afeaae1/0/oft424.pdf>>. Nessas diretrizes, a OFT alerta que as pequenas empresas também devem adotar medidas de compliance, mas não necessariamente tão formais como as adotadas pelas grandes organizações.

de medidas que eduquem e incentivem os funcionários das empresas a atuarem em conformidade com as leis de defesa da concorrência e com a moral.

3. Adoção do programa no Brasil

No Brasil, o “Programa de Compliance” foi inserido formalmente no âmbito específico do direito da concorrência por meio da criação do PPI. Seguindo a experiência norte-americana e européia, são exigidos como seus elementos básicos: (i) criação de padrões e procedimentos claros com relação à observância da legislação por parte dos funcionários da empresa; (ii) indicação e qualificação de dirigente com autoridade para coordenar e supervisionar os objetivos propostos; (iii) indicação do grau de delegação e fiscalização dos poderes de negociação e da prestação de contas por parte dos funcionários responsáveis pelos contatos com agentes dos mercados de atuação da empresa; (iv) estabelecimento de mecanismos de disciplina eficientes para identificação e punição dos envolvidos em eventuais infrações à ordem econômica.

Além disso, deve constar do PPI (i) descrição de todo o material a ser utilizado para a implementação das medidas; (ii) regulamento que contenha o tratamento a ser dado e as penalidades a serem impostas aos eventuais infratores; (iii) regulamento com disposições acerca da destruição de arquivos e documentos; (iv) forma de instauração de sistemas de monitoramento de potenciais e reais infrações; (v) instrumento de contratação de serviços de auditoria externa e independente sobre matérias relacionadas à defesa da concorrência; (vi) declarações de conhecimento do conteúdo do PPI por parte dos ocupantes de cargo de administração, direção, gerência, chefes de equipes de vendas e participantes de reuniões de associações de classe ou outras formas de associação existentes nos mercados de atuação ou de interesse da empresa; e (vii) declaração de associações de classe que atestem a não utilização de ações anticoncorrenciais por seus associados.

A princípio, portanto, segue-se basicamente o mesmo padrão adotado no exterior, buscando-se implementar as medidas que já se mostraram válidas nos outros sistemas. Entretanto, ao contrário dos demais países citados neste trabalho, o Brasil inova ao criar o Certificado de Depósito do PPI. A concessão desse certificado decorre da averiguação, pelo Departamento de Proteção e Defesa Econômica (“DPDE”), da existência e cumprimento dos requisitos mínimos previstos⁵⁸.

⁵⁸ Caso seja concedido, o certificado referido terá validade de dois anos, renovável por

Assim, a eficácia do PPI será aferida previamente e não no curso das investigações e julgamento como ocorre nos sistemas adotados pelos EUA, UE e Reino Unido. Isso permite que a empresa implemente o programa de forma mais segura, sabendo se efetivamente cumpre com as exigências do governo ou não.

A concessão do certificado comporta duas exceções: (i) empresa que tenha sido condenada por infração à ordem econômica ou violação da Lei nº 8.884/94 nos dois anos anteriores ao protocolo do PPI e (ii) empresa em relação à qual esteja em curso investigação no âmbito da SDE, CADE ou SEAE, em sede de processo administrativo.

Nesse aspecto, não se mostram muito adequadas as restrições. Ora, se a empresa foi condenada por infração à ordem econômica e cumpriu a pena imposta, não se pode mais tratá-la como infratora. Pelo contrário, com maior razão deveria a mesma ser incentivada a adotar medidas que visem à redução da prática de atos ilegais. No tocante às empresas contra as quais corram investigações, também não se pode considerá-las infratoras, na medida em que vigora em nosso ordenamento jurídico a presunção de inocência. Despropositadas, portanto, as hipóteses de não concessão do certificado, devendo a Portaria SDE nº 14/04 ser revista nesse aspecto.

No tocante às penalidades impostas, estas podem ser reduzidas em caso de implementação do PPI e aquisição de seu certificado, desde que (i) a empresa requeira tal procedimento à SDE e que (ii) esta considere o programa eficaz, após analisar o preenchimento dos requisitos mínimos exigidos e sua efetiva aplicação. Caso a empresa não possua o certificado, poderá beneficiar-se da redução desde que demonstre haver implementado o PPI quando do início das investigações sobre a eventual existência de infrações, cabendo à SDE aferir sua eficácia.

A redução das penalidades não será possível no caso em que a potencial ou real infração à ordem econômica tiver contado com a anuência ou a clara

períodos idênticos, desde que prestadas novas informações que permitam a conclusão pela continuidade de cumprimento dos requisitos mínimos. O não cumprimento dos mesmos poderá acarretar, a qualquer momento, sua revogação. Além disso, o artigo 7º da Portaria SDE nº 14/04 prevê como hipóteses de revogação do certificado: (i) descumprimento de qualquer das obrigações assumidas no PPI; (ii) omissão de informação relevante ou prestação da mesma de forma enganosa; (iii) condenação judicial ou administrativa da empresa por qualquer das infrações previstas na Lei nº 8.884/94 e legislação correlata.

omissão de dirigente da empresa ou se a infração não tiver sido comunicada à SDE no prazo de trinta dias contados do seu conhecimento pelos dirigentes. Vê-se aqui, mais uma vez, a influência do entendimento adotado nos EUA e na UE acerca das hipóteses em que não se admite a redução da pena.

Assim, a despeito de contar com algumas falhas, a iniciativa de adoção do PPI pelas empresas brasileiras é louvável e demonstra o alinhamento do nosso sistema de defesa da concorrência com as tendências mundiais.

4. Conclusão

O aumento das penalidades impostas por parte de vários países em caso de infração à legislação de defesa da concorrência vem alertando as empresas acerca da necessidade de implementação de programas que conscientizem seus funcionários sobre as conseqüências malélicas decorrentes da prática de atos ilegais. Além disso, com a internacionalização dos mercados, as empresas passam a ficar submetidas a diferentes regimes, cuja grande maioria incentiva a adoção de “Programas de Compliance”.

Nesse sentido, a experiência demonstrada pelos EUA e pela União Européia na adoção desse tipo de programa serve de exemplo para o aperfeiçoamento de sistemas como o brasileiro, que até bem pouco tempo atrás não divulgava ou incentivava sua implementação.

A despeito da louvável iniciativa da SDE e dos diversos benefícios advindos da criação do PPI, todavia existem imperfeições a serem sanadas, além do fato de que sua recente instauração impede conclusões expressivas acerca de sua aceitação e compreensão pelas empresas brasileiras.

Faz-se, então, necessário o empenho das autoridades antitruste brasileiras em sua divulgação, com constantes incentivos às empresas a adotarem os procedimentos estabelecidos, o que certamente possibilitará o enaltecimento da defesa da concorrência em nosso país, colocando o Brasil em linha com o mundo.

Bibliografia

BLACK’S LAW DICTIONARY, West Publishing Co., 1999, 5ª Edição.

DESAI, Kiran S. *Antitrust compliance programmes: act now in* <<http://www.globalcompetitionreview.com/ear/compliance.cfm>>.

DONALDSON, Thomas. *Adding corporate ethics to the bottom line* in <[http://lgstwharton.uppen.edu/donaldst/Final%20RP842\(locked\).pdf](http://lgstwharton.uppen.edu/donaldst/Final%20RP842(locked).pdf)>.

Freshfields Bruckhaus Deringer, *Online competition compliance programme* in <<http://www.freshfields.com/practice/comprade/publications/pdf/onlinecompliance.pdf>>.

GOODRICH, Leon R. *Antitrust compliance programs – The sentencing guidelines* in <http://www.oppenheimer.com/content/Course_files/compliance.pdf>.

JAGLOM, André R. *Managing Distribution: How to develop a Corporate Legal Compliance Program* in <<http://www.tanhelp.com/newsworthy/Articles/LegalComplianceProgram.pdf>>

JORDAN, Kirk S. e MURPHY, Joseph E. *Compliance programs: what the government really wants* in <http://www.integrity-interactive.com/compliance/mkt_docs/guidelines.pdf>.

KOLASKY, William J. *Antitrust compliance programs: The government perspective* in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11534.htm>>.

MURPHY, Joseph Murphy, *A guide to the world of compliance and ethics programs* in <<http://www.ussc.gov/corp/corpbbehavior2.PDF>>.

OFFICE OF FAIR TRADING in <<http://oft.gov.uk>>.

PERRY, William K. *State attorneys general encourages voluntary corporate compliance programs* in <http://www.kansascity_prsco.org/IIC_Compliance_guide.doc>.

SMITH, Martin. *Competition law – enforcement and procedure*, Butterworths, London, Edinburgh, Dublin, 2001.

SPRATLING, Gary R. *The experience and views of the antitrust division* in <<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speech1grs.htm>>.

THE US DEPARTMENT OF JUSTICE, ANTITRUST DIVISION. *Status Report: An Overview of Recent Developments in the Antitrust Division's Criminal Enforcement Program* in <www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/202531.pdf>.

THE US SENTENCING GUIDELINES MANUAL in <<http://www.ussc.gov/2003guid/CHAP8.htm>>.

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS MEIOS DE COMBATE AOS CARTÉIS INTERNACIONAIS DE FIXAÇÃO DE PREÇO

Juliana Oliveira Domingues

Sumário: 1 Introdução 2 Concorrência e cartéis 2.1 A prática de cartel 2.2 O que são os cartéis de fixação de preço 2.2.1 Características 3 Os meios de combate aos cartéis internacionais de fixação de preço 3.1 Os acordos de leniência 3.2 Os acordos de cooperação 4 A experiência brasileira com cooperação 4.1 A investigação do cartel da lisina e das vitaminas 4.2 A investigação do cartel do papel higiênico: caso nacional com cooperação internacional. 5 A OMC 5.1 Considerações sobre a concorrência na OMC 5.2 As propostas de atuação 6 Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Desde a antiguidade sempre existiram regras reguladoras das condutas dos agentes econômicos. Deste modo, diferentemente do que se costuma pensar, as regras de concorrência são anteriores ao surgimento de um conceito de livre mercado, e a regulação da concorrência não ocorreu ao mesmo tempo do surgimento de um mercado liberal¹. WEBER já afirmava que havendo comércio e havendo mercado existe a concorrência².

Não há dúvidas que a teoria da concorrência está amplamente relacionada com a idéia de mercado³, ou seja, o ambiente onde os agentes econômicos atuam por meio de ofertas e demandas, disputando a preferência do consumidor. Neste sentido existem diferentes técnicas comerciais nas quais podemos de fato observar a figura do comerciante disputando a preferência da clientela, desde o escambo até as mais diversas atividades de comércio que

¹ FORGIONI, 1998, p. 26.

² Nesse sentido veja-se. WEBER, 1994, p. 419.

³ De acordo com BARRAL, o mercado primeiramente era visto com a capacidade de indicar aos produtores a carência ou excesso do produto. Desta maneira, era assegurado o fluxo de informações sobre a demanda aos produtores e de oferta aos consumidores. Este seria o mercado concorrencialmente perfeito, que traz uma noção ideal da estrutura do mercado. 1996, p. 9.

temos hoje em dia. HOVENKAMP afirmava que quem faz a política antitruste são os consumidores, e não os criadores das teorias econômicas⁴.

VAZ salienta que a concentração da atividade no comércio funcionou como força de atração na promoção da delimitação de um campo definido para o fenômeno da concorrência⁵. Além disso, verificam-se muitas anomalias no mercado: alguns produtores conseguem influenciar o preço das mercadorias, além de controlar a produção, impedindo ou prejudicando a entrada de novos competidores no mercado.

A evolução do fenômeno da concorrência, ou das normas que disciplinam a atividade no mercado dos agentes econômicos, foi identificada por FORGIONI em três passos: I) a determinação de regras reguladoras do comportamento dos agentes econômicos no mercado, com escopo de obter resultados eficazes e imediatos, sem distorções; II) a regulamentação do comportamento dos agentes econômicos como contraponto a um sistema de produção entendido como ótimo, com a concorrência assumindo seu sentido técnico dado pela ciência econômica, e visando proteger o mercado contra seus efeitos autodestrutíveis; III) a regulamentação da concorrência passa a ser vista como instrumento de implementação de uma política pública.⁶

Partindo para uma análise histórica, percebe-se que nos Estados Unidos da América (EUA), com o final da Guerra de Secessão houve um grande incremento da economia, e poucos agentes passaram a concentrar grandes capitais e recursos. Neste período de império dos trustes, algumas famílias tinham o controle da produção de certos bens podendo fixar os preços dos mesmos livremente⁷.

O aparecimento de corporações foi consequência do crescimento de grandes empresas, e o fato das mesmas estarem em um número reduzido facilitava a formação de acordos entre elas. Neste período o acordo entre empresas demonstrava ser um meio de melhorar as crises ocasionadas pela superprodução.

Foi durante essa era de liberalismo econômico, entre 1870-90, que o direito da concorrência encontrou amparo e os elementos necessários para se desenvolver. Assim, a concorrência passa a ser vista como um meio para conciliar a liberdade econômica individual com o interesse público.

⁴ HOVENKAMP, 1999, p. 2.

⁵ VAZ, 1993, p. 53.

⁶ FORGIONI, 1998, p. 30.

⁷ OLIVEIRA; RODAS, 2004, p. 4.

Os tipos de organizações monopolistas emanaram por volta da segunda metade do século XIX, nos EUA, onde a concentração de capital se desenvolveu rapidamente. Considerando este problema surgiu o *Sherman Act*, em 1890, a primeira lei antitruste, numa tentativa de coibir os problemas relacionados ao abuso de poder econômico.

Essa legislação é considerada como o mais significativo diploma legal, no qual se corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, e onde se procurou discipliná-la⁸. Contudo, não é correto dizer que o *Sherman Act* é uma reação ao liberalismo econômico, uma vez que visava, justamente, corrigir as distorções trazidas pelo excesso de acumulação do capital e pretendia corrigir as distorções criadas pelo próprio sistema liberal, como a formação de cartéis negativos à concorrência⁹.

Neste panorama, a concorrência passa a ser vista como primordial para o sistema econômico e exige uma atuação do Estado para eliminar as distorções que podem ser causadas ao sistema. Deste modo, o *Sherman Act* tornou-se o núcleo de toda a atividade antitruste nos EUA e serviu como base para a legislação de outros países, entre os quais o próprio Brasil¹⁰.

O objetivo desta pesquisa é apontar quais são os principais meios que existem hoje para combater aos cartéis internacionais de fixação de preços, também conhecidos como cartéis *hard-core*. Este tipo de cartel internacional tem desafiado tanto as autoridades antitrustes brasileiras, como as dos demais países do globo.

No presente estudo, traçou-se primeiramente um breve historio sobre o combate aos cartéis. Foram apontados os elementos que configuram um cartel de fixação de preço assim como os programas existentes para o seu combate. Por fim, as experiências brasileiras e de outros países foram analisadas, assim como as propostas e tendências para o tratamento do tema, inclusive na Organização Mundial do Comércio (OMC).

2. Concorrência e cartéis

Existem vários casos julgados nos EUA que ajudam a entender a formação das teorias da concorrência hoje, especialmente no que concerne ao com-

⁸ FORGIONI, 1998, p. 65.

⁹ IBID. p. 65.

¹⁰ BANDEIRA, 1979, p. 3.

bate dos cartéis. Deste modo é de vital importância neste trabalho trazer um breve resumo dos casos para avaliarmos a evolução do tema no decorrer dos anos.

No caso *Standard Oil Co. v. United States* (1911), a *Standard Oil* chegou a dominar 90% das refinarias norte-americanas, e assim a Corte adotou o modelo no qual 90% das quotas de produção de refinaria seriam prova suficiente de monopólio. Para efetuar essa análise a Corte estabeleceu a “regra da razão”¹¹ “como o método básico para a análise antitruste”¹².

O *Standard Oil* tornou-se um marco, mas o Congresso não via a análise feita neste caso com bons olhos, pelo fato da Suprema Corte entender a proibição do *Sherman Act* como “toda” restrição comercial para barrar apenas restrições “injustificáveis”, não agradando os juízes conservadores e estreitando legalmente o estatuto.

Apesar de o caso *Standard Oil* ser o mais conhecido sobre monopolização, outro caso no qual a Suprema Corte impôs limite significativo às firmas dominantes foi o *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis* (1912). Neste caso a corte proibiu várias ferrovias de usarem o seu controle, por conta da facilidade de seus terminais no cruzamento principal do Rio Mississippi em *Saint Louis*, para discriminar seus concorrentes.¹³

Estes casos inspiraram a promulgação, em 1914, do *Clayton Act* e do *Federal Trade Commission (FTC) Act*. O primeiro reduziu o discernimento judicial proibindo algumas uniões arrançadas, acordos exclusivos de transação, fixar diretórios, e concentrações obtidas pela compra de fundos. O *FTC Act* finalizou o *executive branch's public enforcement monopoly* com a formação de um corpo administrativo para construção de uma política antitruste¹⁴.

Deste modo, seguindo as decisões do *Standard Oil* e do *Terminal Railroad*, além do *Clayton Act*, e da criação do FTC, parecia que a

¹¹ A regra da razão apenas considera ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável, e assim não são permitidas as práticas que causem restrição ao livre comércio sem justificativa. No caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, a Corte Suprema dos EUA usou de forma clara a regra da razão. FORGIONI, 1998, p. 184.

¹² Por meio desse modelo clássico, os juízes avaliariam a base das condutas caso-por-caso. Não obstante, os comportamentos especialmente perigosos ainda deveriam ser condenados por contornos transparentes, e regras *per se*. A corte passou a classificar alguns comportamentos como excludentes sem razão. Cf. KOVACIC; SHAPIRO, 1999, p. 7.

¹³ 224 U.S. 383 (1912).

¹⁴ KOVACIC; SHAPIRO, 1999, p.8.

implementação do antitruste iria engrenar, mas, ao invés disso, o sistema antitruste entrou em um período de relativo repouso. Entre 1915 até a metade de 1930, as cortes confiaram seriamente em testes racionais para avaliar as condutas empresariais e freqüentemente trataram comportamentos suspeitos de forma permissiva. Neste mesmo sentido o “*executive branch*” se opunha às investigações agressivas pelo Departamento de Justiça do FTC.

Neste período não é fácil detectar efeitos diretos significantes do pensamento econômico, assim como pesquisas sobre as decisões judiciais antitrustes. As cortes enfatizaram o *market share* como indicador de poder de mercado, enquanto os economistas focavam mais nas economias de escala e suas implicações para os preços e estrutura de mercado. Os economistas desse período estavam manejando o problema geral de como desenvolver uma teoria de retornos crescentes junto com a competição monopolística¹⁵.

No caso *United States v. Socony-Vacuum Oil Co.* (1940)¹⁶ a Corte salientou que as fixações de preços em acordos horizontais deveriam ser condenadas sumariamente e tratadas como crimes, recordando seus efeitos atuais. Tanto no caso *Socony* como no *Interstate Circuit, Inc. v. United States* (1939), foram identificados acordos horizontais baseados em evidências circunstanciais. A Suprema Corte conseguiu, por meio desses casos, mostrar que acordos ilegais poderiam ser provados sem evidências diretas, e que estes tipos de arranjos, quando detectados, devem ser punidos severamente¹⁷.

2. 1. A prática de cartel

A prática de cartel caracteriza-se pelo ajuste entre empresas, cuja função ou resultado seja o de restringir a concorrência. Por meio do cartel, os produtores explicitamente concordam em cooperar através de um acordo que determina preços e níveis de produção. Cabe esclarecer que o ajuste ou acordo entre empresas não se restringe às empresas concorrentes entre si (formação igualitária), mas inclui em suas definições os acordos entre empresas fornecedoras e clientes entre si (formação hierárquica)¹⁸. Nas palavras de Calixto Salomão Filho:

¹⁵ KOVACIC; SHAPIRO, 1999, p.11.

¹⁶ 310 U.S. 150 (1940).

¹⁷ KOVACIC; SHAPIRO, 1999, p. 13.

¹⁸ BARBIERI FILHO, 1984, p.142.

[...] esta forma de cooperação empresarial se caracterizada pela uniformização de certos comportamentos ou pela realização de certa atividade conjunta, sem interferir na autonomia de cada empresa que permanece substancialmente independente naqueles aspectos de atividade não sujeitos ao acordo.¹⁹

Entre os aspectos negativos dos cartéis está o fato de os mesmos provocarem distorções no comércio internacional e diminuïrem os benefícios que a liberalização pode oferecer aos consumidores²⁰. Hodiernamente existem evidências de condutas de cartel no plano internacional que requerem a ação concertada entre muitos países²¹, entretanto, a sua investigação e punição ainda envolvem muitas dificuldades que necessitam ser ultrapassadas.

2.2. O que são os cartéis de fixação de preço

Existe uma rede variada de organizações que podem ser descritas como cartéis internacionais, portanto, é muito importante se fazer primeiramente uma distinção²² entre os três tipos classificados: I) – os cartéis *hard-core* criados por produtores privados de pelo menos dois países que cooperam no controle de preços ou dividem mercados no mundo; II) – os cartéis privados de exportação, não ligados ao Estado, cujos produtores são de um mesmo país e que fixam preços ou dividem o mercado de exportação, mas não em seu mercado interno; III) – os cartéis de exportação do Estado²³.

Para a OCDE, o cartel *hard-core* é:

[...] um acordo anticoncorrencial, uma prática concertada anticoncorrencial ou arranjo anticoncorrencial realizado por competidores para fixar preços, controlar a oferta (*collusive tenders*), estabelecer restrições de produção ou cotas, ou partir ou dividir mercados, alocando os clientes, provedores, territórios, ou linhas de comércio²⁴.

¹⁹ SALOMÃO FILHO, 1998, p.227.

²⁰ EVENETT; LEVENSTEIN; SUSLOW, 2001, p.1221.

²¹ OLIVEIRA, 2001, p.53.

²² Esta distinção foi realizada com base no trabalho de EVENETT; LEVENSTEIN; SUSLOW, 2001, p.1222.

²³ EVENETT; LEVENSTEIN; SUSLOW, 2001, p.1222-1223.

²⁴ OCDE, 1998, p.2.

Esta categoria não inclui acordos, práticas concertadas, ou arranjos que²⁵: a) estão relacionados razoavelmente à autorização legal de redução de custo ou produção - aumentando eficiências; b) quando são excluídos diretamente ou indiretamente da cobertura da própria lei do país Membro da OCDE; c) quando autorizados conforme essas leis²⁶.

Tentando trazer uma luz a essa problemática, em 1998, a OCDE publicou uma recomendação sobre uma ação efetiva contra os cartéis *hard-core*, chamada *Cartel Recommendation*. Em seu Preâmbulo colocou-se que os cartéis *hard-core* são as mais graves violações da lei de concorrência, uma vez que eles prejudicam os consumidores em diversos países, aumentando os preços e restringindo a oferta, tornando as mercadorias e serviços completamente impossíveis para compra de alguns consumidores, ou aumentando os valores de forma desnecessária para outros²⁷.

Em 2000, o *Cartel Report* denotou que um importante passo no fortalecimento da luta contra os cartéis é a abertura de conhecimento relativo aos danos que os mesmos podem causar²⁸. Assim, melhorando o conhecimento público sobre a natureza desta conduta e seus danos, poderia ocorrer o apoio popular por ações mais efetivas para seu combate. O Relatório também salientou a importância do trabalho adicional de sanções contra cartéis, reconhecendo que o propósito principal dessas sanções é o impedimento de tais condutas²⁹.

2.2 1. Características

Existem numerosos processos e procedimentos realizados pelo Departamento de Justiça norte-americano (USDOJ), pela Comissão Européia (CE) e pelos órgãos pertinentes brasileiros (SEAE, SDE, CADE), que analisam a fixação de preços dos cartéis *hard-core*.

²⁵ Segundo a OCDE, todas as exclusões e autorizações do que seriam casos contrários aos cartéis (*hard-core*) deveriam ser transparentes e deveriam ser revisados periodicamente para verificação se eles são necessários para alcançar os objetivos da política perseguida pelos países. Após esta Recomendação, a OCDE colocou que seus Membros deveriam prover à Organização notificação anual de qualquer exclusão nova ou estendida ou categoria autorizada.

²⁶ OCDE, 1998, p.2.

²⁷ OCDE., 1998, p.75.

²⁸ OCDE, 2003, p.13.

²⁹ Ibid. p.19-20

Os membros dos cartéis *hard-core* incluem algumas das maiores corporações mundias³⁰ e, segundo dados estatísticos, o mercado afetado por estes cartéis nos anos 90 ultrapassou US\$ 30 bilhões³¹. Nos anos 90, um típico cartel internacional tinha firmas de dois ou três países, contudo no caso do cartel de navios, havia mais de trinta países participantes³².

As pesquisas teóricas sobre o tempo de formação dos cartéis *hard-core* nos anos 90, demonstram que estes foram formados freqüentemente após um período de declínio de preços. No entanto, estes declínios de preço geralmente não são associados às flutuações macroeconômicas³³. Evidências de fontes industriais sugerem que eles foram o resultado da competição crescente e da integração dos mercados³⁴.

De acordo com as amostras processuais do USDOJ e da CE, a duração comum de cartéis na década de 90 é de seis anos. Entretanto, alguns dos cartéis analisados duraram duas décadas antes da intervenção dos órgãos antitrustes, outros duraram menos de um ano. Vinte e quatro dos quarenta cartéis analisados duraram pelo menos quatro anos, certamente período longo o bastante para oferecer impacto significativo aos consumidores³⁵.

Neste sentido, os economistas concordam que: I - há uma perda, que é resultado dos consumidores passarem a comprar menos do produto ao preço de cartel; II - há outra perda, ainda maior, que é resultado dos consumidores terem que pagar o preço de cartel, mais alto, pela mesma quantidade³⁶.

³⁰ Existe uma tabela disponível em estudo realizado por Levenstein e Suslow, que aponta os países onde existem firmas acusadas de fixação de preços pelos EUA e pela Comissão Européia durante os anos 90. LEVENSTEIN; SUSLOW, 2001.

³¹ EVENETT; LEVENSTEIN; SUSLOW, 2001, p.1224.

³² Como estes casos estudados foram casos do Departamento de Justiça norte-americano e da Comissão Européia, a maioria das firmas são norte-americanas e européias, mas é muito comum a participação de firmas japoneses e sul.- coreanas

³³ EVENETT; LEVENSTEIN; SUSLOW, 2001, p.1226.

³⁴ Levenstein e Suslow chegaram a uma conclusão semelhante fazendo uma análise diferente. Os casos estudados freqüentemente relatavam a formação de cartel durante um período de queda de preços, mas este fato nem sempre era, ou normalmente estava associado com queda da demanda. Sobre este estudo veja-se: LEVENSTEIN; SUSLOW, 2002.

³⁵ EVENETT; LEVENSTEIN; SUSLOW, 2001, p.1226.

³⁶ OCDE, 2002, p.76.

Desta maneira, os cartéis que reduzem com sucesso a produção e aumentam o preço acima dos valores do mercado, fazem com que os consumidores, coletivamente, passem a comprar menos do produto cartelizado, e pagar mais pela quantidade que eles compravam antes³⁷.

Certamente os cartéis podem ter outros efeitos econômicos prejudiciais. Além da alocação de recursos descrita acima, eles obrigam seus sócios a ficarem expostos totalmente às forças do mercado³⁸. O resultado pode ser a redução da pressão para controlar custos e inovar. Este dano para “eficiência produtiva” e “dinâmica” é tão grande quanto para “eficiência alocativa”³⁹.

De fato a mensuração de quaisquer dos danos descritos acima é difícil. Os operadores antitrustes tendem a focalizar o cálculo no ganho ilegal usufruído pelos operadores de cartel, justamente porque este é o mais fácil de se calcular. Há outra razão igualmente importante em se concentrar este cálculo nos ganhos, relacionada às sanções: uma ótima penalidade financeira levaria em conta o ganho da conduta ilegal⁴⁰.

O ganho auferido nos acordos de cartel pode variar significativamente de caso para caso. Além disso, como já fora discutido, a perda atual para os consumidores é muito maior que o valor percebido pelo cartel. Logo, esta perda, ou dano total gerado pelos cartéis, é significante.

Os casos recentes de lutas contra os cartéis *hard-core* inferem que a dimensão do problema é muita maior do que se imaginava, entretanto, permanece difícil de se colocar em valores monetários, mas chega anualmente a bilhões de dólares⁴¹.

³⁷ A OCDE reconhece que os meios econômicos não são os únicos para determinar o dano que um cartel pode causar. Existem problemas sociais e patrimoniais que são também pertinentes. Entretanto, é difícil ser indiferente sobre os efeitos totais dos cartéis para os consumidores. Eles pagam um preço alto que é o resultado de um acordo, geralmente secreto, entre produtores que sabem, ou deveriam saber, que a sua conduta é ilegal. Essas circunstâncias, mais os consensos internacionais sobre o propósito da lei de concorrência de proteger os consumidores, faz com que quase todos estudiosos da concorrência considerem a transferência de riquezas como um dos principais danos gerados pelos cartéis.

³⁸ Os operadores de cartéis desejam maximizar lucros. Isto significa que cada empresa tem incentivos para controlar custos mesmo no ambiente de cartel, entretanto, o acordo diminui as pressões externas para que isso seja feito.

³⁹ OCDE, 2002, p.76.

⁴⁰ OCDE, 2002, p.77.

⁴¹ OCDE, 2002, p.81.

3. Os meios de combate aos cartéis internacionais de fixação de preços

Com base nas perspectivas econômica e jurídica, os objetivos das leis combate aos cartéis deveriam ser intimidar, e quando necessário, punir as empresas que fazem uso desta conduta indesejável ao mercado⁴². A OCDE também afirma que seus países Membros deveriam assegurar que suas leis de concorrência efetivamente tenham poder de deter e intimidar os cartéis chamados *hard-core*⁴³.

Em particular, essas leis deveriam prover para: I) - sanções efetivas, de um tipo e a um nível adequado, para intimidar empresas e indivíduos a participar de tais cartéis; II)- procedimentos de execução e instituições com poderes adequados para descobrir e eliminar os cartéis *hard-core*, inclusive com poderes para obter documentos e informações e impor penalidades⁴⁴.

Deste modo, um grupo de empresas será intimidado coletivamente de cartelizar os mercados de uma nação, quando existe possibilidade da autoridade antitruste destes países de os multar em um valor superior aos ganhos advindos da participação no cartel⁴⁵. Levando-se em consideração este argumento, algumas nações como os EUA, a Alemanha e a Suíça, fixaram ao máximo as multas impostas aos participantes de cartéis⁴⁶ com base no valor pecuniário percebido pela atividade ilícita destas empresas⁴⁷.

3.1. Os acordos de leniência

A formação e atuação dos cartéis *hard-core* continua desafiando os órgão de defesa da concorrência, desde o momento da investigação, até o momento de aplicação das penalidades. Assim, é necessário que os órgãos de

⁴² EVENETT; LEVENSTEIN; SUSLOW, 2001, p.1234.

⁴³ OCDE, 1998, p.2.

⁴⁴ OCDE, 1998, p.2.

⁴⁵ EVENETT; LEVENSTEIN; SUSLOW, 2001, p.1235.

⁴⁶ Assumindo que a empresa tem um risco neutro; que não há custos para esta empresa em se defender antes da imposição de uma multa; sendo o ganho pecuniário da cartelização igual a G ; e a probabilidade da autoridade antitruste detectar e punir o cartel igual a p , a multa f igual a (G/p) proverá a necessária defesa coletiva. É importante se ter em mente que um acordo de cartel é tipicamente secreto – e assim a probabilidade de detecção e punição p é pequena – logo, quando p é positivo, então existe uma multa que possibilita deter coletivamente a cartelização.

⁴⁷ EVENETT; LEVENSTEIN; SUSLOW, 2001, p. 1235.

defesa da concorrência criem mecanismos capazes de desestruturar internamente o cartel de maneira a tornar pública a prática ilegal.

Os órgãos de defesa da concorrência dos EUA, do Reino Unido, das Comunidades Europeias, assim como do Brasil, instituíram programas de leniência com o escopo de encorajar os infratores a revelarem os segredos relativos aos cartéis dos quais fazem parte, e a confessar a infração, indicando os demais participantes. Houve uma discussão sobre os programas de leniência na OCDE, em fevereiro de 2000, onde, levando em conta as propostas escritas e a discussão oral, emergiram os seguintes pontos:

O desafio no ataque aos cartéis *hard-core* é penetrar em sua cúpula secreta. Para encorajar um participante de um cartel a confessar e indicar os demais participantes em primeira-mão, oferecer “evidências maiores” sobre as reuniões e comunicações clandestinas, uma agência deve prometer uma multa menor, uma pena mais curta, ou o perdão completo.⁴⁸

Desde que o programa dos EUA foi revisado em 1993⁴⁹, e tornou-se clara a questão da isenção de penalidades⁵⁰, o número de denúncias multiplicou para mais de 20 por ano naquele país⁵¹. Até o final de 2003 as multas aplicadas já ultrapassaram US\$ 1 bilhão. Na investigação nos EUA do cartel de vitaminas, a cooperação de um dos participantes do programa de leniência conduziu diretamente aos culpados e as multas foram de US\$ 500 milhões e US\$ 225 milhão contra duas outras empresas⁵².

O incentivo também pôde ser verificado na investigação do cartel dos eletrodos de grafite, onde o agente denunciador não recebeu nenhuma penalidade, o segundo agente foi multado em US\$ 32.5 milhões, o terceiro em US\$110 milhões, e o ultimo em US\$ 135 milhões.

⁴⁸ OCDE, 2001. p. 7.

⁴⁹ EUA. Department of Justice Antitrust Division. **Corporate Leniency Policy**, 10 aug. 1993. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lenind.htm> > Acesso em: 20 ago.2003.

⁵⁰ Para maximizar os benefícios e incentivar mais rapidamente as denúncias, as condições da transação devem estar bem claras desde o início. OCDE, 2003, p.8.

⁵¹ Com as mudanças ocorridas em 1993, o programa dos EUA tornou-se mais efetivo. Para a concessão do perdão completo para o primeiro agente que faz a denúncia, é necessário preencher certas condições que estão claramente especificadas no programa.

⁵² OCDE, 2003, p.7.

Seguindo o exemplo norte-americano, adotou-se pela Comissão Européia (CE) um acordo de leniência em 1996, e em fevereiro de 2002, foi anunciado o novo programa de leniência, baseado no modelo norte-americano⁵³. No âmbito europeu também é possível obter a isenção total da pena, mesmo após o início das investigações. Para que isso ocorra a empresa deve: fornecer provas sólidas, cooperar plenamente e abandonar aquela conduta lesiva. Outras jurisdições também possuem programas de leniência, como o Canadá (baseado no modelo norte-americano), a Alemanha (programa anunciado em maio de 2000)⁵⁴.

No Brasil, a lei n.º 10.149 de 21 de dezembro de 2000, trouxe uma proposta que permite que a União celebre, por meio da SDE, acordo de leniência com a eliminação da punição⁵⁵ ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável. Pela alteração do art. 2º da Lei 8.884/94 buscou-se adequar os critérios de territorialidade vigentes, de modo a possibilitar a notificação e intimação das empresas estrangeiras na pessoa de seu braço operacional no Brasil, como mecanismo de garantia de maior eficácia e celeridade processual⁵⁶.

Apesar do programa de leniência brasileiro traduzir a disposição de reforçar o controle dessas condutas, a prática de outros mecanismos similar (como dos EUA e CE) demonstra que o mero incremento dos poderes de investigação dos órgãos não é suficiente para garantir a eficácia. Como bem enfatiza MONTEIRO:

Primeiramente, tal resultado depende da disponibilidade de pessoal capacitado para a realização de inspeções e buscas. Ademais, o sucesso do programa vincula-se, em grande parte, à credibilidade da ação antitruste no Brasil –

⁵³ COMISSÃO EUROPÉIA. **Commission Notice on Immunity from fines and Reduction of Fines in Cartel Cases**. OJ C 45 3, 13 feb. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu.int/comm/competition>> Acesso em: 20 ago. 2003.

⁵⁴ OCDE, 2003, p.8.

⁵⁵ A Medida Provisória n.º 2.655, garantiu a extensão do programa de leniência à esfera penal. Assim, preenchidos os requisitos, o cumprimento do acordo extingue a punibilidade criminal das infrações à ordem econômica, caso se constituam em crime de ação penal pública. Nestes sentido veja-se: RAMOS, Marcelo. **Documento de trabalho n.º5**, outubro de 2000. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae>> Acesso em 15 jun.2003.

⁵⁶ BRASIL. SEAE. **Relatório de Atividades da SEAE de 1999 - Promoção e Defesa da Concorrência**. Disponível em: <<http://fazenda.gov.br/SEA/relatorio/relatorio00c.html>>. Acesso em: 13 jun.2003.

medida pelo grau de prioridade conferido à repressão de condutas anticoncorrenciais -, à expectativa de punições baseada no histórico de condenações, bem como à observação rigorosa da lei nos primeiros acordos celebrados [...] Além disso, a falta de independência da autoridade celebrante pode suscitar desconfiança no seio da sociedade quanto ‘a suscetibilidade da condução do acordo.’⁵⁷

Questiona-se no Brasil o impacto na ação penal, já que autores como FONSECA defendem que para ser válida a renúncia da ação penal, gerada pela celebração de acordo administrativo - acordo de leniência, o Ministério Público (que é detentor da competência privativa de promover ação civil pública), deveria então dele participar⁵⁸.

3.2. Os acordos de cooperação

Uma das formas encontradas para um efetivo combate aos cartéis *hard-core* são os acordos de cooperação. As autoridades antitrustes têm se empenhado na assinatura de acordos, por meio dos quais obtêm-se provas situadas em outros territórios. Na maior parte das vezes estas provas seriam difíceis e até mesmo ilegais se obtidas de outra maneira.

Mais do que em outras áreas de política pública, a defesa da concorrência torna necessário o intercâmbio técnico intenso, ainda mais diante da natureza aberta dos tipos de infração à ordem econômica. Como bem salienta OLIVEIRA:

Para um país adotar práticas convergentes com o resto do mundo é fundamental que ele promova o intercâmbio com as diversas agências. Assim, atividades de cooperação técnica assumem papel fundamental na integração sub-regional e multilateral⁵⁹.

O fundamento principal desses acordos é o chamado princípio da cortesia positiva (*positive comity*)⁶⁰. Isso significa que a cortesia se fará presente toda vez que dois países que assinam um acordo de cooperação decidirem aplicar de forma recíproca as normas de extraterritorialidade que fazem parte de suas legislações.

⁵⁷ MONTEIRO, 2002, p.16.

⁵⁸ FONSECA, 2001, p.73.

⁵⁹ OLIVEIRA, 2001, p.40.

⁶⁰ Sobre os princípios de cortesia positiva veja-se: EUA E CE. **Acordo entre Comunidades Européias e o governo dos Estados Unidos da América relativo aos princípios de cortesia na aplicação dos respectivos direitos de concorrência**. Disponível em: <<http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/pt/9806/p103067.htm>> Acesso em: 12 jun. 2003.

Estes acordos freqüentemente têm os seguintes conteúdos: mútua notificação das investigações iniciadas em cada país; possibilidade de visita no curso das investigações de funcionários de uma agência à outra; possibilidade de solicitação ao outro país signatário para que inicie uma investigação das condutas anticompetitivas que ocorrem em seu país, ainda que os efeitos desta somente sejam sentidas no país solicitante; previsão de assistência recíproca na localização de testemunhas, coleta de evidências e depoimentos no território do outro signatário; e previsão de encontros regulares das autoridades a fim de discutir a evolução destas políticas e permitir trocas de informação⁶¹.

A cooperação internacional tem se mostrado crucial ao estímulo do comércio, do investimento e principalmente ao combate aos cartéis. Neste sentido, a aprovação, em 1998, da Recomendação da OCDE para o combate aos cartéis *hard-core* merece destaque, e neste sentido a OMC deveria apoiar mais efetivamente toda iniciativa de combate a este tipo de prática⁶².

Outro fator de destaque foi a criação de uma Rede Internacional de Concorrência, em outubro de 2001, para promover a cooperação internacional entre as agências de concorrência, tendo como uma de suas principais finalidades o combate aos cartéis *hard-core*⁶³.

4. A Experiência brasileira com cooperação

Nos últimos cinco anos o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência tem recebido ajuda significativa das agências dos EUA e do Canadá em três importantes investigações. Esses casos ilustram as circunstâncias particulares de cada caso, assim como o nível de cooperação já institucionalizado entre o Brasil e os países que ofereceram ajuda⁶⁴.

Os EUA são o único país que o Brasil tem um acordo formal de cooperação⁶⁵, e em investigações de cartéis *hard-core* a Divisão Antitruste do

⁶¹ MARTINEZ, 2003, p. 188.

⁶² OLIVEIRA, 2001, p. 53.

⁶³ Sobre a Rede Internacional de Concorrência veja-se: **Política da Concorrência na União Européia – XXI Relatório sobre Política da Concorrência - 2001**. Comissão Européia – Direção Geral. Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/competition_policy/pt.pdf> Acesso em: 20 set. 2003.

⁶⁴ ARAÚJO, 2002, p.4.

⁶⁵ BRASIL E EUA. **Agreement between The Government of Federal Republic of Brazil and the Government of the United States of America regarding the**

Departamento de Justiça norte-americano trabalhou em conjunto com a SEAE e a SDE na investigação do cartel da lisina. Houve também uma colaboração e até o treinamento pessoal específico no caso do papel higiênico⁶⁶, que não é um cartel *hard-core*.

No entanto, na investigação do cartel de vitaminas executada no Brasil, a maior parte da informação recebida do estrangeiro foi provida pelo Canadá, embora os dois países ainda não tenham firmado um acordo de cooperação.

4.1. A investigação do cartel da lisina e das vitaminas

Entre 1992 e 1995 os maiores produtores de lisina do mundo formaram um cartel *hard-core* fixando os preços dos produtos, as quantidades a serem vendidas, e estipularam a parte do mercado de cada firma nos diferentes continentes do globo⁶⁷:

Nos EUA essas empresas foram processadas e consideradas culpadas pela fixação de preços e divisão de mercado. O resultado foi a punição de cinco empresas, e a imposição de multas extremamente altas⁶⁸. Na Europa também houve a condenação por fixação de preços e divisão do mercado, mas a Ajinomoto e a Sewon receberam 30% de redução da multa imposta, por conta de suas colaborações nas investigações. A multa da ADM foi reduzida em 10%, mesmo sem ter colaborado nas investigações, uma vez que a empresa não contestou as alegações apresentadas pela Comissão para a decisão do caso.

No Brasil as investigações preliminares tiveram início em 1999. Assim, no *International Cartels Workshop*, realizado em Washington – DC,

cooperation between competition authorities in the Enforcement of Competition Laws. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov>> Acesso em: 12 ago. 2003. Este acordo foi assinado em 26 de outubro de 1999 e em 27 de junho de 2002 foi admitido por meio do Decreto 154.

⁶⁶ ARAÚJO, 2002, p.5.

⁶⁷ As empresas participantes são: Archer Daniels Midland Co. (ADM) nos EUA; Ajinomoto Co. Inc. e Kyowa Hakko Kogyo Co. Ltd. no Japão; Miwon Food Co. Ltd, Sewon America Inc. e Cheil Jedang Ltd. na Coreia; Eurolysine S.A. na França.

⁶⁸ ADM foi multada em US\$ 70 milhões (mais um adicional de US\$ 30 milhões por participar numa outra cartelização no mercado de ácido cítrico); Ajinomoto e Kyowa foi multada em US\$ 10 milhões cada; Cheil Jedang em US\$ 1.25 milhões; e Sewon America em US\$ 328 mil. Em setembro de 1998, o júri de Chicago condenou à prisão o vice-presidente anterior da ADM e dois altos executivos da companhia.

em 1999, os representantes brasileiros tiveram acesso aos detalhes da investigação promovida pelo Departamento de Justiça dos EUA (USDOJ). Como neste caso as partes já tinham sido julgadas, toda a informação relativa ao processo e a punição resultante eram públicas.

O foro para discussão oferecido pelo seminário promoveu um ambiente benéfico para a troca de teorias e iniciativas sobre o caso. Subseqüentemente, o USDOJ forneceu à SEAE os registros do processo e todos os dados relevantes baseados nos quais a SEAE emitiu uma nota técnica recomendando à SDE medidas contra estas empresas. Desta forma, a SDE abriu um Processo Administrativo para habilitar a SEAE e as agencias prosseguiram com a análise⁶⁹.

Durante a investigação das agencias brasileiras, estas trabalharam juntamente com o USDOJ. Com base na evidência coletiva, a SEAE concluiu que o acordo de fixação de preços e a divisão ao mercado foram negativos para o Brasil.

Outro caso interessante de cooperação é o da investigação do cartel das vitaminas, que envolve um número grande de indústrias farmacêuticas que durante 1990–1999, acordaram a fixação de preços, quantidades e dividiram o mercado de vitaminas por meio da imposição de quotas em todo mundo.

Em 20 de maio de 1999, o USDOJ condenou as empresas pela divisão do mercado de vitaminas A, B2, B5, C, E, Beta Caroteno e pre-mistura de vitaminas⁷⁰. A decisão norte-americana promoveu o início das investigações pela Comissão Européia tanto das empresas européias como não-européias. A decisão prolatada pela CE⁷¹ impôs multas variadas: entre 462 milhões de euros para Roche, e 5.04 milhões de euros para Aventis.

Os valores das multas foram calculados levando em consideração: a seriedade do crime; a duração; e a cooperação oferecida pela empresa durante a investigação⁷². Nesta investigação em particular, os programas de leniência promoveram o sucesso das investigações, tanto nos EUA como na Europa. Foi desta maneira que suas agências puderam ter acesso a toda informação mais sensível.

⁶⁹ ARAÚJO, 2002, P.6.

⁷⁰ Este caso já fora mencionado pelo fato de um dos participantes ter participado do programa de leniência do USDOJ, e assim ter ficado livre de punição.

⁷¹ Cabe ressaltar que as empresas que dividiram o mercado de vitaminas B1, B6, H e M, não puderam ser punidas, isto porque a investigação foi iniciada pela Comissão mais de 5 anos após o término do cartel nesses mercados, ultrapassando o limite que é estipulado.

⁷² ARAÚJO, 2002, p.7.

Assim, em maio de 2000, aproximadamente um ano após as investigações preliminares, a SEAE e a SDE fizeram denúncias formais contra a Roche, BASF, Aventis e onze executivos dessas firmas, pela participação no cartel *hard-core* de vitaminas⁷³.

Neste caso, o Brasil contou muito com a colaboração do Canadá, que ofereceu dicas sobre o que investigar exatamente. Esta foi uma troca incomum, baseada nas relações profissionais desenvolvidas entre as agências dos dois países, já que o Canadá e o Brasil não têm um acordo de cooperação sobre essa matéria.

No final de 2002 a SEAE estava preparando um relatório final sobre esta investigação, tenho concluído que este acordo era contrário ao mercado brasileiro.⁷⁴

Este caso é muito interessante porque as investigações coletadas evidenciaram as atividades destas firmas não só no Brasil, como também em toda América Latina. As agências brasileiras podem inclusive colaborar com os países da América Central e América do Sul no combate a esse cartel *hard-core*, dividindo as informações disponíveis.

4.2. O cartel do papel higiênico: caso nacional com cooperação internacional

Em julho de 2001, a SEAE e a Unidade Brasileira de Proteção ao Consumidor de São Paulo (PROCON – SP) iniciaram uma investigação em conjunto sobre as três maiores empresas brasileiras de papel higiênico: Klabin, Santher e Melhoramentos. Estas empresas concomitantemente reduziram o tamanho do papel higiênicos, sem informar aos consumidores ou reduzir os preços.

⁷³ Durante o procedimento administrativo, a SEAE e a SDE interrogaram em conjunto os executivos mais importantes das empresas e chegaram a invadir a sede brasileira da Basf e da Roche. As evidências acumuladas durante esta investigação preliminar indicaram que as empresas coordenaram esforços para fixar preços de vitaminas A, E, e Beta-Caroteno. A SEAE e a SDE descobriram que os responsáveis pela administração dessas empresas no mercado de vitaminas da América Latina se encontravam em São Paulo, de duas a quatro vezes por ano, para trocar informação sobre preços e quantidades de venda destes produtos. Estas reuniões tiveram o propósito de monitorar as atividades do cartel internacional dentro do mercado latino-americano e brasileiro. Sobre essa questão veja-se: ARAÚJO, 2002, p.7.

⁷⁴ ARAÚJO, 2002, p.7.

Apesar deste ser um caso nacional, as agências brasileiras também se beneficiaram da cooperação do USDOJ e do FBI para preparar as investigações. Em abril de 2002, o *Chief Attorney for the Chicago Unit. – Mr. Marvin Price*, e a *Supervisory Special Agent - Ms. Vida Bottom*, vieram para São Paulo dividir suas experiências com a SEAE, a SDE, e alguns representantes do PROCON⁷⁵.

Desta forma, além uma contribuição direta para o caso dos papéis higiênicos, ainda pode-se discutir mais sobre os aspectos de combate aos cartéis, desenvolvendo um paralelo entre o sistema brasileiro e o norte-americano.

5. A OMC

5.1. Considerações sobre a concorrência na OMC

Hoje ainda existe uma discussão muito grande sobre a necessidade de criação de um conjunto multilateral de regras de concorrência no âmbito da OMC⁷⁶. Em 1996, durante reunião ministerial da OMC em Singapura, a concorrência recebeu uma especial atenção com a instituição de um grupo de trabalho - *Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy (WGTCIP)*⁷⁷ - para discutir e estudar as interações entre o comércio e a política de concorrência.

⁷⁵ ARAÚJO, 2002, p.8.

⁷⁶ Sobre esta questão ver: ANDRADE, 2001, p.295-324 e CARVALHO, 2001, p.172-185.

⁷⁷ WT/MIN(96)/DEC, par. 20: "Having regard to the existing WTO provisions on matters related to investment and competition policy and the built-in agenda in these areas, including under the TRIMs Agreement, and on the understanding that the work undertaken shall not prejudice whether negotiations will be initiated in the future, we also agree to: establish a working group to examine the relationship between trade and investment; and establish a working group to study issues raised Members relating to the interaction between trade and competition policy, including anti-competitive practices, in order to identify any areas that may merit further consideration in the WTO framework. These groups shall draw upon each other's work if necessary and also draw upon and be without prejudice to the work in UNCTAD and other appropriate intergovernmental fora. As regards UNCTAD, we welcome the work under way as provided for in the Mindrand Declaration and the contribution it can make to the understanding of issues. In the conduct of the work of the working groups, we encourage cooperation with above organizations to make the best use of available resources and to ensure that the development dimension is taken fully into account. The General Council will keep the work of each body under review, and will determine after two years how

Após a formação do WGTCP, a organização passou a receber comunicações dos Membros e organizações internacionais. Cabe salientar que estas últimas atuam na qualidade de observadores, como: a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD); a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), o Banco mundial, o Fundo Monetário Internacional (FMI) e a Cooperação Econômica da Ásia – Pacífico (APEC)⁷⁸.

Após a formação do WGTCP, sua atividade sobre a interação entre a política comercial e a política de concorrência produziu relatórios referentes aos encontros realizados em 1997, 1998, 1999, 2000 e 2001⁷⁹. Em novembro de 2001, na Declaração Ministerial da Conferência de Doha, foram fixados objetivos mais concretos a serem esclarecidos pelo Grupo de Trabalho até 2003⁸⁰, e os parágrafos 23, 24 e 25 da Declaração dedicaram-se à interação entre comércio e política de concorrência.

5.2. As propostas de atuação

Na Declaração Ministerial de Doha, ficou definido que uma das atribuições do WGTCP seria, até a 5ª Reunião Ministerial, trabalhar para a formação de cláusulas sobre cartéis *hard-core*. Deste modo, apesar do texto ser vago em algumas questões, ele apresenta consenso em algumas matérias, como é o caso da preocupação em conter a atuação dos cartéis *hard core*⁸¹.

the work of each body should proceed. It is clearly understood that future negotiations, if any, regarding multilateral disciplines in these areas, will take place only after an explicit consensus decision is taken among WTO Members regarding such negotiations.”

⁷⁸ ANDRADE, 2003, p.242-243.

⁷⁹ Estes documentos são respectivamente: WT/WGCP/1; WT/WGTCP/2; WT/WGTCP/3; WT/WGTCP/4; WT/WGTCP/5. Disponível em: <http://www.wto.org>. Acesso em 28 ago. 2003.

⁸⁰ Esperava-se que na Conferência Ministerial de Cancún, realizada em setembro de 2003, os Membros da OMC estivessem munidos de elementos para decidir se o tema concorrência faria parte ou não da agenda de negociação da OMC. Entretanto diante do insucesso desta Conferência, nada ficou definido sobre o tema.

⁸¹ “One focus of discussions in the working group is on the international hard core cartels. Price-fixing across borders by private companies is estimated to raise costs to consumers (including businesses) in the affected industries by 20-40%. In the 1900s, international cartels were found to be operating in a large number of industries, including graphite electrodes, vitamins, citric acid, seamless steel tubes, lysine and bromine. Developing countries, which imported large amounts of these products, were overcharged

Como se sabe, os efeitos destes cartéis são capazes de alcançar vários países em um só momento. Logo, de acordo com o grupo de trabalho da OMC, este fato evidencia que qualquer regulamentação sobre o tema deveria ser multilateral⁸².

Neste contexto, os Membros desenvolvidos e vários Membros em desenvolvimento, apontaram a luta contra os cartéis *hard-core* como razão para o estabelecimento de uma normatização da OMC nesta área. Estas normas apoiariam a implementação de políticas adicionais de concorrência pelos Membros que aumentariam a contribuição global da política da concorrência no sistema multilateral de comércio⁸³.

Para as economias em desenvolvimento, a inclusão do tema concorrência na OMC é vista com bastante apreensão. De fato, esses países se preocupam muito com os custos que uma implementação sobre política concorrencial gerariam para suas economias. No entanto, alguns especialistas em políticas comerciais afirmam que esta apreensão é excessiva, podendo ser justificada apenas pelos países de menor desenvolvimento⁸⁴.

Nas próximas negociações da OMC os países em desenvolvimento e os menos desenvolvidos podem optar pelas seguintes condutas: I) - decidir não iniciar nenhuma negociação formal no sistema multilateral sobre políticas concorrenciais; II) – decidir começar negociações formais sobre concorrência, mas não incluir discussões sobre cartéis *hard-core*; III) – decidir começar negociações formais sobre concorrência incluindo providências sobre cartéis *hard-core*.

by billions of dollars. Since individual countries are hard-pressed to fight these cartels alone, international cooperation is critical in dealing effectively with this phenomenon.” OMC. TRADE AND COMPETITION POLICY. **Dealing with cartels and other anti-competitive practices – Cancún WTO Ministerial 2003: Briefing notes**. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min03_2/brief_e/brief08_e.htm> Acesso em: 28 ago. 2003. p. 2-3.

⁸² O Grupo de Trabalho (WGTC) fez também a distinção do conceito de cartel *hard core* dos conceitos de cartel de exportação e de importação. Sobre esta questão ver: WT/WGTC/191 – Disposiciones sobre los Cárteles Intrínsecamente Nocivos – 20 de jun. 2002. Disponível em: <<http://www.wto.org>> Acesso em: 28 ago. 2003.

⁸³ OMC. TRADE AND COMPETITION POLICY. **Dealing with cartels and other anti-competitive practices – Cancún WTO Ministerial 2003: Briefing notes**. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min03_2/brief_e/brief08_e.htm> Acesso em: 28 ago. 2003. p. 3.

⁸⁴ EVENETT, 2003, p.35.

Os benefícios que os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos podem auferir optando pela discussão sobre os cartéis *hard-core* dependem das negociações. O requerimento multilateral de fortalecimento de uma legislação que combata os cartéis parece ser positivo numa perspectiva global, pois poderá reduzir práticas negativas ao comércio.

Seria importante que estes países passassem a adotar uma aproximação às modalidades de cooperação voluntária. Segundo EVENETT, nas reuniões da OMC, estes países podem inclusive defender a notificação desses cartéis para um órgão centralizado, o que evitaria custos maiores para suas economias na implementação de agências, economizaria tempo que é necessário para formalização de acordos bilaterais de cooperação e também promoveria a criação de uma central de registro sobre atividades envolvendo cartéis internacionais⁸⁵.

As negociações com os países menos desenvolvidos deve levar em consideração as diferenças e as dificuldades que os mesmos têm de implementação por conta de seu estágio de desenvolvimento e de seus sistemas jurídicos. Também é muito importante que seja respeitada a diferença cultural, para que as inúmeras propostas que serão negociadas, efetivamente cooperem para o avanço de seus interesses individuais e coletivos.

6. Considerações finais

Com base no exposto, não restam dúvidas sobre o fato dos cartéis, e em especial os do tipo *hard-core*, serem infrações à ordem econômica que devem ser severamente punidas. Contudo, são poucos os países que possuem uma estrutura adequada e efetiva ao seu combate como é o caso dos EUA.

A experiência dos países que fazem parte da OCDE demonstra que, especialmente após a década de 90, foi intensificada a luta contra os cartéis *hard-core*, e os casos recentes de cartéis *hard-core* denotam que as dimensões do problema são bem maiores do que se previa. Entretanto, permanece sendo difícil avaliar monetariamente o prejuízo causado que chega anualmente a bilhões de dólares.

A troca brasileira de experiências com outras jurisdições e agências desenvolveu-se principalmente de uma maneira informal. Em todos os três

⁸⁵ EVENETT, 2003, p.40-3.

casos apresentados acima, foi demonstrado que isto foi possível devido à relação desenvolvida entre os funcionários do SBDC e os funcionários canadenses e norte-americanos. Com respeito aos EUA, a relação foi expandida depois que ambos os países assinaram um acordo bilateral em 1999.

Portanto, tendo como base estas experiências, o Brasil, além de aumentar a cooperação internacional com fulcro no modelo atual, deveria aumentar seu número de parceiros, firmando acordos com as agências de outras jurisdições. É fundamental que o Brasil construa uma reputação forte contra a atividade de cartel e divulgue a existência de seu programa de leniência.

Infelizmente, mesmo existindo o programa de leniência no Brasil, há uma incerteza legal que torna este programa pouco utilizado. Desta forma, este problema deve ser resolvido para que se possa obter mais facilmente evidências de práticas de cartel em nosso país.

Por fim, deveria ser incentivada a criação de instrumentos de combate aos cartéis *hard-core* em acordos multilaterais, a fim de promover a sua punição em âmbito mundial. Nesse sentido, a OMC deveria apoiar e desenvolver meios de combate a este tipo de conduta que é tão prejudicial à concorrência, mas sempre respeitando as diferenças entre os países que fazem parte da organização.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Maria Cecília. Concorrência. In: BARRAL, Welber. **O Brasil e a OMC**. Curitiba: Juruá, 2002. p.295-324.

ANDRADE, Ricardo Gardini. Concorrência. In. BARRAL, Welber. **Negociações Comerciais Multilaterais**. Florianópolis: Boiteux, 2003. p. 241-256.

ARAÚJO, Mariana Tavares. **The Brazilian experience on investigation cooperation in cartel investigation**. Novembro-2002. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov/seae>> Acesso em: 24 ago. 2003.

BARBIERI FILHO, Carlos. **Disciplina jurídica da concorrência**. São Paulo: Resenha tributária, 1984.

BARRAL, Welber. **A concorrência e a ordem jurídica comunitária**. Dissertação, Mestrado em Direito. Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1993.

_____. **Metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: Boiteux, 2003.

BRASIL E EUA. **Agreement between The Government of Federal Republic of Brazil and the Government of the United States of America regarding the cooperation between competition authorities in the Enforcement of Competition Laws.** Disponível em: <<http://www.usdoj.gov>> Acesso em: 12 ago. 2003.

BRASIL. SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico). **Promoção e Defesa da Concorrência.** Disponível em: <http://fazenda.gov.br/SEAE/relatorio/relatorio00c.html> Acesso em: 20 jul. 2003.

CAMPELLO, Dyle. **O direito da Concorrência no Direito Comunitário Europeu: uma contribuição ao Mercosul.** São Paulo: Renovar, 2001.

CARVALHO, Leonardo Arquimimo de. **Direito Antitruste & Relações Internacionais – Extraterritorialidade e Cooperação.** Curitiba: Juruá, 2001.

COMISSÃO EUROPÉIA. **Commission Notice on Immunity from fines and Reduction of Fines in Cartel Cases.** OJ C 45 3, 13 feb. 2002. Disponível em: <<http://www.europa.eu.int/comm/competition>> Acesso em: 20 ago. 2003.

COMISSÃO EUROPÉIA. **Política da Concorrência na União Européia – XXI Relatório sobre Política da Concorrência - 2001.** Disponível em: <http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/2001/competition_policy/pt.pdf> Acesso em: 20 set. 2003.

COMUNIDADES EUROPÉIAS E EUA. **Acordo entre Comunidades Europeias e o governo dos Estados Unidos da América relativo aos princípios de cortesia positiva na aplicação dos respectivos direitos de concorrência.** Disponível em: <<http://europa.eu.int/abc/doc/off/bull/pt/9806/p103067.htm>> Acesso em: 20 ago. 2003.

EUA. Department of Justice - Antitrust Division. **Corporate Leniency Policy,** 10 aug. 1993. Disponível em: <<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/lenind.htm>> Acesso em: 20 ago.2003.

EVENETT, Simon J. **Can developing economies benefit from WTO negotiations on binding disciplines for hard-core cartels?** Switzerland: Word Trade Institute, 2003.

EVENETT, S.J.; LEVENSTEIN, M.C.; SUSLOW, V.Y. International Cartel Enforcement: lessons from the 1990s. **The Economist,** Oxford: 2001, p. 1221-1245. Disponível em: <http://econ.worldbank.org/files/2454_wps2680.pdf> Acesso em: 20 ago. 2003.

EVENETT, Simon J.; SUSLOW, Valerie Y. Preconditions for private restraints on market access and international cartels. **Journal of international law**, Oxford: 2000, p. 593-631

_____. **Private International Cartels and their effect on Developing countries – background paper for the World Bank’s**. World Development Report, 2001.

HOVENKAMP, Herbet. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. Saint Paul: West Publishing Co., 1999.

KOVACIC, William; SHAPIRO, Carl. **Antitrust Policy: a century of economic and legal thinking**. Disponível em: <<http://repositories.cdlib.org/iber/cpc/CPC99-009/>> Acesso em 05 set. 2004.

MARTINEZ, Ana Paula. Defesa da concorrência: o combate aos cartéis internacionais. **Revista do IBRAC**, São Paulo, vol. 10, n.º1, p.175-198. 2003.

MONTEIRO, Carmen Diva. **Sobre política antitruste no Brasil e seus aspectos críticos**. Dezembro-2002. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov/seae>> Acesso em: 24 ago. 2003.

NOGUEIRA, Edward. Associações setoriais e a cartelização no direito antitruste brasileiro. **Revista do IBRAC**, São Paulo, vol.08, n.º2, p.77-90. 2001.

OCDE (Organization for Economic Co-operation and Development). **Draft outline of the Second Report by the competition committee on implementation of the council recommendation on hard-core cartels**. Disponível em: <<http://www.oecd.org>> Acesso em: 24 ago. 2003.

OCDE (Organization for Economic Co-operation and Development). **Fighting Hard – Core Cartels – Harm, effective sanctions and leniency programmes**. Disponível em: <www.oecd.org/dataoecd/41/44/1841891.pdf> Acesso em: 24 ago. 2003.

OCDE (Organization for Economic Co-operation and Development). **Report on leniency programs to fight hard-core cartels**. Disponível em: <<http://www.oecd.org>> Acesso em: 24 ago. 2003.

OCDE (Organization for Economic Co-operation and Development). **Report on the Nature of Hard Core Cartels and sanctions against cartels**. Disponível em: <<http://www.oecd.org>> Acesso em: 24 ago. 2003.

OCDE (Organization for Economic Co-operation and Development). **Recommendation concerning effective action against hard core cartels**

(“**Cartel Recommendation**”). Disponível em: <<http://www.oecd.org>> Acesso em: 24 ago. 2003.

OLIVEIRA, Gesner. **Concorrência – panorama no Brasil e no mundo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Poder dos cartéis e poder burocrático**. São Paulo: Folha de S. Paulo, 19 ago. 2000. Disponível em: <http://www.race.nuca.ie.ufrj.br/journal/o/oliveira5.doc>> Acesso em: 12 jun. 2003.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. São Paulo: Renovar, 2004.

OMC. TRADE AND COMPETITION POLICY. **Dealing with cartels and other anti-competitive practices – Cancún WTO Ministerial 2003: Briefing notes**. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min03_2/brief_e/brief08_e.htm> Acesso em: 28 set. 2003.

OMC. TRADE AND COMPETITION POLICY. **WT/WGCP/1**. Disponível em: <<http://www.wto.org>> Acesso em: 28 ago. 2003.

OMC. TRADE AND COMPETITION POLICY. **WT/WGCP/2**. Disponível em: <<http://www.wto.org>> Acesso em: 28 ago. 2003.

OMC. TRADE AND COMPETITION POLICY. **WT/WGCP/3**. Disponível em: <<http://www.wto.org>> Acesso em: 28 ago. 2003.

OMC. TRADE AND COMPETITION POLICY. **WT/WGCP/4**. Disponível em: <<http://www.wto.org>> Acesso em: 28 ago. 2003.

OMC. TRADE AND COMPETITION POLICY. **WT/WGCP/5**. Disponível em: <<http://www.wto.org>> Acesso em: 28 ago. 2003.

OMC. TRADE AND COMPETITION POLICY. Communication from the European Community and its Member States to the Competition Policy. **WT/WGTCP/W/193**. Disponível em: <<http://www/wto.org>> Acesso em: 20 ago. 2003.

RAMOS, Marcelo. **Documento de trabalho n.º5 – modificações no sistema antitruste brasileiro introduzidas pela Lei n.º 10.149**. Outubro - 2000. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/seae>> Acesso em 15 jun.2003.

RUGGIERO, Renato. **Economic globalization increase impact of national competition policies on the international trade**. Disponível em: <http://www.wto.org/wto/english/news_e/pres95/rome1.html> Acesso em: 20 set. 2003.

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

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. O acordo de leniência: avanço ou precipitação. **Revista do IBRAC**, São Paulo, vol.08, n.º2, p.131-146. 2001.

SUSLOW, V. **Cartel contract duration: empirical evidence from international Cartels. Working Paper**. Ann Arbor, Michigan, 2001.

THE EUROPEAN COMMISSION – DIRECTORATE GENERAL FOR COMPETITION – DGIV. FONSECA, Antonio. Questões controvertidas na Lei nº 10.149, de 2000. **Boletim Latino-americano de Concorrência**, n.13, p.71-76, novembro – 2001. Disponível em: <<http://europa.eu.int/comm/competition/international/others>> Acesso em: 20 abr. 2003.

WEBER, MAX. Economia e sociedade; fundamentos da economia compreensiva. 3.ed. **Brasília:Universidade de Brasília, 1994**.

WORLD BANK. **World Bank – global Economic prospects 2003**. Office of the publisher, Washington DC, 2003. Disponível em: <<http://econ.worldbank.org>> Acesso em: 13 set. 2003.

A DOCTRINA DAS ESSENTIAL FACILITIES NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

Letícia Frazão Alexandre

Sumário: Introdução; 1. A Doutrina das Essential Facilities; 1.1 Concorrência – Valor Institucional; 1.2 Conceito e Limites; 1.3 Recusa de Contratar; 2. Adequação da Doutrina das Essential Facility ao Ordenamento Jurídico Brasileiro; 3. Delimitando o Termo Essential Facility; 3.1 Jurisprudência norte-americana; 3.1.1 United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 1912 ; 3.1.2 Associated Press v. United States, 1945; 3.1.3 Lorain Journal v. United States, 1951; 3.1.4 Gamco, Inc. v. Providence Fruit & Produce Building, Inc, 1952; 3.1.5 MCI Communications Corp. v. AT&T, 1983; 3.1.6 Paschall v. Kansas City Star Co., 1984; 3.1.7 Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 1985; 3.1.8 Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc., 1992; 3.2 Jurisprudência da União Européia; 3.2.1 United Brands v. Commission, 1978; 3.2.2 Volvo v. Erik Veng, 1989; 3.2.3 Magill TV Guide, 1989; 3.2.4 Ladbrooke SA v. Commission, 1997; 3.2.5 Bronner GmbH & Co. v. Mediaprint, 1998; 3.3 Jurisprudência Brasileira; 3.3.1 Copesul v. Triunfo, 1998; 3.3.2 TVA Sistema de Televisão S/A – Directv v. TV Ltda e TV Globo São Paulo Ltda. – Globo, 2001; 3.3.3 Embratel v. Telesp, 2002; 3.3.4 White Martins e Unigases 4. Definindo a moldura – elementos para a caracterização de uma essential facility; 4.1 Controle de um bem essencial por um monopolista; 4.1.1 Monopólio Natural; 4.2 Impossibilidade prática ou razoável de duplicação; 4.3 Recusa de fornecer acesso; 4.3.1 Free riders; 4.3.2 Comportamentos oportunistas; 4.4 Possibilidade de prover acesso; 4.5 Monopolização de um segundo mercado; 4.6 Condições de acesso; Conclusão; Bibliografia

Introdução

Assim como Sísifo foi condenado a repetir eternamente o mesmo trabalho, o direito da concorrência parece condenado a ter constantemente de justificar sua fundamentação e validade jurídica. Embora erigida como valor, a concorrência amiúde cede espaço a imperativos de política industrial Nesta monografia, procura-se auxiliar a concorrência na superação dessa “tarefa de Sísifo”. Propõe-se que defesa da concorrência e política industrial não são objetivos antagônicos, podendo ser conciliados por meio da aplicação da doutrina das essential facilities.

A proteção da concorrência – entendida como um processo de descoberta – não implica uma estrutura de mercado pulverizada, mas sim que exista possibilidade de escolha. O importante é que os concorrentes não sejam impedidos de ofertar seus produtos no mercado.¹ Dessa forma, mesmo em mercados concentrados, a concorrência é possível, conquanto se assegure acesso aos bens essenciais para se concorrer no mercado (essential facilities).

Essa solução de compromisso é particularmente relevante para o fomento da concorrência no Brasil, onde a concentração sempre foi vista por um viés desenvolvimentista, e a concorrência, como um valor instrumental. A doutrina das essential facilities permite que se alie o desenvolvimentismo à concorrência como valor institucional; ou seja, que se mantenha as eficiências da concentração, sem, contudo, concentrar os seus benefícios. Os ganhos serão partilhados com os novos agentes econômicos que passarão a atuar no mercado, bem como com os consumidores, que se beneficiarão de maiores opções de escolha.

Apesar de ser um instrumento poderoso na proteção da concorrência, a doutrina das essential facilities não pode ser encarada como uma panacéia universal. O abuso no emprego da doutrina pode levar a resultados contraproducente. Ações que visam a fomentar a concorrência, no curto prazo, podem ter efeito contrário, no longo prazo, devido à sua capacidade de alterar os incentivos dos agentes econômicos no mercado. Daí a necessidade de se definirem parâmetros para a aplicação da doutrina das essential facilities.

1. A Doutrina das Essential Facilities

A doutrina das essential facility envolve regras de identificação de um bem essencial para a concorrência, bem como prescrições: o que implica a definição de um bem como essencial; qual a conduta a ser adotada.²

1.1. Concorrência – Valor Institucional

Para a compreensão da concorrência como um valor institucional, verifica-se necessária breve análise acerca das diferentes concepções da função a ser

¹ Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 24.

² Devido às dificuldades de tradução do termo essential facilities, escolheu-se manter o termo original.

desempenhada pela concorrência. No sistema americano, a concorrência é um valor absoluto que deve ser preservado (concorrência-condição).³ O único objetivo da Lei Antitruste é eliminar os efeitos autodestrutíveis do mercado, e qualquer prática que restrinja de forma significativa a concorrência é tida como ilícita.⁴

Duas escolas contribuíram de modo mais significativo para a evolução do direito antitruste nos Estados Unidos: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago. A primeira foi preeminente nas décadas de 50 e 60, quando passou a sofrer forte oposição por parte da segunda escola. A Escola de Harvard funda sua análise no paradigma Estrutura → Conduta → Performance⁵, segundo o qual estruturas concentradas resultariam em condutas concertadas visando a diminuir a produção e a aumentar os preços.⁶ A ênfase passou a ser colocada em soluções estruturais; proteção da pequena e média indústria - a lógica do *Small is Beautiful: economics as if people mattered*.⁷ Pode-se perceber que a Escola de Harvard entende que a proteção da concorrência requer a defesa de estruturas de mercado desconcentradas.

Escola de Chicago contrapôs a de Harvard, pois se acreditava diante de um paradoxo: em nome da defesa da concorrência, o direito antitruste vinha destruindo a capacidade de se produzir bens e serviços de forma eficiente, o que prejudicava o consumidor. A proteção da pequena empresa resultava em perda de competitividade interna e internacional das empresas americanas. O direito antitruste transformava-se, nos dizeres de Bork, em “uma política em guerra consigo mesma”.⁸ Para Bork, a solução do paradoxo do antitruste estava na

³ Jorge de Jesus Ferreira ALVES, *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*, Coimbra, Coimbra, 1989, p. 16.

⁴ Não se deve, todavia, confundir o sistema americano com o sistema da ilicitude *per se* de acordos ou outras formas de concentração ou coligação empresarial, existente nos primeiros tempos do *Sherman Act*. A partir da introdução, neste sistema, da regra da razão (*rule of reason*), são considerados ilícitos apenas os acordos que restrinjam desarrazadamente (*unreasonably*) a concorrência.

⁵ Alison JONES e Brenda SUFRIN, *EC Competition Law, Texts, Cases and Materials*, London, Oxford, p.20.

⁶ Calixto SALOMÃO FILHO, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, cit., p.18.

⁷ O referido livro foi escrito, em 1973, por Fritz Schumacher com o propósito de demonstrar a viabilidade de sistemas descentralizados, sejam eles políticos, sociais ou econômicos. Schumacher foi um dos responsáveis pela implementação de políticas de desconcentração empresarial na Alemanha do pós-guerra.

⁸ Bork escreve, em 1978, um livro intitulado: *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*, no qual desenvolve esse argumento.

adoção dos ensinamentos da Escola de Chicago, que ditava que o objetivo único do antitruste seria a eficiência alocativa. Estruturas de mercado desconcentradas seriam ineficientes, e, portanto, prejudiciais aos consumidores.

A Escola de Chicago insere-se em um contexto histórico de grande preocupação com a competitividade das empresas americanas, em razão da acirrada pressão por parte das economias japonesa e européia. Seu principal mérito “foi ter sido capaz de adaptar objetivos tão claramente de política econômica (como é a defesa da competitividade das empresas americanas) a uma teoria econômica aparentemente preocupada exclusivamente com a defesa do consumidor”.⁹

Conforme pretende demonstrar-se a seguir, o paradoxo do antitruste é apenas aparente. A defesa da concorrência não implica, necessariamente, a perda de eficiência. Quando se defende a existência de concorrência, e não uma forma específica de estrutura de mercado – como propunha Harvard –, esses dois objetivos, aparentemente opostos, podem conciliar-se. Todavia, antes de se propor um processo de conciliação, cabe apresentar a concepção européia de concorrência.

No sistema europeu, a concorrência não é um valor em si mesmo, mas um meio de se atingir o equilíbrio econômico. Por não ter caráter absoluto, a concorrência pode ser sacrificada quando confrontada com outros valores. Segundo Jorge de Jesus Ferreira Alves, “a teoria da concorrência-instrumento permite ir mais longe que a rule of reason, pois um acordo pode ser mais útil para o progresso econômico do que o cumprimento insensível das regras de concorrência estrita”.¹⁰ O direito concorrencial europeu tem sido aplicado para promover outros objetivos, como proteger ou favorecer as pequenas e médias empresas e permitir a cooperação empresarial com vistas ao desenvolvimento tecnológico europeu, o que parece coadunar-se à concepção de concorrência institucional.

Para sustentar a afirmação de que a concorrência constitui um valor institucional, Calixto Salomão Filho funda-se na teoria do processo de descoberta de Hayek.¹¹ Os pressupostos dessa teoria são a impossibilidade e a inconveniência de se concentrar o conhecimento econômico. O processo de descoberta deve ser feito pelo indivíduo, ou pelos grupos sociais, por meio da comparação das opções oferecidas. Para tanto, necessária a existência de opções: de concorrência.¹² Cabe-

⁹ Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, cit., p.39.

¹⁰ *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*, cit, p. 16-7.

¹¹ *Direito Concorrencial – As Condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003, pp. 55.

¹² Calixto SALOMÃO FILHO afirma que “essa crítica ao pensamento teórico no campo econômico tem, provavelmente, sua inspiração filosófica na Crítica da Razão Pura de

ria, então, ao Estado garantir, de forma ativa, as condições básicas de concorrência. Nessa concepção, a concorrência é vista como garantia institucional, pois visa a proteger, ao mesmo tempo, o indivíduo e a coletividade.

É nesse sentido que se entende possível a conciliação entre defesa da concorrência e busca de competitividade. Como visto, a proteção do valor institucional da concorrência não implica uma estrutura específica de mercado, mas sim que exista possibilidade de escolha, com base, por exemplo, em preço, qualidade ou preferências regionais.¹³ Dessa forma, mesmo em mercados concentrados, a concorrência é possível, conquanto se assegure acesso aos bens essenciais para se concorrer no mercado.

1.2. Conceito e Limites

A doutrina das essential facilities está intimamente ligada à afirmação do princípio da função social da propriedade dos bens de acesso. Como visto, uma essential facility nada mais é do que um bem essencial para se concorrer no mercado: um bem de acesso. Daí a conexão entre a defesa do valor institucional da concorrência e a doutrina das essential facilities. Ao aplicar-se a doutrina, está-se defendendo a concorrência – o processo de descoberta.

“To be an essential facility ... a facility must be essential”.¹⁴ O tautologismo aparentemente irônico da afirmação, em realidade, é bastante ilustrativo do grau de imprecisão do termo. Neste tocante, Hebert Hovenkamp explicita que o mundo do antitruste seria provavelmente um lugar melhor se fosse substituída o que ele entende como uma das mais problemáticas, incoerentes e incontroláveis bases do antitruste, a doutrina das essential facilities, por uma pequena mudança na aplicação da doutrina geral de recusa de contratar por parte de um monopolista.¹⁵ Phillip Areeda, em um conhecido

Kant, em especial em sua concepção do pensamento sintético, aquele criativo capaz de adicionar conhecimento. Esse tipo de conhecimento é, na concepção kantiana, por essência experimental. (*Regulação e Desenvolvimento*, p. 45)”.
 13 *Direito Concorrencial – As Estruturas*, cit., p. 24.

14 “The so-called “essential facilities” doctrine is one of the most troublesome, incoherent and unmanageable of the bases of Sherman § 2 liability. The antitrust world would almost certainly be a better place if it were jettisoned, with a little fine turning of the general doctrine of the monopolist’s refusal to deal to fill in the resulting gaps” (*Federal Antitrust Policy – the law of antitrust and its practice*, 2ª ed., St. Paul, West, 1999, p. 305).

15 *Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles in Antitrust Law*

e muito discutido artigo, argumenta que o termo *essential facilities* tornou-se um epíteto: no seu entendimento, uma definição usada excessivamente.¹⁶ O autor coloca, então, a necessidade de se estabelecer princípios limitadores. Desse modo, ao invés de abandonar-se por completo a doutrina das *essential facilities*, melhor seria estudá-la mais pormenorizadamente, extraindo de seu próprio bojo a moldura limitadora de sua abrangência.

Por fim, cabe ressaltar que a doutrina das *essential facilities* trilhou caminhos diversos nos Estado Unidos e na Europa, em razão das diferenças anteriormente apontadas entre esses dois sistemas de concorrência. Nos Estados Unidos, os casos em que se aplica a doutrina das *essential facilities* constituem exceções do princípio geral de que empresas não têm o dever de contratar. Na União Européia, por outro lado, a Corte de Justiça Européia (ECJ) desenvolveu o dever geral de contratar: a doutrina das *essential facilities* pode ser vista como uma simples aplicação particular desse dever geral.¹⁷

1.3. Recusa de Contratar

Calixto Salomão Filho esclarece que as obrigações impostas pela doutrina das *essential facilities* são mais extensas do que aquelas derivadas da disciplina usual da recusa de contratar. Afirma que “uma recusa de contratação por parte de um monopolista apenas configura ilícito se tem como propósito: a dominação do mercado ou qualquer outra intenção anticoncorrencial. Não configurado esse propósito, a recusa não passa de livre exercício da liberdade de contratação. No caso das *essential facilities*, entretanto, a mera recusa já implica prejuízo à concorrência, pois o acesso ao bem é fundamental para que o agente concorra no mercado”.¹⁸

Journal, v. 58, 841, 1989, *apud.* Merrill HIRSH e Gabriela RICHEIMER, *The Essential Facilities Doctrine: Keeping the Word “Epithet” from Becoming One*, s.l., s.d., disponível [on-line] in <http://www.rdbl.com/Headlines/PressReleases/EssentialFacilities.pdf> [04-07-2003], p. 23-7.

¹⁶ *Direito Concorrencial – As Condutas*, cit., p. 115.

¹⁷ *Regulação e Concorrência*, cit. p. 141.

¹⁸ Ressalte-se que essa intenção não se trata de dolo, nem culpa. A intenção de que se fala aqui é a mesma do art. 20 da Lei Antitruste brasileira, Lei nº 8.884/94: “*Constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não alcançados*”.

Com efeito, o ilícito de recusa de contratar está mais ligado ao chamado “teste da intenção”; ou seja, deve a conduta do agente possuir intenção anticoncorrencial. Antônio Fonseca entende que este teste é aplicado quando “existia um vínculo contratual entre a firma que controla a facilidade essencial e o contratante desejoso de acesso”¹⁹. Desse modo, enquanto a casuística mais freqüente da recusa de contratar se constrói em torno de relações contratuais continuadas (contratos relacionais) que são interrompidas^{20,21}, a doutrina das essential facilities, tem caráter positivo: é capaz de criar concorrência onde antes não existia.

2. Adequação da Doutrina das Essential Facility ao Ordenamento Jurídico Brasileiro

“Somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra”.²² A afirmação de Sérgio Buarque de Holanda releva que, já em 1936, quando foi escrito *Raízes do Brasil*, existia um patente desconforto com a transplantação de uma civilização européia para os trópicos. Como reflexo desse fenômeno no campo do direito, há muito é criticada a importação pura e simples de institutos alienígenas como forma de solucionar os problemas da civilização brasileira.

A doutrina das essential facilities, todavia, é plenamente compatível com os princípios constitucionais da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da propriedade. Fábio Konder Comparato esclarece que a função social da propriedade corresponde a um poder-dever do proprietário que vincula o bem ao interesse coletivo.²³ Há verdadeira imposição de comportamentos positivos ao detentor do poder que deflui da propriedade. Impõe-se ao proprietário – ou a quem detém o poder de controle na empresa – o dever de exercê-lo em benefício de outrem, e não apenas de não o exercer em prejuízo

¹⁹ Voto no Ato de Concentração 54/95 (Copesul v. Triunfo), cit., p. 149.

²⁰ Calixto SALOMÃO FILHO, *Regulação da Atividade Econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 52-3.

²¹ Paula A. FORGIONI esclarece que a recusa de contratar é particularmente importante nos contratos relacionais, tendo em vista que eles devem-se basear no princípio da boa-fé objetiva. Ademais, nos contratos relacionais, a dependência econômica pode tornar a recusa ilícita. (*O Contrato de Distribuição – função econômica e análise jurídica*, Tese [livre-docência] - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2002, p. 48).

²² *Raízes do Brasil* (1936), 26º ed., São Paulo, Companhia das Letras, 2003, p. 31.

²³ Fábio Konde COMPARATO, *Função social da propriedade dos bens de produção* in *RDM* 63, p. 75.

de outrem.²⁴ Ora, a doutrina das essential facilities nada mais é do que o princípio da função social da propriedade dirigida aos bens de acesso.

Demonstrado que a doutrina das essential facilities adequa-se ao ordenamento jurídico brasileiro, cabe agora explicitar sua relevância para a solução dos problemas da civilização brasileira. Celso Furtado esclarece que, a partir da década de 30, o desenvolvimento brasileiro foi calcado no Processo de Substituição de Importação, que tem como característica a formação de uma estrutura concentrada capaz de obter os ganhos de escala para a produção no âmbito interno.²⁵

Com efeito, como afirma Washington Peluso Albino de Souza, em 1978, contrastando com o sentido de repressão da Lei Antitruste nº 4.137, de 1962, havia no Brasil uma série de diplomas que estimulavam a prática concentracionista, sendo os principais as Leis do Planos: I e II Plano Nacional de Desenvolvimento – PND. A legislação antitruste brasileira, de inspiração norte-americana, era vista como inadequada a uma realidade na qual predominava “a excessiva proliferação de empresas desprovidas de poder de competição, pela insuficiência de escala”, como a brasileira.²⁶ Imperativos de política industrial urgiam o abandono da defesa da concorrência em nome do crescimento econômico acelerado; em prol do desenvolvimento.

Na consecução de um tal objetivo, adotou-se abertamente política de fusão e incorporação, com estímulos financeiros e fiscais, visando à criação da grande empresa nacional. Em decorrência desse processo, findo o regime militar, o ambiente industrial brasileiro apresentava com elevado grau de concentração. A fugaz Lei Antitruste 8.158, de 1991 e, finalmente, a Lei 8.884, de 1994, tinham a incumbência de promover a concorrência nesse cenário.

A pergunta que se colocava era como fomentar a concorrência em um ambiente assaz concentrado. Recorrer a soluções estruturais, visando a promover a pequenas e médias empresas, poderia implicar perda de competitividade na esfera internacional justamente em um momento no qual avançava-se em direção a um mercado mundialmente integrado. Por outro lado, o modelo concentrador de crescimento econômico – concentração industrial e concentra-

²⁴ Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, cit. (nota 57), p. 275.

²⁵ Celso FURTADO, *Formação Econômica do Brasil*, Brasília, UnB, 1963, 230-52.

²⁶ *Regime Jurídico da “Concentração” de Empresas* in *Revista de Direito Econômico*, n. 9, abril, 1978, p. 26.

ção de renda – demonstrava-se desprovido de legitimidade. Indaga-se, contudo, mais uma vez, como promover a concorrência – instrumento legítimo de justiça social –, sem comprometer a competitividade, a eficiência.

Uma resposta conciliatória para a questão seria aliar-se competitividade e legitimidade. Nesse sentido, a aplicação da doutrina das essential facilities aparece como uma resposta satisfatória e adequada. Satisfatória porque foi desenvolvida justamente para lidar com situações de elevada concentração ou de monopólio, nas quais a desconcentração mostrava-se indesejável. Adequada pelo fato de adaptar-se plenamente tanto às peculiaridades do ordenamento jurídico brasileiro, como às suas características históricas. A doutrina das essential facilities permite que se alie o desenvolvimentismo à concorrência como valor institucional; ou seja, que se mantenha os ganhos de escala provenientes da concentração, sem, contudo, concentrar os seus benefícios.

3. Delimitando o Termo Essential Facility

Para que a doutrina das essential facilities cumpra sua função de promover a concorrência institucional faz-se necessária a precisa delimitação de sua abrangência. Interferir na liberdade de contratar exige cautela. Caso o dever de acesso fosse reconhecido facilmente, haveria desincentivo ao investimento e à inovação. Desse modo, a aplicação da doutrina deve-se restringir apenas àqueles casos nos quais a concorrência ficaria deveras prejudicada não fosse o acesso concedido. Resta, então, identificar quais são esses casos. Visando a lançar luz sob a intrincada questão de quais critérios devem ser acolhidos na identificação de uma essential facility, passa-se a relatar os principais casos em que a jurisprudência concedeu ou negou o dever de acesso.

3.1. *Jurisprudência norte-americana*

3.1.1. United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis, 1912²⁷

Em 1889, o empresário Jay Gould organizou uma associação que procedeu à compra sistemática de estradas de ferro e infra-estrutura porto-ferroviária na região de St. Louis, Missouri. Tendo em vista que as condições topográficas da região tornavam impossível a duplicação do sistema, qual-

²⁷ 224 U.S. 383 (1912).

quer empresa a que fosse negado acesso àquela infra-estrutura ver-se-ia obrigada a procurar opções muito mais dispendiosas; considerando-se que tais opções existissem.

O Governo Federal desejava que a associação fosse dissolvida, e a concorrência restaurada entre as várias sociedades que a compunham, como havia ocorrido no caso *Standard Oil Co., v. United States*. A Suprema Corte, entretanto, acolheu o argumento do réu, no sentido de que a associação possibilitava a coordenação mais eficiente das operações das ferrovias. Buscando uma solução que não implicasse o fim da associação, aquela Corte decidiu que a eficiência do sistema, aliada à impossibilidade de não-associados concorrerem de forma efetiva, criava para os seus proprietários o dever de garantir acesso ao sistema para qualquer em condições justas, razoáveis e não-discriminatórias. Por esses meandros a Suprema Corte afirma, pela primeira vez, a doutrina das *essential facilities*.

3.1.2. *Associated Press v. United States*, 1945²⁸

A *Associated Press* (AP) era uma joint venture formada por 1200 jornais, espalhados pelos Estado Unidos, que se reuniam para compor e circular notícias entre seus associados. Os membros estavam proibidos de fornecer acesso às notícias para os não-associados. A AP poderia livremente admitir novos jornais na associação, a não ser que um jornal concorrente objetasse. Neste caso, o novo associado somente seria aceito após votação majoritária e o pagamento de uma elevada taxa.

A recusa de acesso à joint venture, nos casos de objeção de um jornal concorrente, e as condições discriminatórias para os novos entrantes, pagamento de elevada taxa, foram vistas como uma violação do *Sherman Act*. A Corte sustentou que a vantagem competitiva da AP sobre os seus concorrentes não decorria da sua inventividade e sagacidade, mas sim de poder coletivo decorrente de um acordo ilegal. As opiniões dissidentes nesse julgamento sustentaram que notícias poderiam ser obtidas em qualquer lugar; a organização era apenas um veículo para eficiência coletiva. Os jornais excluídos poderiam ter-se tornado associados entre eles, formando uma associação rival.²⁹

²⁸ 326 U.S. 1 (1945)

²⁹ Comentando a decisão, Hebert Hovenkamp esclarece que a associação reduz significativamente os custos de cobrir notícias em diferentes cidades do país. Para tanto, bastaria um único membro em cada cidade; não trazendo benefícios para a associação

3.1.3 Lorain Journal v. United States, 1951³⁰

O Lorain Journal era lido por 99% das famílias de Lorain, Ohio. Em 1948, o monopólio de fato do jornal passou a ser contestado pelo estabelecimento de uma estação de rádio, a WEOL. Como resposta, o jornal recusou-se a contratar com anunciantes que também anunciassem na rádio local. A Suprema Corte entendeu que a prática tinha o claro intuito de forçar a rádio a sair do mercado, razão pela qual condenou-a, e obrigou o jornal a contratar com qualquer anunciante.

3.1.4. Gamco, Inc. v. Providence Fruit & Produce Building, Inc, 1952³¹

A Providence Fruit era proprietária do conjunto das instalações onde se concentrava o comércio atacadista de produtos frescos, em Providence, Rhode Island. A Providence interrompeu sua relação com a Gamco alegando crédito duvidoso. A Corte do Primeiro Circuito sustentou que a ré deveria permitir o acesso de suas instalações nos mesmos termos e condições que usufruíam os demais usuários.

O que se sobressai nesta decisão é o fato de a Corte ter reconhecido que critérios razoáveis de seleção, tais como falta de espaço, crédito ou probidade duvidosos não representariam uma violação à lei antitruste.³² Lipsky esclarece que por a Providence não ter conseguido provar a existência de qualquer dessas exceções, no caso em tela, foi obrigada a readmitir a Gamco. Ressalte-se que a função básica da Providence era justamente atender a todos os comerciantes atacadistas do mercado relevante, portanto, não havia o risco de um free-rider aproveitar-se do sistema criado por um outro concorrente.³³

a admissão de dois jornais na mesma cidade. Por outro lado, o jornal concorrente, que já fazia parte da associação, agora se vê em pior condição, pois enfrenta concorrência acirrada do novo entrante. Entretanto, os principais benefícios da entrada do novo jornal na *joint venture* serão sentidos pelos consumidores e anunciantes, aumentando o bem estar da economia. Ademais, não haveria o aproveitamento da estrutura criada pela AP por *free-riders*, na medida em que esta se mostrava disposta a aceitar novos entrantes, conquanto aceitos pelos concorrentes (*Federal Antitrust Policy*, cit., pp. 230-231).

³⁰ 342 U.S. 143 (1951).

³¹ 194 F. 2d 484 (1st Cir.), cert. denied, 344 U.S. 817 (1952).

³² Abbott B. LIPSKY e J. Gregory SIDA, *Essential Facilities*, cit., p. 1201-1202.

³³ No entender de Lipsky, este é um caso muito diferente do *Associated Press*, no qual a concessão de acesso a todos os solicitantes destruiria a natureza básica daquela associação. Ver nota 93.

3.1.5. MCI Communications Corp. v. AT&T, 1983³⁴

MCI e AT&T são empresas de telefonia que desde 1969, quando a primeira obteve autorização para entrar no mercado (controlado pela segunda desde 1876), travam batalhas judiciais, fundando-se no direito antitruste. Em 1982, foi assinado um acordo prevendo a reestruturação completa do sistema de telefonia norte-americano: a AT&T deixaria de executar serviços de telefonia local, e os serviços de telefonia passaram a ser oferecidos por sete holdings (alinhadas Baby Bells). As Baby Bells ficaram proibidas de atuar no mercado de longa distância.

Em 1983, a MCI moveu ação antitruste contra a AT&T, alegando que esta recusava-se a recusa de interconectar a MCI com os distribuidores locais do sistema Bell, o que impedia que a MCI ofertasse seus próprios serviços aos consumidores. A Corte entendeu que o caso deveria ser regida pela essential facilities doctrine. A delimitação da doutrina das essential facilities, neste caso, irá influenciar inúmeras decisões subseqüentes. As linhas da moldura são representadas por quatro elementos: (i) controle de um bem essencial por um monopolista; (ii) impossibilidade prática ou não razoabilidade de duplicação do bem; (iii) recusa de fornecer acesso a um concorrente; e (iv) a possibilidade de fornecer acesso.³⁵

3.1.6 Paschall v. Kansas City Star Co., 1984³⁶

Kansas City Star Co. monopolizava o mercado local de jornais diários nesta cidade, sendo a distribuição feita por distribuidores independentes. Cada distribuidor possuía direito de exclusividade sobre uma rota estabelecida. O jornal decidiu realizar ele mesmo a distribuição e, por essa razão, terminou sua relação com os distribuidores independentes; o que extinguiu o mercado a jusante.

Em uma decisão dividida, a Suprema Corte entendeu a consequência da eliminação do mercado secundário foi a redução dos custos e o aumento da circulação do jornal. Um ponto importante neste caso era o fato de que grande parte da receita do jornal provinha dos anúncios que este veiculava. Como tal receita dependia do aumento da circulação, ao contrário de ser vista

³⁴ 708 F. 2d 1081 (7th Cir. 1983) cert. denied, 464 U.S. 891 (1983).

³⁵ Hebert HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy*, cit., p. 306.

³⁶ 727 F. 2d 692 (8th Cir. 1984).

como tentativa de monopolização, a prática em questão foi uma forma de aumentar a eficiência na distribuição dos jornais.³⁷⁻³⁸

3.1.7 Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 1985³⁹

A Aspen Skiing Co. e a Aspen Highlands Skiing Corp. dividiam o mercado de locais para esqui (downhill skiing services), em Aspen, Colorado. A primeira empresa possuía equipamento em três montanhas enquanto a segunda, em apenas uma. Ao longo de vários anos, essas empresas uniram-se em diferentes formas de joint ventures para ofertar um tíquete conjunto, válido para esqui nas quatro montanhas. Individualmente, as empresas continuaram a ofertar seus próprios tíquetes, mas era evidente a preferência pelo tíquete conjunto. Ao longo dos anos, ocorreram diversos processos judiciais entre essas duas empresas visando a fixar o montante da receita da venda do tíquete conjunto que caberia a cada uma delas. Desenvolveu-se, por conseguinte, um método baseado em pesquisas de mercado para determinar o uso efetivo de cada montanha. Posteriormente, a Aspen Skiing exigiu que a Highlands aceitasse uma porcentagem fixa para a divisão da receita. Tendo a Highlands se recusado a aceitar essa proposta, a joint venture foi desfeita.⁴⁰

A participação de mercado da Highlands caiu de 20,5%, na temporada de 1976-77, para 11%, na temporada de 1980-81. Em 1979, a questão foi

³⁷ O que se apurou neste caso foi a racionalidade da prática dita restritiva à concorrência. É certo que um jornal detém o monopólio da distribuição de seus próprios exemplares, e que à qualquer empresa buscando adentrar o mercado de distribuição de jornais é essencial o acesso aos jornais. Desse modo, o requisito da essencialidade está configurado. Cabe analisar, então, se a recusa de contratar com os distribuidores independentes pode ter caráter pró-competitivo, ou se restringe injustificadamente a concorrência. Pelos dados apresentados no caso, pode-se constatar que a prática visava a aumentar a eficiência na distribuição de jornais, o que de fato ocorreu: reduziram-se os custos e aumentou-se a circulação. Os consumidores não sofreram redução substancial de suas opções de escolhas, na medida em que o produto distribuído era o mesmo; aos consumidores nunca fora permitido escolher o distribuidor que desejassem.

³⁸ Eleanor M. FOX e Lawrence A. SULLIVAN, *Cases and Materials on Antitrust*, St. Paulo, West, 1989, p. 247-51.

³⁹ 472 U.S. 585 (1985)

⁴⁰ O relato detalhado do relacionamento entre as empresas ao longo dos anos, bem como dos detalhes do caso é fornecido por Phillip AREEDA e Louis KAPLOW, *Antitrust analysis - problems, text, cases*, 4a ed., Little Brown, Boston, 1988, p. 512-527; também Eleanor M. FOX e Lawrence A. SULLIVAN, *Cases and Materials on Antitrust*, cit. p. 252-262.

levada aos tribunais. A Corte do Décimo Circuito decidiu em favor da *Highlands*, fundamentando-se em duas premissas: (i) o tíquete conjunto era uma “essencial facility”; e (ii) o objetivo da *Aspen Skiing*, ao recusar-se em oferecer o tíquete único, era criar ou manter um monopólio. Perante a Suprema Corte, a questão foi analisada com base no ilícito de recusa de contratar, e não como um caso específico da doutrina das *essential facilities*, como havia feito a instância inferior. Esta Corte notou que mesmo monopolistas não têm o dever geral de unir-se aos concorrentes em *joint ventures*. Não obstante, a recusa deve-se fundar em justificativas negociais válidas. No caso em questão, a *Aspen* não conseguiu demonstrar que sua conduta motivava-se por razões de eficiência. Ademais, comprovou-se a existência de uma demanda específica pelo tíquete conjunto, tendo os consumidores sido afetados pela sua eliminação.⁴¹

3.1.8. *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 1992⁴²

No início dos anos 80, 18 empresas independentes (*Independent Service Organizations – ISO’s*) passaram a ofertar serviços de manutenção para as copiadoras *Kodak*. Alguns consumidores compravam as peças diretamente da *Kodak*, contratando apenas o serviço das *ISOs*, enquanto outros adquiriam tanto o serviço como as peças desta última. Ademais, o preço das *ISOs* era substancialmente inferior ao cobrado pela *Kodak* e alguns consumidores achavam o serviço das *ISOs* de qualidade superior. Em represália, em 1985 e 1986, a *Kodak* adotou a política de vender peças apenas para os compradores de equipamentos *Kodak* que também adquirissem seu serviço de manutenção, limitando o acesso das *ISOs* às suas peças. Em 1987, as *ISOs* moveram ação antitruste contra a *Kodak*, alegando venda casada e tentativa de monopolização do mercado de serviços de manutenção para os equipamentos *Kodak*.

⁴¹ O tíquete conjunto, entretanto, parecia não ser realmente essencial à concorrência. A *Highlands*, apesar de ter tido sua participação de mercado reduzida, continuou concorrendo sem o tíquete. O ponto relevante para a decisão do caso parece ter sido o fato de que uma opção foi retirada dos consumidores sem razões negociais que justificassem essa conduta. Foi nesse sentido que a Suprema Corte deu grande importância ao fato de haver existido um relacionamento contratual anterior. Caso contrário, o tíquete conjunto nunca haveria existido, e uma demanda específica por esse bem não se teria podido formar, dadas as circunstâncias que o caso envolve. Ressalte-se, todavia, que pode haver a formação de demanda sem que nunca tenha havido um relacionamento contratual anterior – como se verá no caso *Magill*.

⁴² 504 U.S. 451 (1992).

A Kodak defendeu-se afirmando que não possuía poder de mercado suficiente no mercado de copiadoras para que se configurasse o ilícito. De fato, a ré detinha apenas 23% deste mercado. Acrescentou que não havia dois mercados relevantes: a manutenção é abrangida pelo mercado de equipamentos. As ISOs sustentavam que a Kodak aproveitava-se do fato de os consumidores já haverem comprado seus equipamentos, e estarem, portanto, trancados (locked-in) – devido ao custo elevado incorrido na troca de marca –, e que apenas peças da Kodak serviriam em seus equipamentos, para forçá-los a adquirirem igualmente seus serviços de manutenção. Tal teoria seria válida se ficasse constatado que os compradores de equipamentos Kodak não possuíam, no momento da compra, informações suficientes a respeito do preço e condições de manutenção para esse equipamento, ou que a Kodak alterou sua política após a compra.

A Suprema Corte constatou que não só não havia justificativas negociais válidas para a recusa da Kodak em fornecer as peças às ISOs, como também os preços de seus serviços de reparo haviam aumentado consideravelmente após a saída desses concorrentes do mercado; o que representava uma violação à lei antitruste.⁴³

⁴³Na análise deste caso, o intérprete depara-se com uma situação que guarda certa similaridade com aquela apresentada no caso *Paschall*. Naquele caso, o jornal, ao rescindir seus contratos com distribuidores independentes, eliminou o mercado de distribuição a jusante. Ressalte-se, contudo, que aos olhos do consumidor, nunca existira um mercado de distribuição, na medida em que não lhes era facultados escolher o distribuidor que lhes aprovesse. Desse modo, a supressão do mercado não lhes restringia as opções de escolha. No caso *Kodak*, entretanto, pode-se verificar a existência de um mercado de reparo independente. As ISOs concorriam com os serviços de manutenção da *Kodak* e de quaisquer outras prestadoras de serviço existentes. Os consumidores podiam optar entre eles, e, muitas vezes, optavam pelas ISOs. Para que os concorrentes pudessem ofertar seus serviços, precisavam apenas que a *Kodak* lhes vendesse as peças de reparo. Vê-se, destarte, que as peças de reparo eram essenciais para a concorrência no mercado de manutenção. Não havia, ademais, justificativas negociais para a recusa de fornecer as peças, como a própria Corte entendeu. As opções para os consumidores foram reduzidas significativamente sem que com isso lhes adviesse benefício nenhum. Muito pelo contrário, como resultado da eliminação da concorrência, a *Kodak* passou a cobrar preços abusivos para os serviços de reparo. É interessante constatar que, neste caso, o enfoque maior foi atribuído a esse último fato: depois que a concorrência foi eliminada, os preços aumentaram. Não parece, todavia, que esse seja o ponto chave da questão. Mesmo que os preços não houvessem aumentado, as opções para os consumidores foram reduzidas sem uma justificativa razoável. Tornou-se impossível comparar os preços e a qualidade dos serviços ofertados. Esse caso, em realidade, parece demonstrar o que Hayek afirmava: processo de descoberta deve ser feito pelo indivíduo, ou pelos grupos sociais, por meio da comparação das opções oferecidas. Para tanto, necessária a existência de opções.

Frank FINE, *NDC/IMS: A Logical Application of Essential Facilities Doctrine*, cit., p. 1

3.2. *Jurisprudência da União Européia*

3.2.1. *United Brands v. Commission, 1978*⁴⁴

A *United Brands* atuava no mercado europeu de bananas. Ela era detentora da *Chiquita*, uma marca conhecida e valorizada pelos clientes. A *Oelsen*, um amadurecedor/distribuidor dinamarquês, participou de uma campanha para promover a marca rival durante a chamada “guerra da banana”; quando o preço da banana chegou a cair 40% no mercado dinamarquês. A *United Brands*, alegando que o distribuidor havia deixado de atender adequadamente às obrigações que tinha com esta empresa, deixou de fornecer-lhe bananas.

A Corte de Justiça entendeu que a conduta da *United Brands* interferia na independência de pequenas e médias empresas. Em uma delimitação estreita do mercado relevante, a Corte constatou que a Representada detinha posição dominante no mercado de bananas. A partir dessa constatação, concluiu que seu objetivo era, em realidade, desencorajar as demais empresas a contratar com seus rivais, aumentando, assim, sua posição dominante no mercado de bananas.⁴⁵

3.2.2. *Volvo v. Erik Veng, 1989*⁴⁶⁻⁴⁷

A *Volvo* negou-se a licenciar o desenho do painel de seus carros

⁴⁴ Case 27/76, *United Brands v. Commission* (1978) ECR 207, (1978) 1 CMLR 429.

⁴⁵ Como afirmado anteriormente, este caso assemelha-se ao *Lorain Journal*. A conduta da *United Brands* visava a criar barreira à entrada da *Oelsen* no mercado dinamarquês. Se contratar com a *Oelsen* impossibilitava a contratação com a *United Brands*, o distribuidor optaria por não contratar com a primeira, uma vez que o distribuidor que não ofertasse a banana *Chiquita*, marca detentora de posição dominante, ver-se-ia prejudicado. O fornecimento de bananas *Chiquitas*, por essa razão, era essencial à concorrência no mercado.

OJ L22/23, (1978) 1 CMLR D19.

⁴⁶ Case 238/87, *AB Volvo v. Erik Veng* (1988) ECR 6211, (1989) 4 AMLR 122.

⁴⁷ Diante da regra “o fornecimento deve-se dar a um preço justo”, surge a questão: o que é um preço justo, e, principalmente, como apurá-lo? Caberia à Corte que proferiu a decisão fixar o preço? Uma vez fixado o preço, como impedir a prática de subsídios cruzados entre o mercado de peças e o de reparo? Esse é o intrincado problema de se definir e se implementar as condições de acesso. Na medida em que se contata que a aplicação da doutrina das *essential facilities* cria a necessidade de se instituir o que

para fabricantes independentes, que desejavam fabricá-los e comercializá-los. A Corte de Justiça afirmou que a existência de direitos de propriedade intelectual não significa, necessariamente, que a empresa que os detenha possua posição dominante no mercado. Mesmo nos casos em que uma empresa possuía essa posição dominante, a recusa de licenciar direitos de propriedade intelectual não constitui abuso per se. Obrigar o detentor de direitos sobre um desenho a licenciá-lo, mesmo que em troca de royalties, seria privá-lo da substância do seu direito: a exclusividade.

Neste caso, a Corte de Justiça delimitou três situações em que a recusa de contratar, por parte de uma empresa em posição dominante, representaria um abuso; quais sejam: (i) recusa arbitrária de fornecer partes avulsas para empresas que prestam serviços de manutenção e reparo de forma independente; (ii) fixação dos preços dessas peças em um nível injusto; (iii) decisão de descontinuar a produção de peças avulsas para um modelo particular, embora muitos carros daquele modelo continuem em circulação. Decidiu, então, que a Volvo, no caso em questão, não abusaria de sua posição dominante se não infringisse nenhuma dessas regras.

3.2.3. Magill TV Guide, 1989⁴⁸

Reino Unido e Irlanda reconheciam direitos autorais sobre listas diárias de programação. Nos outros Estados-Membros, exigia-se atividade criativa ou intelectual para o reconhecimento de direitos autorais. Por essa razão, aqueles eram os únicos dois Estados-Membros onde guias de TV semanais compreendendo todos os canais não existiam. Os telespectadores deviam consultar a programação em jornais diários ou nas revistas semanais dos próprios canais. A Magill desejava comercializar um guia de TV que abrangesse todos os canais, e, para tanto, solicitou licença das emissoras, tendo esta sido negada.

Como no caso Volvo, a Corte reconheceu que a existência de direitos de propriedade intelectual não significa, necessariamente, a existência de posi-

Lipsky e Sidak chamaram “regulação judicial”, indaga-se em que medida seus custos não superariam os seus benefícios. A questão das condições de acesso será melhor analisada no Capítulo 4.

⁴⁸ Cases C-241-241/91 P, RTE&ITP v. Comissão (1995) ECR I-743, (1995) 4 CMLR 718 on appeal from Cases T-69-70/89, 76/89, RTE, ITP, BBC v. EC Commission (1991) ECR II-485, (1991) 4 CMLR 586, on appeal from Magill TV Guide (1978 OJ L 78/43, (1989).

ção dominante neste mercado. Ademais, a recusa de licenciar esses direitos, mesmo que a empresa encontre-se em posição dominante não constitui abuso. Contudo, em circunstâncias excepcionais, a recusa pode sim constituir um abuso. No caso em tela, a Corte entendeu que as emissoras exerciam um monopólio de fato sobre sua programação semanal: não havia substituto para os guias de TV semanais que as emissoras ofereciam. Além disso, havia uma demanda específica, constante e potencial de guias de TV abrangentes, por parte dos consumidores. A recusa de ceder as listas de programação semanal impedia o surgimento de um novo produto, um guia de TV com todos os canais, o qual as emissoras não ofertavam, e para o qual havia uma demanda potencial dos consumidores. Não havia justificativa para a recusa, a não ser reservar para si o mercado a jusante de guias de TV. Por essas razões, a Corte entendeu que as emissoras abusavam de sua posição dominante e concedeu o licenciamento compulsório dos direitos autorais sobre as listas semanais sua programação⁴⁹.

3.2.4. *Ladbroke SA v. Commission, 1997*⁵⁰

A Ladbroke era uma casa de apostas, situada na Bélgica, onde se podia apostar em corridas de cavalo realizadas no exterior. A Sociedade de Corridas de Cavalo francesa (Société de Courses) possuía direitos exclusivos sobre a transmissão das corridas no exterior e sobre a realização de apostas relacionadas a essas corridas tanto na França, quanto no exterior. A Société de Courses não atuava no mercado belga, quer transmitindo corridas, quer realizando apostas. Ela recusou-se a permitir que a Ladbroke transmitisse as

⁴⁹ O objetivo da Comissão, nesta decisão, era criar concorrência onde esta não existia, aumentando as opções de escolha dos consumidores. Nesse sentido, foi relevante o fato de haver uma “demanda específica, constante e potencial de guias de TV com todos os canais, por parte dos consumidores”. O fato de nunca ter havido relacionamento contratual entre as partes – emissoras e Magill – não impossibilitou o formação dessa demanda, pois em outros países da União Européia guias abrangentes existiam, e eram ofertados pela Magill. É nesse tocante que o caso sob análise difere do caso Aspen. Se nunca houvesse existido um relacionamento contratual anterior entre as empresas detentoras da montanha, o tíquete único nunca haveria existido; tratava-se de um produto particular, e não de uma prática amplamente adotada pelas estações de esqui de Aspen, Colorado. Já no caso Magill, guias de TV abrangentes existiam em todos dos demais Estados, não havendo justas razões negociais para que não existissem no Reino Unido e Irlanda.

⁵⁰ Case T-504-93, *Tiercé Ladbroke SA v. Commission* (1997) ECR II – 923, (1997) 5 CMLR 309

corridas de cavalo francesas em suas unidades na Bélgica. Havia, contudo, licenciado esses direitos a empresas de aposta na Áustria e na Alemanha.

A Corte de Primeira Instância ponderou que em contraste com o caso Magill, no qual a recusa de licenciar o bem impedia que esta empresa entrasse no mercado de guias de TV abrangentes, no caso sob análise, a Ladbrooke além de estar presente no mercado de apostas, também detinha posição significativa desse mercado; enquanto a *Société de Courses*, detentora do direito de propriedade intelectual, não estava presente no mercado.

A Corte entendeu que a transmissão das corridas, embora constituísse um serviço adicional e apropriado, não era em si indispensável para o exercício da principal atividade da Ladbrooke: apostas. Isso é evidenciado pelo fato de que a Ladbrooke estava presente no mercado e ocupava uma posição significativa no que tange a apostas em corridas de cavalo francesas.⁵¹ O fato de a *Société de Courses* haver licenciado os mesmos direitos à empresas austríacas e alemãs não constituía discriminação, pois essas empresas não atuavam no mercado belga.

3.2.5. Bronner GmbH & Co. v. Mediaprint, 1998⁵²

Bronner, que publicava um jornal regional na Áustria, o *Der Standard*, moveu ação antitruste contra a Mediaprint, que publicava dois jornais, o *Neue Kronen Zeitung* e o *Kurier*. O primeiro jornal detinha 3,6% do mercado em termos de circulação, e 6% em termos de receita com propaganda, enquanto os jornais publicados pela Mediaprint detinham juntos 46,8% em circulação e 42% em receita de propaganda. A Mediaprint estabeleceu um sistema de dis-

⁵¹ O critério da essencialidade foi o analisado no caso em questão. Com efeito, embora a transmissão das corridas constituísse um adicional, não poderia ser encarada como essencial à concorrência. A Corte deu muito relevo ao fato de que os direitos de transmissão não haviam sido licenciados para nenhuma empresa na Bélgica, e que, portanto, a *Ladbrooke* não sofria discriminação. O ponto central parece ser, contudo, o fato de que não houve justas razões negociais para a recusa. Se a *Société de Courses* licenciou os mesmos direitos na Áustria e na Alemanha, por que não o fazer na Bélgica? O licenciamento aumentaria as opções para os consumidores, sem desincentivar a inventividade e o investimento, uma vez que a sociedade havia licenciado esse direito em outros mercados relevantes. A Corte parece haver-se atido muito ao critério da essencialidade, e esquecido-se de criar opções, de proteger o processo de descoberta.

⁵² Case C-7/97 Oscar Bronner GmbH & Co. v. Mediaprint (1998) ECR I-7791, (1999) 4 CMLR 112

tribuição domiciliar para possibilitar a circulação de seus jornais, ao qual a Bronner desejava ter acesso, para que pudesse distribuir o *Der Standard* em nível nacional. A Bronner alegou que outras formas de distribuição a domicílio seriam menos vantajosas, e que devido à reduzida circulação do *Der Standard* seria inviável estabelecer um sistema próprio de entrega a domicílio.

A Corte de Justiça ressaltou que interferir na liberdade de contratar de uma empresa exige que se analise, cuidadosamente, o caráter pró-competitivo dessa intervenção. O que pode parecer pró-competitivo no curto prazo, pode-se mostrar contrário aos interesses dos consumidores, no longo prazo. Caso o acesso a um bem desenvolvido pelo concorrente para o seu próprio uso fosse concedido muito facilmente, não haveria incentivo para que ele o produzisse; ou seja, haveria desincentivo à inventividade e ao investimento. Fundando-se nessa premissa, a Corte entendeu que, no caso em questão, acesso ao sistema de distribuição da *Mediaprint* não era essencial para que a Bronner concorresse no mercado. Havia outras formas disponíveis de entrega a domicílio de jornais, as quais, embora menos vantajosas, não a eliminavam do mercado. Ademais, não havia empecilhos de ordem econômica ou técnica para que a Bronner, quer por si só, quer em união com outros jornais, constituísse o seu próprio sistema de entrega à domicílio.

Para negar o dever de acesso, neste caso, a Corte de Justiça fundou-se na premissa de que a Bronner, para alavancar suas vendas nacionalmente, objetivava “pegar carona” (*free-ride*) no investimento da *Mediaprint*. Por essa razão, esta teria justificativas objetivas para lhe recusar o acesso. Ademais, embora outras alternativas pudessem ser menos atraentes, o acesso ao sistema de distribuição da *Mediaprint* não era essencial.

3.3. Jurisprudência Brasileira

A doutrina das *essential facilities* vem sendo bem acolhida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Ao contrário da Suprema Corte norte-americana e da Corte de Justiça europeia, que nunca utilizaram o termo *essential facilities* para fundamentar suas decisões, o CADE vem-se utilizando tanto do termo, como do próprio teste criado pela Corte do Sétimo Circuito no caso *MCI Communications Corp. v. AT&T*, para verificar os casos em que surge uma obrigação de acesso para o monopolista.

3.3.1. Copesul v. Triunfo, 1998⁵³

O primeiro emprego da doutrina deu-se na análise do Ato de Concentração entre Copesul, uma empresa petroquímica de primeira geração, e OPP Petroquímica S.A., OPP Polietilenos S.A. e Ipiranga Petroquímica S.A, empresas petroquímicas de segunda geração. A operação envolvia contratos de fornecimento de eteno e propeno no projeto de ampliação do Pólo Petroquímico de Triunfo. A Petroquímica Triunfo S.A., empresa integrante do Pólo e dependente dos produtos de primeira geração fornecidos pela Copesul, tendo sido excluída do projeto, manifestou-se contra o Ato de Concentração, pois, no seu entendimento, sua inclusão no projeto era essencial para que pudesse continuar concorrendo no mercado.

O CADE analisou a questão como sendo um pedido de acesso a um bem julgado essencial. Apesar de reconhecer que os insumos ofertados pela Copesul eram essenciais para a Triunfo, o Conselho negou a existência de um dever de acesso, pois entendeu que a exclusão da Triunfo deveu-se a falhas de coordenação. Como se verá mais especificamente no item 4.3, para negar o dever de acesso, o CADE fundou-se principalmente na existência de justificativas comerciais razoáveis; no caso em questão, a possibilidade de comportamento oportunista por parte da Petroquímica Triunfo S.A.

3.3.2. TVA Sistema de Televisão S/A – Directv v. TV Ltda e TV Globo São Paulo Ltda. – Globo, 2001⁵⁴

Directv e Sky eram concorrentes no mercado de televisão por assinatura. A Sky, associada da rede Globo, transmitia, com exclusividade, a programação local da Globo a seus assinantes. A Directv desejava, igualmente, ofertar o sinal da Globo ao seus assinantes no conjunto de sua programação. Como a programação da Globo está disponível para a televisão aberta, o assinante da Directv poderia acessá-la utilizando-se de um sistema de chaves comutadas de duas posições, do tipo A-B, de maneira que uma destas posi-

⁵³ Ato de Concentração 54/95. Requerentes: Cia. Petroquímica do Sul – COPESUL; OPP Petroquímica S.A. (Antiga PPH – Cia Industrial de Polipropileno); OPP Polietilenos S.A. (Antiga Polisol – Petroquímica S.A.) e Ipiranga Petroquímica S.A.. Ato de Concentração nº 54/95. Ver CADE, Relatório Anual 1998-1999, p.101.

⁵⁴ Processo Administrativo nº 53500.000359-99, *TVA Sistema de Televisão S/A – Directv v. TV Ltda e TV Globo São Paulo Ltda. – Globo*

ções conecte o televisor à antena DTH e outra à antena normal, para captação da rede aberta. Neste processo, entretanto, o assinante perderia a qualidade superior de imagem.

A discussão fundou-se, basicamente, na possibilidade de caracterização do sinal da Globo como uma essencial facility, o que criaria o dever de garantir acesso independentemente de legislação específica.

O Voto de Vista do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo⁵⁵ toca o cerne do problema ao afirmar que “o conceito de infra-estrutura essencial ainda não recebeu contornos definidos na doutrina e na jurisprudência antitruste, tanto no Brasil quanto no exterior”. Não obstante, ele faz uso dos elementos apontados pela doutrina e jurisprudência estrangeiras para a caracterização de uma essencial facility. Acrescenta ele que “a facilidade essencial implica, no mínimo, as seguintes condições: (i) que, sem o acesso àquela estrutura, não exista chance de competição, isto é, que a estrutura seja indispensável à concorrência; (ii) que não seja economicamente eficiente nem possível, para novos entrantes, duplicar a estrutura; (iii) que o controle da estrutura gere ao seu titular o potencial de eliminar a concorrência; (iv) que a facilidade seja efetivamente essencial, como dispõe a literalidade da expressão, e não mera conveniência ou oportunidade menos dispendiosa para o concorrente; (v) que a recusa de disponibilização da essencialidade não possua razão econômica ou jurídica justificável e razoável”. Ora, “o sinal das transmissões de TV aberta da Rede Globo não se enquadra, de nenhum modo, na categoria de infra-estrutura essencial: (i) não é indispensável (tanto que a Directv, mesmo sem ele, continua sendo um concorrente forte e arrojado); (ii) não é impossível, à Directv, duplicar a estrutura, vale dizer, produzir seu conteúdo ou contratá-lo com terceiros, como fez, por exemplo, com a Disney; (iii) a manutenção da Directv como concorrente, a entrada e crescimento da Tecsat no mercado e a autorização, pela ANATEL, da operação de novos concorrentes no mercado de TV por Satélite mostram, à saciedade, que a Globo ou a SKY estão distantes, com os dados disponíveis no momento, de ter potencial para eliminar a concorrência; (iv) a “facilidade” pretendida pela Representante é, sem dúvida, um caminho fácil e oportunista – que não exige sequer talento, criatividade e identificação com a sensibilidade da cultura brasileira – para obtê-la de maneira menos dispendiosa; (v) a recusa de disponibilização encontra justifi-

⁵⁵ Voto de Vista do Conselheiro Celso Fernandes Campilongo, no Processo Administrativo nº 53500.000359-99, *TVA Sistema de Televisão S/A – Directv v. TV Ltda e TV Globo São Paulo Ltda.* – *Globo*, p. 6.

cáveis e razoáveis razões, econômicas e jurídicas, por se tratar, o sinal aberto, de serviço de acesso gratuito e protegido pelo marco regulatório existente. Não pode haver essencialidade naquilo que é redundante. Portanto, inviável a aplicação da teoria da “essencial facility” ao presente processo”.

Na visão do CADE, o sinal da Globo não era essencial à concorrência, pois mesmo sem ele, a Directv continuava a ser “um concorrente forte e arrojado no mercado”. Esse é o mesmo argumento que a Corte de Primeira Instância da União Européia utilizou no caso *Ladbroke*. A diferença, contudo, reside no fato de que o licenciamento, neste caso, reduziria os incentivos da Globo ao investimento e inventividade. A Directv tinha condições de produzir ou contratar com outros agentes programação de qualidade semelhante a da Globo. Caso o licenciamento fosse concedido, a concorrência seria prejudicada no longo prazo, pois tanto Globo, como Directv perderiam os incentivos à inovação.

3.3.3. *Embratel v. Telesp*, 2002⁵⁶

Este caso é representativo de uma série de disputas entre operadoras de telefonia que detêm controle da rede local e operadoras de telefonia de longa distância. A questão é em que medida se concede acesso às operadoras de longa distância em condições de igualdade, uma vez que condições desiguais deturpariam a concorrência no setor.

O pedido de medida preventiva, sob análise, refere-se às ofertas da Embratel e da Telefônica Empresas, subsidiária da Telesp, no processo de licitação realizado pelo Prodam. A Embratel alegou que a Telesp vinha realizando discriminação de preços de acesso no provimento de serviço de acesso local. Segundo a Representante, só isso poderia explicar o fato de a oferta da Telefônica Empresas, na licitação, ser mais barata do que a tarifa de interconexão paga pela Embratel à Telesp. Esta estaria discriminando preços em favor de sua subsidiária, e em detrimento da Embratel. A Telesp argumentou que a discriminação decorria de critérios objetivos: volume do fornecimento; prazo do contato; e topologia de rede.

Na análise do caso, o Conselheiro Relator procurou, declaradamente, responder as quatro perguntas do teste MCI/AT&T. Julgou ele que “pelo menos

⁵⁶ Pedido de Medida Preventiva nº 08700.003174/2002-19 no Processo Administrativo nº 53500.005770/2002, Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – *Embratel v. Telecomunicações de São Paulo S/A – Telesp*.

a parte da demanda de baixa velocidade pode ser considerada um insumo essencial controlado por um monopolista”; quanto à viabilidade de duplicação, entendeu ser “essa possibilidade inviável em termos econômicos, além de ser socialmente ineficiente”. Passou o Conselheiro Relator, em seguida, à análise das terceira e quarta questões. Nesse ponto, a questão que se colocava era saber se as condições de acesso oferecidas pela Telesp à Embratel eram discriminatórias em relação àquelas ofertadas à sua subsidiária. O Relator constatou que a existência de assimetria de informações impossibilitava a verificação do abuso na medida em que “a Representada era a única detentora da informação necessária à constatação do fato afirmado”. Não obstante, entendeu ele que não havia indícios suficientes para demonstrar que a diferença de preços de acesso se justificava pelos critérios apontados pela Representada. Finalmente, quanto à quarta questão, “não houve nenhuma alegação de que a concessão à Embratel de igualdade nas condições de acesso comprometeria a qualidade do acesso dos demais clientes da Telesp”.⁵⁷ Estavam, destarte, respondidas as quatro questões de forma afirmativa, o que justificou a concessão da medida preventiva para suspender a licitação até que fosse examinado o preço de acesso.

Ressalte-se que o cerne da questão é garantir a concorrência efetiva no mercado, por meio da igualdade de condições de acesso. Como coloca Alexandre Ditzel Faraco,⁵⁸ a dependência substancial de um prestador de serviços em relação à infra-estrutura e à rede de seu concorrente comprometerá o grau de efetividade da concorrência no respectivo mercado. Na maior parte dos países, quem controla o acesso também presta serviços em mercados verticalmente relacionados. Nessas circunstâncias, os estímulos para um abuso de tal posição dominante são evidentes: recusa de acesso à rede, subsidiar sua atividade em mercados nos quais enfrenta concorrência, com ganhos excessivos obtidos no mercado no qual é monopolista (preços predatório por intermédio dos subsídios cruzados). Daí a razão de o direito da concorrência zelar pela igualdade de condições de acesso. Esse ponto será retomado no Capítulo 4.

3.3.4. White Martins e Unigases⁵⁹

Por fim, vale lembrar o Ato de Concentração entre White Martins e

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 39, 41, 45, 48, 54.

⁵⁸ *Regulação e direito concorrencial: uma análise jurídica da disciplina da concorrência no setor de telecomunicações*, Tese [doutorado] - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2001, pp. 41-4.

⁵⁹ Ato de Concentração nº 78/96. Requerentes: S.A. White Martins e Unigases Comer-

Unigases. Ao contrário do caso Directv (item 3.3.2), não havia, nesse caso, um concorrente demandado acesso a um bem pretensamente essencial para se concorrer no mercado relevante. Durante a análise do impacto que a fusão entre a White Martins e a Unigases teria no mercado de gás carbônico, o próprio CADE verificou a existência de insumo não aproveitado. A White Martins possuía um contrato de exclusividade com a Ultrafértil, pelo qual a primeira comprava toda a produção da segunda. A partir da alteração da cláusula de exclusividade do contrato de fornecimento de matéria-prima entre a White Martins e a Ultrafértil, determinada pelo CADE, deu-se nova concorrência para contratação do excedente de 170 ton/dia de gás carbônico. Isso permitiu a entrada de um novo concorrente no mercado relevante. Apesar de não ter se baseado na doutrina das essential facilities, e de não haver concorrentes demandando acesso, a atuação preventiva do CADE, criando concorrência, demonstra não só sua preocupação com o valor institucional da concorrência, como também a sua adequada compreensão da doutrina das essential facilities.

cial Ltda. Trata-se da aquisição do controle acionário da empresa norte-americana CBI Industries, controladora da Liquid Carbonic Corporation, pela Praxair Inc., controladora da White Martins. A Liquid Carbonic detinha o monopólio do mercado de gás carbônico do país, até que a White Martins passou a atuar nesse mercado dois anos antes da fusão. A White Martins atuava no mercado de gases do ar (oxigênio, nitrogênio, argônio e outros), mas não atuava no setor de gás carbônico. A entrada no mercado da White Martins foi possível em função de contrato celebrado com a Ultrafértil, visando a utilização do gás bruto gerado a partir da produção de amônia, na planta de Cubatão. A partir da alteração da cláusula de exclusividade do contrato de fornecimento de matéria-prima entre a White Martins e a Ultrafértil, deu-se nova concorrência para contratação do excedente de 170 ton/dia de CO₂ gerado na unidade de Cubatão. A BOC Gases apresentou a melhor oferta e, a partir do segundo semestre de 1999, passará a produzir cerca de 35 ton/dia de gás carbônico. Venda dos produtos relevantes, a preços normais, para concorrentes ou distribuidores. Exclusão de qualquer cláusula de preferência ou de exclusividade no fornecimento de gases. A operação foi aprovada, com a celebração de um termo de desempenho, pois eficiências. Permitiu a operação conjunta de canais de distribuição e de logística de transporte. Ademais, as empresas que atuam no mercado de gases do ar costumam ofertas também gás carbônico. Um ponto importante a se ressaltar é que no Brasil, a principal tecnologia utilizada para a obtenção de CO₂ é a by-product – a partir de resíduos industriais de outro produto que não o CO₂. Esta tecnologia implica na instalação da fábrica de gás carbônico próxima à indústria fornecedora de matéria prima e na elaboração de contratos de fornecimento de longo prazo. Por envolver custos idiossincráticos, fica claro o elevado grau de dependência que à que as empresas consumidoras estão sujeitas.

4. Definindo a moldura – elementos para a caracterização de uma essential facility

A Corte do Sétimo Circuito, ao desenvolver o teste MCI/ATT, deu um primeiro passo na definição de uma teoria geral das essential facilities. Definiu que as linhas da moldura são representadas por quatro elementos: (i) controle de um bem essencial por um monopolista; (ii) impossibilidade prática ou não razoabilidade de duplicação do bem; (iii) recusa de fornecer acesso a um concorrente; e (iv) a possibilidade de fornecer acesso.

A pretensão desse Capítulo é caminhar um segundo passo em direção à definição de uma moldura. Busca-se delimitar a abrangência de cada um desses elementos; ou seja, o que é um bem essencial, o que se entende por impossibilidade ou não razoabilidade de duplicação, em que situações a recusa de fornecer acesso pode ser justificada por razões empresariais, e, finalmente, o que limitaria o acesso, quando possível. Analisam-se, ademais, as condições de acesso, por se entender que condições inequânimes igualam-se à recusa de acesso.

4.1. Controle de um bem essencial por um monopolista

O elemento chave na aplicação da doutrina das essential facilities é saber se o bem em questão é essencial para se concorrer em um determinado mercado. Esse requisito de essencialidade faz com que a doutrina das essential facilities seja largamente associada a situações de monopólios naturais. Essa associação, todavia, parece imprecisa. Calixto Salomão Filho⁶⁰ reconhece que o fato de a doutrina ter surgido em um caso extremo de monopólio natural “poderia dar a impressão de que o conceito [essential facility] só é relevante quando se está considerando o acesso a infra-estruturas bastante específicas”. Todavia – acrescenta – “não importa tanto o tipo de bem ou de mercado que está sendo considerado. O relevante é a situação de dependência de um agente econômico em relação a outro, na qual a oferta de certos produtos ou serviços não se viabilizaria sem o acesso ou fornecimento do essencial”.

Casos há em que o acesso foi concedido independentemente da constatação de um monopólio natural. No caso *Lorain Journal*, o jornal possuía um monopólio de fato sobre o mercado de propaganda na cidade de Lorain.

⁶⁰ *Direito Concorrencial – As Condutas*, cit., p. 113.

Não havia empecilhos de ordem técnica ou econômica para que uma segunda empresa adentrasse esse mercado, mas a recusa do jornal em contratar com anunciantes que também anunciassem em seu concorrente constituía elevada barreira à entrada. Era essencial para a concorrência no mercado de propaganda de Lorain que o jornal contratasse, em igualdades de condições, com qualquer anunciante que o procurasse. O jornal, dessa forma, era uma *essential facility* a qual o acesso deveria ser concedido, embora não fosse um monopólio natural.

Calixto Salomão Filho apresenta duas noções de monopólio natural.⁶¹ O conceito mais amplo relaciona-se a situações em que a concorrência é impossível, quer por razões físicas, quer econômicas.

Para esse autor, a impossibilidade física pode derivar, por exemplo, de fontes de insumo únicas, ou da existência de direitos de propriedade intelectual. Um exemplo extremo de impossibilidade física de concorrência é o caso Terminal Railroad. Como visto, a topologia do terreno tornava a duplicação do sistema porto-ferroviário impossível.

A impossibilidade econômica, na definição de Posner, ocorre quando a totalidade da demanda em um dado mercado pode ser atendida a mais baixo custo por uma única empresa; não importando o número de empresas que atuem no mercado.⁶² As causas geralmente apontadas para a ocorrência desse fenômeno são a prevalência dos custos fixos sobre os custos variáveis, resultando em expressivas economias de escala. Com efeito, como os custos são fixos, quanto mais se produzir, mais esses custos serão diluídos no processo. O montante a ser produzido é limitado tão-somente pela própria capacidade produtiva do sistema. O exemplo clássico é um pedágio sobre uma ponte ligando duas cidades. Supondo-se que uma só ponte possa atender a toda a demanda do mercado, a construção de uma segunda ponte aumentaria os custos fixos de ambas, elevando o preço do pedágio. Não obstante, se uma ponte apenas não for capaz de absorver o fluxo diário de veículos, justifica-se a construção de uma segunda ponte.

Com relação aos casos discutidos, salvo o já comentado caso Terminal Railroad – no qual a duplicação era fisicamente impossível –, nos demais casos envolvendo infra-estruturas, a duplicação dos sistemas, embora possível, levaria, pelas razões acima apontadas, a resultados econômicos contrapro-

⁶¹ *Direito Concorrencial – As Estruturas*, cit., pp. 191-99.

⁶² Richard A. POSNER, *Natural Monopoly and its Regulation*, Washington, Cato Institute, 1999, p. 5.

centes. Daí a razão de se conceder acesso aos concorrentes. Nos casos Gamco e MCI/AT&T, o acesso foi concedido, mormente, sob esse fundamento.

A segunda noção de monopólios naturais relaciona-se à existência de retornos crescentes de escalas. Enquanto na maioria dos casos é válida a assertiva de que a utilidade marginal decresce à medida que se aumenta a produção, em relação a determinados bens, a utilidade marginal é diretamente proporcional ao aumento da produção. Esse fenômeno decorre da existência de economias de rede, que geram expressivas externalidades positiva.⁶³ Com efeito, como coloca Alexandre Ditzel Faraco, a utilidade que o usuário pode auferir de uma rede está diretamente vinculada ao número de outros usuários com os quais ele pode-se comunicar. O próprio sentido econômico dos respectivos serviços está ligado à organização de uma rede única para a sua prestação.⁶⁴

Um caso típico de economia de rede é o sistema de telecomunicações. Quanto maior o número de usuários conectados, maior a utilidade que cada usuário pode auferir da rede; maior o número de pessoas com que cada um deles pode-se comunicar.

4.2. *Impossibilidade prática ou razoável de duplicação*

Este critério complementa o anterior, pois se volta à questão do monopólio natural. Com efeito, como abordado no item anterior, há situações nas quais exista a impossibilidade física – prática – ou econômica – razoável – de duplicação são, justamente, os casos relacionados à primeira noção apresentada de monopólio natural. Ademais, ao critério de razoabilidade deve-se incluir a segunda noção de monopólio natural: economias de rede.

O bem poderia ser essencial, mas por alguma razão, sua duplicação tornou-se possível. Como afirma Faraco, “variações na demanda podem implicar o fim da “naturalidade” de um monopólio natural”.⁶⁵ Ademais, raramente

⁶³ Fábio Nusdeo conceitua externalidades como “custos ou benefícios que circulam externamente ao mercado, vale dizer, que se quedam incompensados, pois, para eles, o mercado não consegue imputar um preço” (Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico, São Paulo, RT, 1997, p. 177). É uma falha de sinal, pois os preços não sinalizam todos os custos ou benefícios que se incorre para a produção do bem. No caso da economia de rede, o usuário de uma rede não paga mais pelo benefício adicional que auferir quando mais um usuário é conectado ao sistema.

⁶⁴ *Regulação e direito concorrencial*, cit., pp. 15-7.

⁶⁵ Alexandre Ditzel FARACO, *Regulação e direito concorrencial*, cit., p. 146.

será possível “duplicar” propriamente o bem. Na grande maioria dos casos será construído um bem similar, que atenda às mesmas funções. Nesse processo, pode ocorrer que o bem paradigma tenha vantagens comparativas sobre o bem duplicado. Se essas vantagens não forem essenciais à concorrência no mercado, deve-se entender que o segundo critério para a aplicação da doutrina das essential facilities não foi atendido. No caso Directv, deu-se, justamente, isso. A Directv não podia ter acesso ao sinal da Globo, mas lhe era possível contratar com outras emissoras, ou produzir sua própria programação. Por essa razão, o sinal da Globo não foi considerado como uma essential facility.

4.3. *Recusa de fornecer acesso*

Pode haver situações em que, embora o bem seja considerado como essencial à concorrencial, a recusa de acesso seja justificável. Como afirmado no caso Gamco, do monopolista não se espera o impossível; ou seja, aceitar indiscriminadamente qualquer concorrente que venha a requerer acesso. Critérios razoáveis de seleção, tais como falta de espaço, crédito ou probidade duvidosos, não representariam violação à lei antitruste. O critério falta de espaço está relacionado com o requisito possibilidade de prover acesso, que será examinado no item seguinte. Em relação aos demais critérios para se negar acesso, dois se sobressaem: free riders e comportamentos oportunistas. Esses dois conceitos serão expostos nos itens seguintes por meio de comentário aos casos Bronner e Directv, e ao caso Copesul, respectivamente.

4.3.1. Free riders

Free riders são um caso de externalidades negativas – custos que restam incomensurados. O carona busca usufruir dos esforços engendrados e riscos dos enfrentados pelo concorrente. Mesmo que esteja disposto a pagar pelo uso do bem, o valor pago, amiúde, não será capaz de compensar os custos de oportunidade⁶⁶ relativo àqueles esforços e riscos do concorrente.

⁶⁶ O custo de oportunidade de um item é aquilo de que se abre mão para obter aquele item. Além do custo pecuniário do investimento, no custo de oportunidade é computado o que se deixou de ganhar na decisão de investir. Por exemplo, o retorno necessário para possibilitar o investimento em uma nova fábrica é o custo pecuniário da fábrica acrescido dos juros que esse dinheiro investido estaria rendendo caso estivesse aplicado em outro investimento.

Dois exemplos serão elucidativos: os casos Bronner e Directv. No primeiro caso, a Mediaprint engendrou esforços e enfrentou riscos para desenvolver um sistema nacional de entrega domiciliar de seus jornais. A Bronner desejava tão-somente pagar à Mediaprint para entregar seus jornais; ou seja, beneficiar-se de um bem desenvolvido pelo concorrente sem recompensar, adequadamente, os seus custos de oportunidade. Por esse motivo, se o acesso houvesse sido concedido, haveria desincentivo ao investimento e a inventividade. Também no segundo caso, a Directv não poderia recompensar todo o investimento que a Globo fez para se tornar a maior emissora de televisão brasileira. Conceder o acesso, neste caso, teria sido anticompetitivo. Ademais, ressalte-se que, no mais das vezes, quando constatada a tentativa de “pegar carona” no investimento do concorrente, o bem é considerado não essencial, pois poderia ter sido desenvolvido por outrem.

4.3.2. Comportamentos oportunistas

No caso Triunfo, o CADE entendeu que a recusa de ceder acesso era justificada pela falhas de coordenação no projeto de expansão do Pólo Petroquímico de Triunfo. A Triunfo não conseguiu assegurar à Copesul que não se engajaria em comportamentos oportunistas após realizado o investimento na expansão; ou seja, que não usaria de seu recém adquirido poder de barganha para conseguir melhores condições de contratação. Por conseguinte, foi-lhe negado acesso ao projeto.

Como explicou o ex-Presidente do CADE, Gerner de Oliveira, em seu voto de vista no AC 54/95, “dada a relação de dependência que se constrói entre os agentes, cada uma das partes acaba por adquirir, após efetuado determinado investimento em ativo específico, capacidade de impingir elevados custos à outra”.⁶⁷⁻⁶⁸.

⁶⁷ *Voto de Vista no AC 54/95*, pp. 87-8.

⁶⁸ “O argumento pode ser sintetizado no seguinte jogo na forma extensiva, no qual supõem-se três fases:

Fase I: Escolha da Parte 1

investe na relação com parte 2 com ativos específicos;

não investe na relação com parte 2. (0,0)

Fase II: Escolha da Parte 2 (Caso a parte 1 tenha escolhido A e os investimentos já tenham sido realizados)

tenta comportamento oportunista;

A Copesul temia que a Triunfo se engajasse em tal prática, pois as já comentadas falhas de coordenação não lhe permitiram obter garantias suficientes. Dessa forma, haveria motivos racionais de caráter econômico empresarial para a Copesul não incorporar a Triunfo no plano de expansão, embora o bem tenha sido considerado uma *essential facility*.

4.4. *Possibilidade de prover acesso*

O monopolista não está obrigado a fornecer acesso se ficar comprovado que a infra-estrutura em questão não comporta um concorrente adicional sem prejudicar a atividade dos demais concorrentes. Como afirmado no caso Gamco, falta de espaço seria um critério que justificaria a recusa de acesso.

O critério possibilidade de prover acesso também está relacionado com a “naturalidade” do monopólio natural. Suponha-se um sistema de dutos de petróleo que ligue uma área de intensa produção petrolífera a distribuidoras. Na região, atuam várias empresas que extraem petróleo, mas o sistema de dutos é de propriedade da empresa ‘A’. Como os dutos são *essential facilities*, ‘A’ é obrigada a conceder-lhes acesso aos concorrentes. Uma nova empresa, ‘B’, deseja extrair petróleo na região, e demanda acesso aos dutos. O sistema, contudo, vem funcionando em sua capacidade máxima, e, por conseguinte, permitir a entrada de um novo agente interferiria na atividade das demais empresas. Nesse caso, a duplicação do sistema de dutos seria economicamente viável, pois o sistema atual é incapaz de suprir toda a demanda do mercado. Desfaz-se, destarte, a “naturalidade” do monopólio.

4.5. *Monopolização de um segundo mercado*

Muitos dos casos de aplicação da doutrina das *essential facilities* envolvem a tentativa de transportar (leverage) o poder que o monopolista possui

evita comportamento oportunista. (10,10)

Fase III: Escolha da Parte 1 (Caso 2 tenha escolhido A)

abandona transação com parte 2 (-7,-7)

aceita os termos da parte 2 derivados de comportamento oportunista (-3,15).

Aplicando-se para o caso em exame, poder-se-ia pensar a Copesul como a parte 1 e a Triunfo como a parte 2. Assim, antecipando a possibilidade de comportamento oportunista por parte da Triunfo, a decisão racional da Copesul seria de não investir” (*Idem*, p. 99-101).

no mercado a montante, para o mercado competitivo a jusante. Constantemente, afirma-se que essa possibilidade de monopolização de um segundo mercado está intimamente ligada com a teoria das essential facilities. Apesar de muitos casos confirmarem tal assertiva, a existência de um segundo mercado não é condição sine qua non para a caracterização de uma essential facility. Frank Fine refere-se à constante menção a um segundo mercado como “a ficção dos dois mercados”. Afirma que nunca foi necessário que o caso envolvesse dois mercados para a aplicação da doutrina das essential facilities. No caso *Ladbroke*, as emissoras francesas não procuravam monopolizar o mercado de apostas na Bélgica por meio da recusa de licenciar a transmissão de corridas de cavalo, pois nele não atuavam. Mais representativo, talvez, seja o caso *Bronner*, no qual nunca existiu um mercado independente de distribuição de jornais⁶⁹.

Em relação ao direito norte-americano, Robert Pitofsky elucida que a parte requerendo acesso a uma essential facility pode ser simultaneamente consumidor e concorrente do dito monopolista em um único mercado.⁷⁰ Esclarece que no caso *Aspen*, a Representada alegou que “o dever que contratar apenas surgiria quando, por meio de integração vertical, uma empresa se tornasse monopolista ou controlasse o fornecimento de um componente necessário para a produção, distribuição ou venda de um produto ou serviço rival”. A Corte explicitamente rechaçou tal argumentação: “rejeitamos a adoção de uma regra estreita, que imunizaria um monopolista não-integrado da responsabilidade que advém da recusa de conceder acesso, a um concorrente, a uma essential facility em tais circunstâncias. Integração vertical não é essencial para que se verifique uma violação às leis antitruste de recusa de contratar”⁷¹.

⁶⁹ *NDC/IMS: A Logical Application of Essential Facilities Doctrine*, cit. (nota 31), pp. 7-11.

⁷⁰ *The Essential Facilities Doctrine under States Antitrust Law*, s.l., s.d., disponível [on line] in <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf> [02-07-03], p. 20.

⁷¹ A *Aspen Skiing* argumentou que “a duty to deal can arise only in different circumstances where, through vertical integration, one firm has come to monopolize or control the supply of a component necessary for production, distribution or sale of a rival’s product or service”. A Corte rejeitou este argumentos afirmando que “we decline to adopt a narrow rule that would immunize an unintegrated monopolist from antitrust liability for refusing a competitor access to an essential facility in these circumstances. Vertical integration is not essential to finding a violation of the antitrust laws for a refusal to deal under the intent test” (citado Robert PITOFSKY, *Idem*, p. 20-1).

4.6. Condições de acesso

Definido um bem como essencial para a concorrência no mercado, sobrevém a obrigação de acesso. Como visto, o acesso deve-se dar em condições de igualdade. Condições iníquas ou preços desarrazoados devem ser equiparados à recusa de acesso. Dessa forma, a chave da questão coloca-se no modo pelo qual essa igualdade será garantida.

Nos casos em que se demanda acesso a associações na qual os integrantes encontram-se em situação de igualdade, como os casos Associated Press e Gamco, não se exige do aplicador antitruste a criação de novas regras. Basta estender as já existentes aos novos entrantes. Nos casos em que havia um relacionamento contratual anterior, como os casos Aspen e Kodak, pode-se, mais facilmente, partir das condições anteriormente existentes, para se chegar a condições similares.

No entanto, quando se exigir a criação de regras para o acesso, bem como quando for necessário o constante monitoramento dessas regras, a disciplina do mercado pelo aplicador antitruste tornar-se muito mais complexa. Como visto, na análise do caso Volvo, a Corte de Justiça da União Européia explicitou a regra de que as condições de acesso [às peças avulsas] devem-se dar a um preço justo. Definir o que se deve entender por preço justo e, principalmente, monitorá-lo constitui um intrincado problema. Em grande parte dos casos, tais objetivos só podem ser alcançados com a regulação.

Dentre as espécies de regulação, pode-se considerar a implementação de um sistema de “regulação judicial”. Na definição de Lipsky e Sidak, esse sistema requer que o órgão judicial esteja preparado para regular preços, e condições de acesso.⁷² Grosso modo, seria algo semelhante ao longo processo de formação de preços que se deu no caso Aspen. Sempre que existia divergência sobre a repartição de receita, recorria-se ao judiciário para que este a efetuassem.

⁷² Abbott B. LIPSKY e J. Gregory SIDAK, afirmam que “endorsement of the essential facilities doctrine must be based on the acceptance of the concept of full judicial regulation of natural monopolies if it is to be capable of improving consumer welfare even in theory. Courts must be prepared (1) to command that access be provided to others; (2) to regulate prices, terms and conditions for the provision of such access; (3) to command the capacity expansion required to make such access feasible; and (4) to command that the service of the facility – as expanded to make access feasible – actually be provided to those who demand it. There is no “free lunch” in natural monopoly regulation” (*Essential Facilities*, cit., p. 1222-3).

Ao longo dos anos, foi-se fixando uma regra geral de repartição, baseada em pesquisas para se aferir o uso efetivo de cada montanha. Quando a Aspen, após alterar essa forma de repartição de receita, desconstituiu a joint venture, a Highlands novamente recorreu ao Judiciário. Indaga-se, todavia, em que medida os custos desse procedimento não superariam seus benefícios.⁷³

Conclusão

A tarefa de Sísifo era empurrar uma pedra morro acima durante o dia, sabendo que, durante a noite, ela rolaria morro abaixo. Neste trabalho monográfico, buscou-se empurrar essa pedra morro acima; ou seja, afirmar o valor intrínseco da concorrência. As forças vetoriais que empurravam-na morro abaixo – seu caráter de política industrial – foram atenuadas pela aplicação da doutrina das essential facilities. Procurou-se demonstrar que a pedra – concorrência – pode ser acomodada em um ponto de equilíbrio no qual o trabalho de Sísifo estaria concluído.

Quando se defende o processo de descoberta, e não uma determinada estrutura de mercado, é possível encontrar o ponto de equilíbrio entre política industrial e concorrência institucional. Isso porque para que se dê o processo de descoberta não é necessário que exista, efetivamente, um grande número de pequenas e médias empresas no mercado; mas, tão-somente, que os concorrentes não sejam impedidos de ofertar seus produtos no mercado. E é nesse tocante, que a doutrina das essential facilities adquire relevo. Ao garantir o direito de acesso aos bens essenciais para se concorrer no mercado, ela desfaz os paradoxos. Concilia eficiência e concorrência; concentração e opções aos consumidores; competitividade e legitimidade.

⁷³ No que tange à regulação de serviços públicos por meio de agências reguladoras setoriais, o debate acerca de seus custos e benefícios está na origem dos movimentos desregulatórios. Como coloca Calixto Salomão Filho, a premissa de que partem é que às agências reguladoras cabe a reprodução das condições de mercado nos setores em que essas condições não podem ser reproduzidas naturalmente. Em um passo seguinte, todavia, constata-se que as condições de mercado não podem ser reproduzidas em laboratório. Dadas essas circunstâncias, a melhor solução possível é que o mercado funcione por ele mesmo; conclui-se pela desregulamentação. A máxima desse movimento está na afirmação de Posner de que “a regulação de utilidades públicas é mais problemática do que útil, mesmo em indústrias com características de monopólio natural; ou seja, aquelas nas quais uma única empresa tem uma enorme vantagem de custos sobre várias empresas atuando no mesmo mercado”.

Este último binômio, em particular, é de fundamental importância para a civilização brasileira, pois aqui a concentração não há muito era vista por um viés desenvolvimentista e a concorrência como um valor instrumental. Essa visão levou a um modelo de desenvolvimento concentrador – concentração industrial e concentração de renda –, que, nos dias atuais, demonstra-se desprovido de legitimidade. A aplicação da doutrina das essential facilities oferece resposta à indagação de como promover a concorrência – instrumento legítimo de justiça social –, sem comprometer a competitividade, pois permite que se mantenham os ganhos de escala provenientes da concentração, sem, contudo, concentrar os seus benefícios. Os benefícios serão partilhados com os novos agentes econômicos que passarão a atuar no mercado, bem como com os consumidores, que se beneficiarão de uma maior gama de opções de escolha.

Para cumprir sua função fomentadora do processo de descoberta, a doutrina das essential facilities deve encontrar seus limites na própria concorrência. Deve ser aplicada apenas quando possibilitar ações pró-competitivas no longo prazo, sob o risco de alterar os incentivos ao investimento e à inventividade. Ao longo deste trabalho, procurou-se traçar uma moldura delimitadora para essa aplicação. Não obstante, pôde-se perceber que, em alguns casos, a defesa do valor institucional da concorrência implica elevados custos de monitoramento das condições de acesso. Por essa razão, apesar desta tentativa de delimitação objetiva, os limites são, principalmente, subjetivos, e se baseiam nos valores erigidos como relevantes por cada ordenamento jurídico.

Bibliografia

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira, *Direito da Concorrência nas Comunidades Européias*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

AREEDA, Phillip e KAPLOW, Louis, *Antitrust analysis - problems, text, cases*, 4a ed., Boston, Little Brown, 1988.

BORK, Robert H., *The Antitrust Paradox – a policy at war with itself* (1978), with a new introduction and epilogue, New York, Free Press, 1993.

CARVALHOSA, Modesto, *A nova Lei das Sociedades Anônimas*, São Paulo, Paz e Terra, 1976

COMPARATO, Fábio Konder, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 2º ed., São Paulo, RT, 1977.

_____, Função social da propriedade dos bens de produção, in RDM 63, 1987, pp. 71-79.

FARACO, Alexandre Ditzel, Regulação e direito concorrencial: uma análise jurídica da disciplina da concorrência no setor de telecomunicações, Tese [doutorado] - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2001.

FINE, Frank, NDC/IMS: A Logical Application of Essential Facilities Doctrine, s.l., s.d., disponível [on line] in <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/finefrank.pdf> [02-07-03].

FORGIONI, Paula A., Os Fundamentos do Antitruste, São Paulo, RT, 1998.

_____, O Contrato de Distribuição – Função Econômica e Análise Jurídica, Tese [livre-docência] - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2002.

FOX, Eleanor M. e SULLIVAN, Lawrence A., Cases and materials on antitrust, St. Paul, West, 1989.

FURTADO, Celso, Formação Econômica do Brasil, Brasília, UnB, 1963.

GERBER, David J., Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus, London, Oxford University Press, 2001.

HAYEK, Friedrich A., Individualism and Economic Order (1948), Chicago, University of Chicago Press, 1980.

_____, Competition as a Discovery Procedure in The Quarterly Journal of Austrian Economics, v. 5, n. 3, 2002, pp. 9-23 disponível [on line] in http://www.mises.org/journals/qjae/pdf/qjae5_3_3.pdf [10-09-03].

HIRSH, Merril e RICHEIMER, Gabriela, The Essential Facilities Doctrine: Keeping the Word “Epithet” from Becoming One, s.l., s.d., disponível [on line] in <http://www.rdbl.com/Headlines/PressReleases/EssentialFacilities.pdf> [04-07-2003].

HOVENKAMP, Herbert, Federal antitrust policy - the law of competition and its practice, 2º ed., St. Paul, West, 1999.

JONES, Alison e SUFRIN Brenda, EC Competition Law – text, cases, and materials, London, Oxford University Press, 2001.

LIPSKY, Abbott B. e SIDAK, J. Gregory, Essential Facilities in Stanford Law Review, v. 51, Maio, 1999, pp.1187-1249, disponível [on line] in <http://www.criterioneconomics.com/dovumrnts/essenfac.pdf> [04-07-03].

OCDE, The Essential Facilities Concept, OCDE/GD(96)113, Paris, 1996, disponível [on line] in <http://www.oecd.org/pdf/M000015000/M00015179.pdf> [02-07-03].

PITOFISKY, Robert, The Essential Facilities Doctrine under States Antitrust Law, s.l., s.d., disponível [on line] in <http://www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf> [02-07-03].

_____, PATTERSON, Donna, HOOKS, Jonathan, The Essential Facilities Doctrine under States Antitrust Law in *Antitrust Law Journal*, v. 70, 2002, pp. 443-462, disponível [on line] in http://www.arnoldporter.com/pubs/files/Antitrust_Law_Journal.pdf. [02-07-03].

POSNER, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 5ª ed., New York, Aspen Law&Business, 1998.

_____, *Natural Monopoly and its Regulation*, Washington, Cato Institute, 1999.

POSSAS, Mario, FAGUNDES, Jorge e PONDÉ, João Luiz, *Defesa da Concorrência e Regulação* in *Revista de Direito Econômico*, 27, pp. 49 – 72.

_____, *Restrições Verticais e Política de Defesa da Concorrência: uma abordagem econômica* in *IBRAC* v. 8, n. 8, 2001, pp. 123-44.

SALOMÃO FILHO, Calixto, *Direito Concorrencial – As Estruturas*, São Paulo, Malheiros, 1998.

_____, *Direito Societário Concorrencial* in *O Novo Direito Societário*, São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 213-37.

_____, *Regulação da Atividade Econômica - Princípios e Fundamentos Jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2001.

_____, *Regulação e Concorrência – Estudos e Pareceres*, São Paulo, Malheiros, 2002.

_____, *Direito Concorrencial – As Condutas*, São Paulo, Malheiros, 2003.

SOUZA, Washington Peluso Albino de, *Regime Jurídico da “Concentração” de Empresas* in *Revista de Direito Econômico*, n. 9, abril, 1978.

TRANSGÊNICOS E DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da Silva

Resumo

O artigo tem como propósito tratar dos riscos da produção e comercialização dos organismos geneticamente modificados (OGM's) para o mercado competitivo. Sugere-se que os mecanismos atuais de defesa da concorrência revelam-se insuficientes para eliminar os danos potenciais da comercialização dos transgênicos. A partir da contribuição do princípio da precaução, propõe-se a releitura dos pressupostos do direito antitruste e a criação de um novo instrumento de tutela da concorrência para preenchimento da lacuna constatada.

PALAVRAS-CHAVE: *Sociedade do Risco; organismos geneticamente modificados; defesa da concorrência, princípio da precaução.*

Sumário:

1. Apresentação; 2. O Impacto dos OGM's na Concorrência; 3. Insuficiência dos Mecanismos Atuais do Antitruste; 4. Precaução e Antitruste; 5. Conclusão.

1. Apresentação

A proposta desse artigo é a de discutir, em linhas iniciais, os **potenciais** impactos anticompetitivos da comercialização dos Organismos Geneticamente Modificados (OGM's).

A análise parte da demonstração dos possíveis efeitos nocivos ao ambiente concorrencial da introdução no mercado dos produtos transgênicos que, por apresentarem características econômicas diferenciadas em relação aos produtos existentes, **podem** produzir efeitos líquidos negativos sobre o bem-estar social. Assim, contextualiza-se o surgimento de produtos desse tipo no cenário da *Sociedade do Risco* caracterizada, justamente, pelo **desconhecimento** dos perigos da ação humana no desenvolvimento econômico-social.

Após a apresentação do problema e sua contextualização, demonstra-se a ausência de resposta dos mecanismos tradicionais do direito antitruste

atual aos possíveis efeitos nocivos dos OGM's à livre concorrência e ao livre mercado. Nesse sentido, propõe-se uma releitura dos pressupostos concorrenciais com base no **princípio da precaução**, tão caro ao direito ambiental, mas cuja aplicação no antitruste revela-se ainda incipiente. Tal princípio, como se demonstrará, poderá contribuir para as possíveis análises dos impactos anticoncorrenciais da comercialização dos OGM's e poderá constituir, ao lado da **função preventiva e repressiva** do direito concorrencial, uma nova dimensão desse ramo do direito.

Por fim, opina-se pela inserção dos problemas aqui discutidos no quadro geral da avaliação do impacto social dos OGM's.

2. O Impacto dos OGM's na Concorrência

O desenvolvimento econômico pressupõe produção de riscos. Diante da **multiplicação dos riscos** inerentes à utilização das novas tecnologias associadas ao crescimento econômico, fala-se hoje na existência de uma Sociedade do Risco.¹

Como afirma DERANI, “o potencial destrutivo existente na tecnologia nuclear, o uso da ciência para produção de armamentos cada vez mais potentes e para sintetizações químicas extremamente perigosas, o avanço incauto da engenharia genética só plenamente conhecido por seus ‘experts’, trouxeram uma questão inusitada às sociedades humanas: sua capacidade de auto-destruição. Paralelamente à produção de riquezas, **a sociedade industrial produz riscos nunca antes pensados**. Toda essa produção permitiu a caracterização da sociedade como Sociedade de Riscos (Risikogesellschaft)”.² O desconhecimento dos riscos impõe a necessidade de **planejamento** da atividade econômica para que os mesmos sejam reduzidos e, em alguma medida, tornados previsíveis. Com efeito, verifica-se uma nítida dependência do **saber científico** para a identificação dos riscos na utilização de novas tecnologias e, portanto, para o planejamento de um capitalismo que não promova sua autodestruição.

Para BECK, “la sociedad industrial (además de la capitalista también la ‘socialista’) produce *sistemáticamente* su propia amenaza y su propia

¹ Para BECK, “La producción de riesgo y sus agentes cognitivos (...) son una forma normal de un sistema inmanente que revoluciona las necesidades”. Cf. BECK, Ulrich. **La Sociedad Del Riesgo**, Barcelona, Paidós, 1998, p. 63.

² DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**, 2ª. ed., São Paulo, Ed. Max Limonad, 2001, pp. 181-182. Grifos nossos.

debilidad estructural a través de la potenciación y la explotación económica de los riesgos.”³ **A intensificação dos riscos, a dificuldade de precisá-los, a possibilidade real de que promovam danos irreversíveis** tornam impossível a aceitação daquilo que o teórico da Sociedade do Risco denomina “experiências de segunda mão”, isto é, a impossibilidade de que o conhecimento do risco seja pautado na sua experimentação.⁴ Assim, o saber teórico prévio ou especulativo passa a determinar o modo de agir cotidiano da sociedade.

A realidade visível do desenvolvimento econômico deve ser questionada, relativizada e valorada em contraste a uma *segunda realidade oculta* na primeira.⁵ Neste cenário, o direito aparece como meio de “regulação das incertezas (realidades ocultas)” advindas do processo econômico. Identificar em que medida e de que forma deve o direito condicionar o crescimento econômico em nome dos riscos subjacentes ao uso das novas tecnologias é um dos grandes desafios da atualidade.

Com efeito, a produção e comercialização de alimentos geneticamente modificados insere-se no contexto dessa nova modernidade caracterizada pela Sociedade do Risco. *A realidade visível* dos OGM's indica benefícios na sua produção tais como o desenvolvimento de novos medicamentos, incremento da produtividade agrícola, possibilidade de minimizar a contaminação meio-ambiental e, entre outros, a contribuição para erradicação da fome no mundo.⁶ Porém, a existência de uma *segunda realidade* ínsita nos alimentos transgênicos cujos efeitos nocivos ao meio ambiente, à saúde humana e ao mercado são desconhecidos,⁷ torna imprescindível a regulação do processo de produção e comercialização desses novos produtos.

³ BECK, Ulrich, op. cit., p.64.

⁴ Idem, op. cit., p. 81.

⁵ Como afirma BECK, “el mundo de lo visible tiene que ser interrogado, relativizado y valorado en relación a una segunda realidad pensada y sin embargo escondida en él.” **La Sociedad Del Riesgo**, op. cit., pp. 81-82

⁶ Cf. PUIGPELAT, Oriol Mir. **Transgênicos y Derecho, La Nueva Regulación de los Organismos Modificados Genéticamente**. Madrid, Civitas, 2004, pp. 48-74.

⁷ Como alertam ORRONO, Maria Luz e DEMYDA, Soledad “existe una gran preocupación por los riesgos que puede ocasionar la utilización de la biotecnología, pero es cierto que existe muy poca precisión acerca de cuales son ellos, y en gran medida esto se explica por la diferente información que manejan los científicos abocados a la materia, y la que maneja la sociedad y los medios de comunicación en general; además del poco tiempo transcurrido que solo permite visualizar los efectos a corto plazo y no así los que se producirán a mediano y largo plazo”. Bioseguridad Ecológica y Alimentaria, artigo capturado no site <http://www.biotech.bioetica.org/tb17.htm>, dia 6 de agosto de 2004, p. 5.

Os riscos dos OGM's são associados, normalmente, a riscos para a saúde humana (intoxicação, aumento da resistência a antibióticos, produção de novas reações alérgicas, etc) e para o meio ambiente (alteração dos ecossistemas, redução da biodiversidade, transferência indesejada de genes a outros organismos, favorecimento de insetos resistentes a inseticidas, maior utilização de herbicidas, etc).⁸ Mas, além dos riscos dos transgênicos para a saúde humana e para o meio ambiente, habitualmente apontados pelos estudiosos, verifica-se a proliferação de sérios riscos para a “saúde do mercado” e, conseqüentemente, para o bem estar econômico-social. Os riscos, nesse particular, apresentam dupla dimensão: são identificados como oportunidades de mercado para quem deles se aproveitam e como modernos mecanismos de exclusão daqueles que os suportam. Assim, para os primeiros, a exploração dos riscos econômicos advindos da comercialização de OGM's pode ser considerada um *big business*.⁹

Nesse sentido, a comercialização dos transgênicos pode-se traduzir em um mecanismo de eliminação da concorrência nos mercados, reduzindo as vantagens para o consumidor advindas de um mercado competitivo. Nas palavras de DERANI, “sem a concorrência estanca-se o crescimento e o dinheiro não tem o que adquirir. Emperra-se a máquina – sendo este um dos fatores responsáveis pelo fracasso das economias socialistas. Concorrência é o *anima* do mercado. Concorrência no mercado interno e externo, estabilidade da moeda, pleno emprego são tidos como condições para o sistema continuar operando, com vistas a um constante crescimento econômico.”¹⁰

Sendo a concorrência um fator que propicia o bem estar social e econômico (“o *anima* do mercado”), a sua eliminação pode ser considerada um sério risco econômico do processo de comercialização dos OGM's. De fato, o desenvolvimento de **novos produtos** a partir das novas tecnologias, v.g.: OGM's, pode ter como conseqüência a alteração profunda das estruturas de mercado consubstanciada na eliminação de concorrentes, elevação das barreiras à entrada de novos *players*, aumento do poder de mercado do agente criador do OGM,

⁸ Cf. PUIGPELAT, op. cit., pp. 74-91.

⁹ Nas palavras de BECK, “en el trato con los riesgos resultan muchas diferenciaciones y conflictos sociales nuevos. Éstos ya no siguen el esquema de la sociedad de clases. Surgen sobre todo de la doble faz de los riesgos en la sociedad de mercado desarrollada: los riesgos son aquí no solo riesgos, sino también *oportunidades de mercado*. De ahí que precisamente con el despletán *afectados* por los riesgos y quienes se *benefician* de ellos. Op. cit., p. 29 e p. 52. Grifos no original.

¹⁰ Cf. DERANI, op. cit., p. 98.

dominação das demais etapas da cadeia produtiva relacionadas ao mercado relevante do transgênico, elevação futura de preços, abuso de posição dominante e, entre outros, redução da pluralidade de escolhas do consumidor.

A aplicação da moderna biotecnologia alimentar apresenta o risco de eliminar do mercado, de modo rápido e gradativo, as empresas que não tenham acesso aos mesmos recursos tecnológicos ou que optem por produzir alimentos convencionais ou orgânicos (não-modificados), bem como, pelos mesmos motivos, o risco de impedir a entrada de novas empresas¹¹. A produção de alimentos não-modificados pode tornar-se economicamente desinteressante e obrigar as empresas que os produzem a deixar o mercado, já que os transgênicos apresentam determinadas características que os tornam mais competitivos (maior resistência a pragas, maior produtividade, etc). Diante do notável avanço tecnológico nessa área, não seria despropositado conceber um cenário em que o simples desenvolvimento de determinado OGM transforma “do dia para a noite” um mercado competitivo em um monopólio de fato.¹² Seria como recriar o mercado a partir da ciência – algo factível nos mercados de alta tecnologia (software, Internet, etc). A “reinvenção de mercados”, a partir da exploração dos riscos econômicos da produção de transgênicos, seria, assim, um “grande negócio”.

É importante observar que nos mercados em que o uso da semente transgênica de soja foi adotado, a aceitação por parte dos agricultores foi alta e ocorreu de forma extremamente rápida. Na Argentina, já em 1998, o uso das sementes de soja resistentes ao glifosato alcançava cerca de 50% dos campos. Nos EUA, segundo o United States Department of Agriculture, o uso de sementes de soja tolerantes ao glifosato passou de menos de 10% para 70% de participação no mercado no curto período de 1996 até 2001.¹³ Tal fato tem despertado a preocupação das autoridades antitruste no Brasil. A Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça já declarou que “o

¹¹ Cf. PUIGPELAT, op. cit., p. 87.

¹² A título ilustrativo, cita-se o formidável potencial de crescimento na participação de mercado dos transgênicos constatado nas plantações de soja e do milho que representam, respectivamente, 61 % e 23% da área global. *O Avanço Inexorável dos Transgênicos* in Jornal “O Estado de São Paulo”, 26 de julho de 2004, p. A3.

¹³ Dados do Parecer da Secretaria de Direito Econômico no Ato de Concentração n° 08012.005135/98-01, Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda. Cargill Incorporated e Ato de Concentração n° 08012.007871/98-50, Requerentes: Monsanto do Brasil Ltda.; Monsanto Company e Braskalb Agropecuária Brasileira Ltda.

SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) deve estar alerta quanto à entrada de sementes transgênicas no mercado, pois será grande a complementaridade entre os produtos defensivos e as sementes”.¹⁴

É possível que as empresas se utilizem da produção de transgênicos como estratégia de fechamento dos mercados verticalmente relacionados. Basta, para tanto, que sejam criados produtos a partir dos OGM's que dependam de outros desenvolvidos para a aplicação específica nos primeiros e cuja produção por concorrentes seja inviável, difícil ou não-tempestiva. Segundo a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, órgão integrante do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), “a transgenia é ferramenta poderosa na produção de novos híbridos ou variedades comerciais. Assim, ela poderá mudar as bases de concorrência do mercado de sementes e, pela complementaridade, também as bases de concorrência do mercado de defensivos.”¹⁵

Caso semelhante é o da polêmica comercialização, pela Monsanto, de sua soja transgênica, a Roundup Ready (RR)¹⁶ a qual seria resistente apenas ao herbicida Roundup produzido pela própria Monsanto. O caso está sendo investigado pela SDE. A Secretaria já emitiu parecer apontando a existência de indícios suficientes de prática anticoncorrencial.¹⁷ A acusação é de que a Monsanto, ao desenvolver a soja RR somente tolerante ao seu herbicida Roundup (glifosate), estaria promovendo uma espécie de *venda casada*.¹⁸ A

¹⁴ Atos de Concentração n° 08012.005135/98-01 e n° 08012.007871/98-50.

¹⁵ Atos de Concentração n° 08012.005135/98-01 e n° 08012.007871/98-50.

¹⁶ *No julgamento, pelo Tribunal Regional Federal da 1ª. Região, do recurso de apelação da cautelar concedida contra a liberação do plantio da soja Roundup Ready sem o prévio estudo de impacto ambiental, o Relator, mantendo a decisão cautelar, registrou a preocupação com os riscos concorrenciais da produção da soja transgênica: “há de ver-se que a empresa **MONSANTO DO BRASIL LTDA**. busca instalar, em nosso país, um autêntico monopólio, com a denominação do mercado de sementes de soja transgênica (**round up ready**), agredindo princípios básicos de nossa ordem econômica e social, tais como da **soberania nacional, da livre concorrência, da defesa do consumidor e da defesa do meio ambiente** (CF, art. 170, incisos I, IV, V e VI). A Constituição da República Federativa do Brasil, porém, repudia tais práticas, quando ordena ao Parlamento Nacional 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’**” (CF, art. 173, § 4º). Apelação Cível 2000.01.00.014661-1/DF, Processo na Origem: 199834000276818, p. VI. Grifos no original.*

¹⁷ Processo Administrativo 08012.008659/98-09. O caso aguarda agora o parecer final da SDE.

¹⁸ Segundo a SDE “o fato da **MONSANTO** ter o monopólio da venda de sementes

Monsanto estaria, dessa forma, impedindo ou dificultando o acesso de seus concorrentes ao mercado de defensivos agrícolas destinados à aplicação específica na soja RR, além de induzir a aquisição conjunta, pelo consumidor, da soja RR e do Herbicida Roundup.¹⁹ Como esclarece a SDE, “A complementaridade entre bens/serviços e o domínio por uma empresa de ambos bens/serviços pode permitir que se adotem práticas anticoncorrenciais em mercados e esta possibilidade é potencialmente mais danosa se ocorrer em casos em que empresa seja detentora de tecnologia-chave, produtos com grande participação de mercado e/ou com direito patentário. Este poderá ser o caso gerado pela operação no que diz respeito às sementes transgênicas com resistência ao herbicida glifosato.”²⁰

Além disso, atuando em mercados com bens relacionados por complementaridade, uma determinada empresa que comercialize um produto

transgênicas resistentes ao glifosato, por direito patentário, conferirá à mesma poder de mercado nesse segmento e, conseqüentemente, maiores condições de impor algum tipo de restrição anticoncorrencial na venda dos herbicidas à base de glifosato.” Atos de Concentração n ° 08012.005135/98-01 e n ° 08012.007871/98-50.

¹⁹ Pelos mesmos motivos, a Monsanto foi acusada de violação da legislação antitruste norte americana. Porém, as investigações foram, recentemente, arquivadas. Notícia capturada no site <http://news.corporate.findlaw.com>., dia 19 de agosto de 2004.

²⁰ “Com a entrada no mercado das plantas transgênicas resistentes a herbicidas, o agricultor terá a sua disposição pacotes tecnológicos sementes resistentes/herbicidas correspondentes. Assim, sempre que um agricultor comprar uma semente resistente a um herbicida com princípio ativo “A” qualquer, quase certamente ele também utilizará um herbicida que contenha este mesmo princípio ativo na lavoura. Aqui, cabe um parênteses: nem sempre um herbicida é recomendado para controlar todas as ervas daninhas que infestam um campo e, neste caso, o agricultor poderá se utilizar de outros herbicidas, para que tenha controle sobre todos os tipos de ervas daninhas. Ainda assim, ele continuará a usar, quase certamente, o herbicida para o qual a planta contém resistência, ainda que em conjunção com outros.

Pode-se argumentar que o agricultor poderá utilizar outros herbicidas, numa reprodução do que ocorre hoje, quando ainda não existem plantas resistentes a herbicidas em comércio, mas é de se perguntar: por que o agricultor compraria uma semente resistente a um princípio ativo herbicida e utilizaria outro, desprezando a principal vantagem tecnológica da semente adquirida? SMJ, ele simplesmente não o fará.

Segue do raciocínio acima, que a complementaridade dos bens tende a ser de relação um para um. Ou seja, uma relação complementar perfeita. Em suma, quase sempre que um agricultor comprar uma semente resistente a um princípio ativo “A” qualquer para plantar um hectare (10.000 m²), ele comprará o volume correspondente à dose recomendada para um hectare de herbicida com o mesmo princípio ativo “A”.” Atos de Concentração n ° 08012.005135/98-01 e n ° 08012.007871/98-50.

transgênico poderá promover a prática de preços predatórios objetivando excluir do mercado seus concorrentes. Seria relativamente simples para a empresa reduzir seus preços no mercado de comercialização de produtos transgênicos para níveis abaixo dos preços de custo, pois eles seriam compensados com a venda dos produtos complementares. Uma vez que os produtos complementares estariam posicionados em um mercado monopolista, o agente econômico poderá recuperar os prejuízos decorrentes da venda do produto transgênico abaixo do preço de custo, elevando os preços dos produtos complementares cuja demanda é inelástica (a elevação de preços nesse mercado seria incapaz de reduzir a demanda). Assim, tal empresa poderia rapidamente monopolizar os dois mercados e, posteriormente, elevar seus preços para níveis supracompetitivos com sérios danos para o consumidor.

O reduzido número de empresas capazes de produzir transgênicos potencializa os riscos concorrenciais próprios desses “novos produtos”. Conforme HARL, “The number of major firms capable of transgenic seed production on a commercially viable basis has been reduced to five in recent months with further reduction to two or three within the next three to five years highly probable. But increasing levels of concentration among firms do not tell the entire story. The revolution in ownership of germ plasm, the feature of cells that determines the characteristics of offspring, also is moving rapidly toward concentration in a few hands. (...) Increased concentration is also leading to control by a few firms over the major processes by which genetic manipulation occurs, thus enabling those controlling the Technologies to block use by other firms”.²¹ Destaca-se que as principais fabricantes de produtos transgênicos (Monsanto Co., Bayer AG, Syngenta AG e Pioneer) são acusadas constantemente nos Estados Unidos de conspirar pelo controle do mercado mundial de produtos agrícolas transgênicos.²²

Outro possível problema concorrencial do desenvolvimento dos transgênicos é a redução das possibilidades de escolha do consumidor. Na medida em que a produção desses organismos, eventualmente, venha promover a redução da biodiversidade, é razoável supor que as opções do consumidor poderão também ser reduzidas, devido às assimetrias competitivas existentes entre a produção de OGM's e de organismos convencionais e orgâni-

²¹ Cf. HARL, Neil E. *Antitrust Issues in the New Food System*, capturado no site <http://www.farmfoundation.org/tampa/harl.pdf>, dia 6 de agosto de 2004, p. 1.

²² *Farmers Efforts To Claim Class Action Status Against Monsanto Co. Denied By Judge* in *New York Times*, 01/10/ 2003.

cos. Como afirma PUIGPELAT, existe “la posibilidad de que un determinado organismo modificado genéticamente, gracias a manipulación de que ha sido objeto, adquiera una ventaja adaptativa sobre el resto de organismos (no modificados genéticamente) y se imponga sobre ellos, desplazándolos y reduciendo la diversidad antes existente (donde había diferentes organismos – con su diversa dotación genética – solo hay luego el organismo modificado genéticamente). Es posible también que sean los propios agricultores y ganaderos de todo el mundo quienes, voluntariamente, y debido a la ventaja que para ellos representan los organismos modificados genéticamente, renuncien a las plantas y animales convencionales que venían utilizando (muy diversos genéticamente en las distintas partes del planeta) y planten y críen unos pocos tipos distintos de plantas y animales transgénicos, los que produzcan las pocas multinacionales biotecnológicas existentes.”²³

De um lado, a superioridade competitiva do transgênico poderá, simplesmente, retirar do mercado as demais opções de consumo ou provocar a elevação desarrazoada dos preços das opções convencionais e orgânicas existentes. Por outro lado, as vantagens comparativas na produção do transgênico em relação aos alimentos convencionais e orgânicos poderão, certamente, desestimular a produção destes últimos. Nas duas hipóteses, vislumbra-se, portanto, a nítida produção de efeitos negativos líquidos ao bem estar social.

Contribui para o agravamento dos riscos concorrenciais dos transgênicos a possibilidade de sua exploração econômica gozar de **proteção patentária**. Como é cediço, a patente cria um monopólio temporário para estimular a pesquisa e o desenvolvimento (P&D) de novos produtos, bem como para garantir a amortização dos investimentos já realizados. Por outro lado, o monopólio é uma noção contrária aos pressupostos do direito da concorrência. Por tal razão, já seria possível falar-se em uma tensão natural entre os valores tutelados pela proteção patentária e a defesa da concorrência. De acordo com SWANSON “There is an obvious tension between the patent laws and antitrust laws. One body of law creates and protects monopoly power while the other seeks to proscribe it.”²⁴

²³ Cf. PUIGPELAT, op. cit., pp. 81-82.

²⁴ Cf. SWANSON, Daniel G. U.S. Intellectual Property Law and Antitrust Law: An Introduction and Overview. Texto apresentado entre 17 e 22/set de 2000, na Conferência da International Bar Association, em Amsterdam.

Porém, o problema adquire uma dimensão ainda maior devido à tendência natural de eliminação da concorrência pelos produtos transgênicos, como acima sugerido. Isso significa que os riscos concorrenciais da produção dos OGM's são maximizados pela possibilidade de exploração dos mesmos em regime de monopólio temporário garantido por lei.

Além disso, deve-se questionar se os transgênicos podem ser considerados “invenções patenteáveis”. Como defende OST, “a distinção entre descobertas não patenteáveis (enquanto decalques, reflexos de fenômenos observáveis) e invenções patenteáveis (enquanto criações artificiais, construídas e não dadas) perde muita da sua pertinência epistemológica: de certa forma, é toda a ciência que é preciso colocar na ordem do construído.”²⁵ Devido ao alto grau de “cientifização da realidade”, esse autor defende que “o campo do artifício é virtualmente infinito, é o próprio princípio de limitação da patenteação que se esfuma”.²⁶ Em outras palavras, é questionável a consideração do critério da inventividade na concessão das patentes para o desenvolvimento de transgênicos, já que essa noção tem a sua importância relativizada diante do advento de uma nova realidade, em sua essência, também *inventada* (“supra-realidade teórica”). **O ideal é que este critério seja ponderado junto com outros valores como a necessidade de preservação de um mercado concorrencial.**

3. Insuficiência dos Mecanismos Atuais do Antitruste

Apesar da notável evolução dos diplomas normativos e da jurisprudência antitruste verificada nos últimos tempos no Brasil, os mecanismos de defesa da concorrência legalmente previstos não são suficientes para mitigar os riscos concorrenciais do advento de *novos produtos* desenvolvidos a partir de novas tecnologias (engenharia genética, biotecnologia, software, Internet, etc). No caso, a produção de transgênicos, como já referido, pode criar “do dia para a noite” conseqüências imprevisíveis para a “saúde do mercado”. A comercialização de OGM pode resultar em monopólios, elevar as barreiras à entrada, reduzir drasticamente as opções do consumidor e, entre outros, alavancar o poder econômico do agente criador do OGM nos mercados verticalmente relacionados. Não existe, porém, a previsão de um mecanismo legal

²⁵ Cf. OST, François. *A Natureza à Margem da Lei: a Ecologia à Prova do Direito*. Tradução: Joana Chaves, Lisboa. Ed. Instituto Piaget, 1995, p. 32.

²⁶ OST, François, op. cit., p. 32.

de controle prévio da produção e comercialização dos OGM's.

A Lei Antitruste Brasileira (Lei 8.884/94) prevê como mecanismos de controle das infrações contra a ordem econômica o **controle repressivo** e o **controle preventivo**.

O **controle repressivo** ou **comportamental** traduz-se em um exame *ex post* de **legalidade** das práticas empresariais. Trata-se de uma *intervenção* do Estado somente **após** a identificação de anormalidades no comportamento dos agentes econômicos. Os ilícitos concorrenciais estão previstos, de forma genérica e exemplificativa, nos artigos 20 e 21 da Lei de Defesa da Concorrência (Lei 8.884/94), destacando-se o cartel, a venda casada, a prática de preços predatórios, a exclusividade, a recusa de venda e, entre os mais relevantes, a discriminação de preços e de adquirentes.

Assim, a incidência desse tipo de controle na produção e comercialização de transgênicos ocorre somente se infringidas as hipóteses normativas supracitadas. O controle comportamental não se presta, destarte, ao **exame prévio** dos impactos anticompetitivos da comercialização dos transgênicos. Isso decorre do fato de que a comercialização de um OGM não constitui um ilícito censurável *per se* (em si) e nem seria razoável, por razões óbvias, que assim fosse. Desta maneira, a grande utilidade do controle repressivo está na possibilidade de inibição dos abusos cometidos na comercialização dos transgênicos como nas estratégias de venda casada, combinação de preços entre concorrentes e, entre outros, no açambarcamento de matéria prima.

Porém, o controle repressivo não poderá eliminar os riscos econômicos e, nem tampouco, reverter ou mitigar os impactos negativos à concorrência decorrentes da criação e comercialização de transgênicos. Por hipótese, o simples lançamento de um produto transgênico ou de produto criado com base nesta biotecnologia poderá gerar, rapidamente, uma drástica alteração das características do mercado, podendo causar a elevação de barreiras à entrada, a eliminação de concorrentes e a monopolização de mercados. Não há, nessa hipótese, ilícito algum. Como previsto na Lei da Concorrência, a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito de dominação de mercados de bens e serviços (art. 20, § 1º). Dito de outro modo, a comercialização de transgênicos não pode, naturalmente, ser tratada como um ilícito concorrencial.

O *controle preventivo* ou *estrutural*, por sua vez, destina-se à apreciação, pelas autoridades do antitruste, das concentrações empresariais (fusões, incorporações e *joint ventures*) que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados (artigo 54 da Lei da Concorrência). Trata-se de um controle realizado **previamente** e que incide somente no caso de **operações econômicas realizadas entre empresas** e que gerem concentração de mercado.²⁷

A introdução do controle preventivo no sistema brasileiro é recente e vai ao encontro das mais avançadas legislações antitruste no mundo. Como afirma SALOMÃO FILHO, “só muito recente, por força sobretudo da nova lei concorrencial, passou-se a conjugar à preocupação com o controle dos comportamentos também a preocupação com as estruturas. Não se quer dizer com isso que o poder no mercado seja agora punido *per se*, em função de sua pura e simples existência. **Significa, no entanto, que a formação daquelas estruturas que possam a vir gozar de poder no mercado só será autorizada caso acompanhada de justificativas que permitam afastar o perigo de abuso.** Essa preocupação moderna do direito concorrencial está absolutamente em linha com os desenvolvimentos da teoria microeconômica, que, com base no estudo da racionalidade econômica do comportamento dos agentes no mercado, afirma ser possível presumir que uma posição de excessiva concentração de poder tenderá a ser utilizada de forma abusiva.”²⁸

Por ser de aplicação restrita às concentrações empresarias, o controle preventivo não é eficaz, entretanto, para prevenir **riscos** concorrenciais decorrentes da criação dos transgênicos, a despeito de o efeito potencial da criação do OGM ser o de, justamente, limitar ou de prejudicar a livre concorrência, ou ainda o de resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Dizendo de outro modo, **a comercialização de um produto transgênico pode gerar os mesmos efeitos anticompetitivos de um ato de concentração, mas, devido à ausência de mecanismos legais específicos de proteção da concorrência, não ensejar qualquer tipo de controle.**

²⁷ Como se sabe, é obrigatória a apresentação de atos de concentração que impliquem participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20 % (vinte por cento) de um mercado relevante ou no caso em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

²⁸ Cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. 2a. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p.17. Grifos nossos.

Além disso, o controle estrutural visa, sobretudo, afastar **perigos previsíveis** de dano, enquanto uma eventual análise dos impactos negativos dos transgênicos seria, essencialmente, pautada em **riscos de perigo**.²⁹ Isso decorre da dificuldade de mensuração prévia dos impactos concorrenciais da criação de determinado OGM nos mesmos padrões do controle de estruturas. Não seria possível, por exemplo, calcular, *a priori*, a evolução do *market share* do agente econômico decorrente da criação do transgênico, ao contrário do que ocorre na celebração de um ato de concentração, em que o cálculo ou a estimativa da participação de mercado resultante da operação revela-se factível.

De certa forma porém, já é possível encontrar na jurisprudência do CADE a preocupação com o surgimento de novos produtos derivados de novas tecnologias. O CADE manifestou-se em Consulta formulada por Ambev e Souza Cruz sobre os riscos concorrenciais da criação de novos produtos no mercado virtual. Embora tenha recomendado a aplicação da “clássica análise antitruste” ao comércio eletrônico, o CADE reconheceu “a limitação das análises convencionais”. Como afirmado pelo Conselho: “a novidade do assunto demanda **cautela**, tendo em vista que as estratégias ‘eletrônicas’ por si só, independentemente das características próprias de cada mercado, apresentam **maior potencial de alastramento dos seus efeitos** do que as realizadas por meios físicos, principalmente em virtude da diminuição das barreiras geográficas e da velocidade com que viabilizam a concretização das transações comerciais”.³⁰ Em outra Consulta também formulada por Ambev e Souza Cruz as quais buscavam criar um portal conjunto destinado à compra de MRO (Materials, Repairs and Operations), o CADE, atento aos embrionários problemas trazidos pelas novas tecnologias, concluiu: “o que se procura, especialmente em face dos riscos unanimemente apontados pela doutrina antitruste, é sinalizar para a imperiosa **necessidade de um controle preventivo e continuado** das *joint ventures* que envolvam portais e outras modalidades de comércio eletrônico que propiciem práticas coordenadas potencialmente anticoncorrenciais.”³¹ As expressões utilizadas: “cautela”, “maior potencial de alastramento dos efeitos” e “necessidade de controle preventivo e continuado” sugerem o reconhecimento, pelo próprio CADE, da necessidade de uma aplicação diferenciada do antitruste aos novos mercados. Imagina-se que, no caso dos novos produtos transgênicos e derivados, a posição do CADE não seja diferente.

²⁹ A distinção entre perigos de dano e riscos de perigo será desenvolvida no tópico seguinte.

³⁰ Consulta n.º 0077/01. Conselheiro Relator Celso Fernandes Campilongo. Grifos nossos.

³³ Consulta n.º 0068/00. Conselheiro Relator Celso Fernandes Campilongo. Grifos nossos.

Especificamente com relação às patentes, como afirmado anteriormente, não existe uma garantia satisfatória de **controle prévio** da sua concessão nos casos de OGM's. A intervenção antitruste nesse caso só é possível na modalidade **repressiva** caso a empresa abuse do poder de monopólio decorrente da exploração da patente. Configurada essa hipótese, o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) poderá apresentar somente uma mera "recomendação" aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator (art. 24, inc. IV da Lei 8.884/94). A Lei de Propriedade Industrial prevê, expressamente, a possibilidade de licença compulsória no caso em que o titular da patente exerce os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela pratique abuso de poder econômico (artigo 68 da Lei 9.279/96). Da mesma forma, o Acordo sobre Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS), prevê no artigo 31, k a possibilidade de concessão de licença compulsória nos casos de prática de conduta anticoncorrencial.

Contudo, tais mecanismos revelam-se insuficientes já que só poderão ser acionados *a posteriori*, ou seja, somente depois da comprovação da prática de uma conduta anticompetitiva. Deve-se frisar que o desenvolvimento dos transgênicos, a despeito de poder criar monopólios, não é proibido *per se* ("em si"). Assim, o ideal é que a investigação do impacto anticoncorrencial dos OGM's seja realizada *ex ante*, especialmente, em decorrência da natureza e da intensidade dos riscos econômicos envolvidos na sua comercialização.

4. Precaução e Direito Antitruste

A insuficiência dos atuais mecanismos do antitruste diante dos possíveis riscos concorrenciais dos transgênicos recomenda o recurso a novos paradigmas nas tomadas de decisão no âmbito legislativo, jurisdicional e administrativo. Como contrapartida a esse vazio institucional e interpretativo na esfera antitruste, o **princípio da precaução** surge como um adequado referencial jurídico.

O surgimento da idéia de precaução está intimamente ligado ao agravamento dos riscos na sociedade hodierna e ao desconhecimento dos efeitos danosos das novas tecnologias para o meio ambiente, para a saúde humana e, como aqui sugerido, para o mercado competitivo.

É valiosa a contribuição do direito ambiental para a compreensão do significado e alcance do princípio. O princípio da precaução tem sido conside-

rado a **essência do direito ambiental contemporâneo**.³² Nas palavras de DERANI, “Precaução é cuidado (*in dubio pro securitate*). O princípio da precaução está ligado aos conceitos de afastamento de perigo e segurança das gerações futuras, como também de sustentabilidade ambiental das atividades humanas.”³³ Recomendável também na seara concorrencial, a proteção das gerações atuais e futuras dos possíveis impactos negativos do desenvolvimento econômico. Não é razoável que as gerações futuras sejam “presenteadas” com monopólios, devido à ausência de cuidado e cautela com os riscos da comercialização dos transgênicos.

O princípio considera não apenas os *riscos iminentes* das atividades econômicas, mas também os *riscos futuros* que a ciência atual jamais conseguiria precisar.³⁴ Assim, “o princípio da precaução transcende a passagem do modelo clássico ‘reaja e corrija’ para o modelo ‘preveja e previna’ inaugurado pelo princípio da prevenção em sentido estrito. Com efeito, o princípio da prevenção dirige-se a impedir a produção de danos e agressões ambientais, justificando a adopção de medidas para evitar a concretização de riscos certos e conhecidos, quer porque não é possível a reconstituição natural, quer porque, sendo possível, esta se revela demasiado onerosa ou economicamente mais dispendiosa do que a simples adopção de medidas preventivo-antecipatórias. Porém, quando se constatou a complexidade e a imprevisibilidade dos processos naturais e a extrema dificuldade em diagnosticar os perigos, reconheceu-se a insuficiência dos mecanismos de controlo tradicionais. A imperiosa necessidade de lidar e controlar os riscos daí advenientes tornou premente a criação de uma base legal para legitimar acção. **O princípio da precaução surge, assim, como um reforço do princípio da prevenção, visando a prevenção de riscos cuja intensidade não representa, ainda um perigo efectivo e concreto para o ambiente.**”³⁵

Portanto, o princípio da precaução não se confunde com o princípio da prevenção. Enquanto este busca evitar **perigos de dano**, o princípio da precaução postula a prevenção de **riscos de dano**. “O âmbito do princípio da

³² Cf. DERANI, Cristiane, op. cit., p. 169.

³³ Cf. DERANI, Cristiane, op. cit., p. 169.

³⁴ Cf. DERANI, Cristiane, op. cit., p. 171.

³⁵ Cf. FREITAS MARTINS, Ana Gouveia e. **O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente**. Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002, pp. 20-21.

precaução circunscreve-se àquelas situações em que a intensidade de um risco não represente um verdadeiro perigo, campo de atuação do princípio da prevenção, mas antes envolva um verdadeiro risco (ou a suspeita de um perigo), demonstrado ou hipotético. **A fronteira entra a prevenção e a precaução é, deste modo, demarcada pela linha que separa o perigo do risco.**³⁶

O princípio da precaução objetiva prevenir já uma “suspeição de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha de perigo. Seu trabalho está anterior à manifestação do perigo”.³⁷ Quanto maior o desconhecimento dos perigos, maior a preocupação em termos de prevenção. O princípio representa, assim, o aprofundamento da noção de prevenção e tem sua aplicação voltada, especialmente, às novas tecnologias cujos efeitos nocivos são desconhecidos. Daí sua importância crescente no contexto de uma Sociedade do Risco.

O reconhecimento da distinção entre prevenção e precaução terá influência determinante nas tomadas de decisão com base no princípio da precaução. Como ressalta WOLFRUM “Quanto maior for o dano possível, mais rigorosas serão as exigências de alerta e esforços precaucionários”.³⁸

Nesse sentido, é possível identificar, com base nas lições de FREITAS MARTINS, três concepções com relação ao alcance do princípio da precaução.³⁹ A **visão economicista** procura cingir a aplicação do princípio aos riscos que apresentem grande possibilidade de ocorrência e que apresentem grande probabilidade de provocar danos graves e irreparáveis. Uma das consequências da adoção desse entendimento é a realização de um controle mais brando da produção e comercialização do OGM, ponderando-se a viabilidade econômica da intervenção preventiva ou precautória. No extremo oposto, a **concepção maximalista** pretende conduzir o princípio a uma regra de abstenção. O efeito prático desse entendimento é a exigência de **risco zero**, bem como a inversão total do ônus da prova e a desconsideração dos custos econômicos e sociais da eventual proibição da atividade. Entre esses extremos, situ-

³⁶ Cf. FREITAS MARTINS, op. cit., p. 21. Grifos nossos.

³⁷ Cf. DERANI, Cristiane, op. cit., p. 169.

³⁸ Cf. WOLFRUM, Rüdiger, *O Princípio da Precaução*, in **Princípio da Precaução**. VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros (organizadores), Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 27. Como afirma DERANI, “o alcance deste princípio depende substancialmente da forma e da extensão da cautela econômica, correspondente a sua realização”, op. cit., p. 171.

³⁹ Cf. FREITAS MARTINS, op. cit., pp. 60 e 61

am-se **posições intermediárias** que “procuram conferir operacionalidade ao princípio da precaução sem o deixar diluir-se no princípio da prevenção, mas simultaneamente sem cair em fundamentalismos e exigências irrealistas”.⁴⁰ Como afirma a autora, “não correr riscos sérios implica, também não correr o risco de sofrer os efeitos perversos de não se correrem quaisquer riscos”.⁴¹

Destarte, a aplicação do princípio da precaução deve ser **ponderada**. Ainda que a operacionalização do princípio já envolva, em certa medida, um questionamento sobre a própria *conveniência* da atividade econômica, não parece razoável que a intervenção estatal em nome da precaução imponha ônus sociais superiores aos que seriam suportados no caso da permissão da atividade. Conforme PUIGPELAT, as medidas da Comissão Europeia com base na precaução “deben ser *proporcionales* al nível de protección elegido, *no discriminatórias* en su aplicación, *coherentes* con medidas similares ya adoptadas, han de estar basadas en el examen de los posibles *costes y beneficios* de la acción o de falta de acción (también en términos económicos, pero no solo) han de estar *sujetas a revisión*, designar a *quién corresponde la carga de la prueba* (a quién incumbe aportar las pruebas científicas necesarias para una evaluación del riesgo más completa).”⁴² Tais medidas, ressalta o autor, devem ser tomadas com a máxima transparência possível.⁴³ Nesse contexto, eventual controle concorrencial dos transgênicos com base no princípio da precaução, além de ser pautado no aparato procedimental descrito acima, deve levar em consideração as características específicas dos agentes e dos mercados envolvidos, bem como a sistemática específica do antitruste.⁴⁴

Independentemente da forma e intensidade do controle eventualmente estabelecido, o mais apropriado é contrastar a situação atual do mercado com sua possível configuração futura após o lançamento do OGM; analisar as vantagens comparativas do novo produto; identificar a participação de mercado

⁴⁰ Idem, op. cit., pp. 60-61.

⁴¹ Idem, op. cit., p. 61.

⁴² Cf. PUIGPELAT, Oriol Mir, op. cit., p. 131.

⁴³ Idem, op. cit., p. 131.

⁴⁴ Como ressalta PINHEIRO, na avaliação sobre se um OGM deve ou não ser colocado no mercado, não se deve levar em conta somente o aspecto do risco, mas deve haver um balanço entre as vantagens e os inconvenientes técnicos, caso a caso. Cf. PINHEIRO, Sebastião Vanderlei. **A Responsabilidade Civil do Fornecedor de Produtos Defeituosos**. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, São Paulo, p. 70.

do agente econômico responsável pela comercialização do transgênico, bem como sua estimativa futura; o grau de elevação das barreiras à entrada decorrentes de sua comercialização e, entre outros, a possibilidade de exclusão de concorrentes em decorrência do lançamento do produto. Destarte, **o controle concorrencial da comercialização dos transgênicos baseado no princípio da precaução poderá constituir, ao lado da função preventiva e repressiva, uma nova dimensão do antitruste.**

O ideal é que um controle dessa índole permita o **acompanhamento permanente** do impacto da comercialização do produto na concorrência a partir das informações fornecidas pelo próprio agente econômico.

5. Conclusão

A multiplicação dos riscos sociais (ambientais, econômicos e sanitários) associados à utilização de novas tecnologias, bem como o seu desconhecimento impõem uma mudança profunda dos paradigmas políticos, jurídicos e empresariais da nova modernidade.

Nesse contexto, cresce a necessidade de que as decisões estatais sejam tomadas antecipadamente às escolhas empresariais, sob pena de que a sociedade suporte todos os custos decorrentes do desenvolvimento tecnológico.

A ausência de preocupação com os riscos das atividades econômicas, além de corroer os pressupostos do Estado Social, poderá levar à autodestruição do próprio capitalismo. A aceitação irrestrita dos perigos dessa nova modernidade, provocará, por certo, a corrosão das bases do livre mercado, a eliminação gradativa e irreversível dos recursos naturais e sérios comprometimentos à saúde humana. Como afirma DERANI, “É dever do Estado minimizar os efeitos negativos e os riscos aportados por novas tecnológicas direcionadas a resultados privados, fomentando o aumento da vantagem social dentro do lucro privado. O Estado deve disciplinar este desenvolvimento tendo em vista uma economia global, procurando resguardar a competitividade no mercado interno e externo e a utilidade social das inovações”.⁴⁵

Assim, é necessário que o Estado desempenhe de forma exemplar o seu papel de formulador das bases do planejamento econômico. A desconsideração dos riscos ocultos do progresso econômico, pelo Estado,

⁴⁵ Cf. DERANI, Cristiane, op. cit., p. 182.

constitui-se um perigoso fator de legitimação das escolhas empresariais. Deve-se, dessa forma, combater a exploração, pelas empresas, dos riscos econômicos da utilização das novas tecnologias.

Por outro lado, conforme CAMPILONGO, ao tratar da aplicação do direito concorrencial às novas tecnologias: “não há, nem poderia haver, na análise antitruste, resistência a novos produtos, novos processos de venda ou novas formas de organização comercial(...) Por isso, os procedimentos a serem seguidos no CADE, em contextos de alta instabilidade, devem prestigiar, da forma mais ampla possível, a incorporação dos interesses, valores e opiniões quer das autoridades antitruste quer, principalmente, daqueles que, no mercado – concorrentes, participantes das cadeias de produção e distribuição e consumidores – estejam expostos aos efeitos da operação. A adaptação do direito antitruste a uma realidade em contínua transformação – como é o caso das relações que envolvem o comércio eletrônico, as inovações científicas e as mudanças tecnológicas – só estará garantida se for grande a sua aderência às situações concretas e a sua abertura à participação de todos. **Isso só pode ser feito com uma legislação formulada e aplicada de modo aberto, elástico e suave, vale dizer, disponível ao fluir das inovações científicas.**”⁴⁶ Desse modo, a aplicação do antitruste aos mercados de OGM’s deve ser ponderada, de forma a não prejudicar o desenvolvimento de novos produtos e novas tecnologias.

Além disso, é importante também que a própria cultura empresarial passe a considerar os custos sociais decorrentes de seus empreendimentos como custos internos da empresa.⁴⁷ Tal conscientização teria o mérito de provocar uma importante prevenção ou, em alguma medida, a contabilização, no âmbito privado, dos efeitos das decisões econômicas geradoras de custos sociais.

Com efeito, os riscos concorrenciais decorrentes da comercialização dos transgênicos devem ser considerados parte de um processo mais amplo de avaliação social dos riscos e perigos advindos do desenvolvimento econô-

⁴⁶ Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes, *A Internet e o Direito da Concorrência*, in *Revista do Advogado*, Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXIII, n° 69, Maio/2003, p.23.

⁴⁷ KAPP já em 1950 defendia a internalização dos custos sociais decorrentes do processo produtivo. Conforme afirma, “the term social costs refers to all those harmful consequences and damages which third persons or the community sustain as a result of the productive process, and for which private entrepreneurs are not easily held accountable”, Cf. KAPP, William K. **The Social Costs of Private Enterprise**. Cambridge, Harvard University Press, 1950, p. 14.

mico. A dependência do conhecimento científico na definição do planejamento estatal na Sociedade do Risco impõe uma sinergia e uma “troca de experiências” entre as áreas do saber.

Nesse sentido, o princípio da precaução representa um adequado referencial jurídico para a criação de um controle antitruste da comercialização de transgênicos. A proteção da concorrência nos mercados afetados pelos OGM's assumiria, desta forma, um caráter essencialmente preventivo. O controle antitruste pautado na precaução complementar assim os mecanismos de controle preventivo e repressivo existentes no direito da concorrência atual, contribuindo para a promoção de um desenvolvimento econômico sustentável.

Referências Bibliográficas

BECK, Ulrich. **La Sociedad Del Riesgo**, Barcelona: Paidós, 1998.

CAMPILONGO, Celso Fernandes, “A Internet e o Direito da Concorrência”. Revista do Advogado, Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXIII, n° 69, Maio/2003.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste** São Paulo: Editora RT, 1998.

FREITAS MARTINS, Ana Gouveia e. **O Princípio da Precaução no Direito do Ambiente**. Lisboa, Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2002.

HARL, Neil E. “Antitrust Issues in the New Food System”, capturado no site <http://www.farmfoundation.org/tampa/harl.pdf>, dia 6 de agosto de 2004.

KAPP, William K. **The Social Costs of Private Enterprise**. Cambridge: Harvard University Press, 1950.

ORRONO Maria Luz e DEMYDA, Soledad, “Biosseguridade Ecológica y Alimentaria”, artigo capturado no site <http://www.biotech.bioetica.org/tb17.htm>, dia 6 de agosto de 2004.

OST, François. **A Natureza à Margem da Lei: a Ecologia à Prova do Direito**. Tradução: Joana Chaves, Lisboa. Ed. Instituto Piaget, 1995.

PINHEIRO, Sebastião Vanderlei. **A Responsabilidade Civil do Fornece-**

dor de Produtos Defeituosos. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, São Paulo.

PUIGPELAT, Oriol Mir. **Transgênicos y Derecho, La Nueva Regulación de los Organismos Modificados Genéticamente.** Madrid: Civitas, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial - As Estruturas,** São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SWANSON, Daniel G. U.S. “Intellectual Property Law and Antitrust Law: An Introduction and Overview”. Texto apresentado entre 17 e 22/set de 2000, na Conferência da International Bar Association, em Amsterdam.

VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros (organizadores). **Princípio da Precaução.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

OS REQUISITOS PARA CONSIDERAÇÃO DAS EFICIÊNCIAS ECONÔMICAS NO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA E A DISCRICIONARIEDADE DA COMPROVAÇÃO RAZOÁVEL

Maria Paula Bertran

Price theory is not only a powerful tool of analysis, it is also a powerful form of rhetoric

Robert H. Bork, The Antitrust Paradox

Introdução

As condições para apreciação das eficiências

- i) não sejam meramente pecuniárias, quer dizer, não representem tão somente repasses de recursos entre os agentes
- ii) sejam específicas da operação, ou seja, não possam ser obtidas por outro meio que não a concentração
- iii) sejam distribuídas equitativamente entre consumidores e empresas envolvidas
- iv) compensem integralmente os riscos à concorrência no mercado relevante
- v) sejam demonstradas por meios razoáveis

Exemplos da dificuldade de medição de eficiências

Razoabilidade e discricionariedade

Conclusão

Bibliografia

Sumário

Em duas recentes decisões, o CADE determinou um rol de requisitos para a apreciação de eficiências econômicas. Este trabalho se propõe a analisar o cumprimento de tais requisitos em um ambiente de assimetria informacional e limitações metodológicas de quantificação econômica, apontando a relativa discricionariedade que a apreciação das eficiências obriga trazer.

Introdução

A decisão do Ato de Concentração n.º 08012.006976/2001-58 (G. Barbosa e Cia, BR Participações e Empreendimentos S.A. e Serigy Participações e Empreendimentos Ltda, doravante denominado apenas “G. Barbosa”), julgado em 17 de dezembro de 2003, condensou os elementos considerados necessários para o reconhecimento de eficiências. O voto do Conselheiro-relator Cleveland Prates Teixeira¹, acolhido por unanimidade pelo Plenário do CADE, estabelece admissibilidade de alegações de eficiências que:

- i) não sejam meramente pecuniárias, quer dizer, não representem tão somente repasses de recursos entre os agentes;
- ii) sejam específicas da operação, ou seja, não possam ser obtidas por outro meio que não a concentração;
- iii) sejam distribuídas equitativamente entre consumidores e empresas envolvidas;
- iv) compensem integralmente os riscos à concorrência no mercado relevante;
- v) sejam demonstradas por meios razoáveis.

O AC n.º 08012.001697/2002-89 (Nestlé Brasil Ltda. e Chocolates Garoto S.A., doravante denominado apenas “Nestlé-Garoto”), julgado em 04 de fevereiro de 2004, no voto do Conselheiro-relator Thompson Andrade, acatado pela maioria do Plenário, estabelece o mesmo rol de critérios para o estabelecimento das eficiências.

Anteriores decisões do CADE discutiram requisitos para as eficiências, mas não chegaram a determinações tão precisas² ou que contassem com a unanimidade do Conselho³, donde a novidade e relevância das duas decisões acima citadas.

¹ Cf. voto do Conselheiro-relator Cleveland Prates Teixeira, G. Barbosa, pp. 71 e 72.

² Sem pretensão de que a análise seja exaustiva, mencionam-se a seguir alguns Atos de Concentração em que as eficiências foram discutidas: AC n.º 08012.002315/99-50 – Bolsa Brasileira do Álcool; AC 0800.020.471/97-70 – Kellog e Superbom; AC 08012.012223/99-60 – Warner Lambert e Kraft Lacta; AC n.º 08012.002086/2000-96 - White Martins e Liquid Carbonic; AC n.º 27/94 - Kolynus e Colgate; AC n.º 08012.00875/98-52 – Ibope e Nielsen; e AC n.º 39/95 Teka e Texcolor.

As condições para apreciação das eficiências

Passa-se à discussão pontual de cada um dos critérios estipulados pelo CADE, com ênfase aos itens iii, iv e v, em função da discussão mais abrangente e menos técnica de seus argumentos:

i) Não sejam meramente pecuniárias, quer dizer, não representem tão somente repasses de recursos entre os agentes

O argumento é de que os ganhos de eficiência devem representar economias reais de recursos e não meras transferências pecuniárias entre agentes econômicos³. Economias reais de recursos implicam a utilização de menor quantidade de fatores produtivos para obtenção da mesma quantidade do bem ou serviço final. Economias pecuniárias, diferentemente, associam-se à redução do preço dos fatores de produção e não à quantidade utilizada⁴. Nessa concepção, a definição de taxas de juros bancárias seria elemento que se associa a economias pecuniárias e não a economias reais, uma vez considerada a capacidade de adimplir mútuos correlata ao tamanho do capital da empresa.

ii) Sejam específicas da operação, ou seja, não possam ser obtidas por outro meio que não a concentração

Os países que aceitam a argumentação das eficiências para aprovação de concentrações que geram poder de mercado exigem que tais eficiências não

³ Como exemplo seguem trechos de votos, respectivamente, dos Conselheiros Ruy Santacruz e Hebe Romano, no AC 08012.005846/99-12, entre as empresas Brahma e Antarctica, geradoras de Ambev, doravante denominado apenas como caso “Ambev”, ilustrativos da falta de consenso sobre o tema de consideração de eficiências obteníveis exclusivamente através de fusão. O primeiro é favorável à consideração das eficiências que descreve e o segundo é absolutamente contrário: “[Eficiências] nas áreas administrativa e financeira, com a unificação de administrações e do sistema de informática, implantando melhores práticas administrativas e reduzindo as dívidas a curto prazo (...)” versus “Já aquelas [eficiências] decorrentes de economias gerenciais e administrativas não podem ser aceitas, principalmente porque se considera desnecessária uma fusão para que essas economias sejam alcançadas.”

⁴ Dentre as várias fontes que reforçam essa consideração, Oliver Williamson, Economics As An Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs (American Economic Review, v. 58, março de 1968), que literalmente expressa: “The relevant effects are those which take the form of real rather than pecuniary economies.” P. 24.

possam ter sido obtidas por modos outros que não a operação. O argumento, da OCDE⁵, reiteradamente tomado pela jurisprudência do CADE⁶, considera ganho de eficiência como ganho de produtividade, de modo que são passíveis de serem considerados eficientes resultados que gerem redução de custos unitários de produção obteníveis pela redução dos recursos para produção de mesma quantidade de bens ou serviços, manutenção dos recursos para aumento de produção, variabilidade ou melhoria de qualidade. Eficiências decorrentes de economias de escala ou escopo deveriam ser, portanto, aceitas. Eficiências decorrentes de economias gerenciais e administrativas não seriam exclusivamente dependentes da operação e não deveriam ser consideradas.

iii) Distribuição equitativa das eficiências entre consumidores e empresas envolvidas

O item que aponta a distribuição equitativa das eficiências atende a requisito da Lei 8.884/94⁷. O entendimento cabível à expressão “distribuição equitativa”, que condiciona a apreciação das eficiências pelos critérios estabelecidos pelo CADE, é, porém, objeto de controvérsia. *A priori*, o termo sugere que os benefícios da operação, geradores de um montante determinável, sejam divididos de uma determinada maneira – equânime – entre duas partes. Todavia, o que ambas decisões do CADE demonstram é o afastamento desse elemento e a determinação de uma preocupação que se restringe à ausência de prejuízos para os consumidores. A necessidade de divisão, termo original da Lei 8.884/94, é substituída pela idéia de não subtração.

Como literalmente expressa voto do Conselheiro-relator Cleveland Prates Teixeira em G. Barbosa, a determinação legal é afastada para dar viabilidade à análise, a despeito do sentido original da Lei:

“(...) há que se lembrar que a lei 8.884/94, em seu art. 54, parágrafo 1º, inciso II, exige que os benefícios decorrentes da operação sejam distribuídos equitativamente com os consumidores. É fato que este é o ponto mais

⁵ Cf. explicação proposta no voto do Conselheiro-relator Cleveland Prates Teixeira em G. Barbosa, p. 72.

⁶ “Diretrizes para a elaboração e implementação de política de defesa da concorrência”, São Paulo, Singular, pp. 263 a 293.

⁷ Cf. voto Conselheiro-relator Thompson Andrade, caso Nestlé e Conselheira-relatora Hebe Teixeira Romano, caso Ambev.

difícil de ser demonstrado, e que não há como se garantir, com certeza, que qualquer operação distribuirá equitativamente os resultados gerados pelo ato. E mais, a única forma de se garantir que o consumidor será beneficiado com a operação ocorre naqueles casos em que a redução de custo é tão grande que o novo ponto ótimo de maximização do lucro da nova firma criada ($R_{mg} = C_{mg}$) naturalmente gerará um preço mais baixo ao mercado. Dessa forma, entendo que tal dispositivo legal deve ser entendido com cautela, para que não incorramos no erro de desaprovarmos operações que possam gerar benefícios para toda a sociedade.

No mesmo sentido, o voto do Conselheiro-relator Thompson Andrade no caso Nestlé-Garoto:

“Como visto, a lei brasileira de defesa da concorrência prevê claramente, no inciso II, parágrafo 1º do art. 54, que ‘os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro’. A lei, portanto, obriga que seja levado em consideração na análise não apenas os efeitos da operação sobre o excedente econômico total, mas especificamente o resultado sobre o excedente do consumidor (aumento de preços). Neste sentido, o modelo price standard se aproxima mais do objetivo traçado pela lei. Embora não garanta que os benefícios sejam distribuídos equitativamente entre consumidores e empresas, pelo menos impede que os consumidores sejam penalizados com aumentos de preços.”⁸

O terceiro dos requisitos apontados pelo CADE como critério de eficiência exigiria, portanto, para corretamente expressar seu conteúdo, abandonar a expressão “distribuição equitativa das eficiências entre consumidores e empresas envolvidas”, uma vez que não fica atendido o requisito do art. 54, parágrafo 1º, inciso II, mas apenas o preceito geral do art. 1º da Lei 8.884/94 (que determina a defesa dos consumidores como elemento orientador da prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica).

Considerando-se que a medição de distribuição equitativa das eficiências é apontada como uma conclusão intangível, as decisões procuram ga-

⁸ Art. 54, parágrafo 1º, II.

rantir apenas que o consumidor não seja prejudicado. Para isso, ambas decisões apontam o modelo de *price standard*, elaborado por Fisher e Lande⁹.

A proposição original de consideração das eficiências, de Williamson¹⁰, estipula que o excedente econômico viabilizado por eficiências alocativas (decorrente de reduções de custos e melhor aplicação de recursos) pode compensar perdas decorrentes do aumento de preços oriunda da formação de uma estrutura de oligopólio porque o bem-estar social total é aumentado.

A posição do CADE nas duas decisões confronta o argumento de Williamson porque não interessa que o resultado seja apenas não-negativo em geral ou para a empresa; deve ser não-negativo para o consumidor. Como alternativa, portanto, o Conselho adotou o modelo *price-standard*, o qual prevê que as eficiências apresentadas em número extremamente elevado poderiam suplantar comportamento de poder de mercado com substancial redução de custos que o compensariam.

O Conselho, porém, usou apenas uma parte do argumento do texto original de Fisher e Lande, desconsiderando o contexto em que se desenvolve a idéia do *price standard*, como a seguir, no item seguinte.

iv) Compensem integralmente os riscos à concorrência no mercado relevante

Este elemento complementa a parte do texto de Lande e Fisher, desconsiderada para a argumentação pelos votos do CADE.

Esses autores discutem sobre a) o objetivo do legislador americano em não sopesar eficiências e poder de mercado; b) a incapacidade de medição correta das eficiências em análises caso a caso. O CADE apodera-se parcialmente dos argumentos, destacando a inadmissibilidade de consideração das eficiências acima do poder de mercado, como Williamson originalmente propunha, mas sem mencionar o problema estrutural da medição das eficiências e da viabilidade de quantificações que ajudem os órgãos antitruste a chegarem a decisões apoiados em critérios econômicos.

O elemento “a”, completamente acatado pelo CADE, é menos pertinente para a estrutura da legislação brasileira do que para a dos Estados Unidos.

⁹ Cf. p. 37

¹⁰ FISHER, Alan e LANDE Robert H. “Price Effects of Horizontal Mergers”, *California Law Review*, 77, julho de 1989.

Em função da redação da lei, a caracterização de eficiências em concentrações de empresas nos Estados Unidos já foi elemento a ser por elas escondido e refutado¹¹. Inusitado aos olhos da racionalidade antitruste atual, tão peculiar entendimento se justificava por interpretação um tanto precavida do dispositivo que proibia concentrações “em que em qualquer linha de comércio ou jurisdição do país, o efeito da aquisição possa ser diminuir substancialmente a competição ou propiciar a criação de monopólio”¹². A interpretação do dispositivo e a orientação de como lê-lo, em conclusão, propunha que ser eficiente era uma maneira de crescer; e tornar-se grande era uma maneira de fazer os demais menores: ser mais eficiente era diminuir a competição. O crescimento a partir da maior eficiência de um dos agentes do mercado era presságio do poder de monopólio.¹³ O entendimento sobre as eficiências foi substancialmente modificado, porém, pelo artigo “Economics as an Antitrust Defense: The Welfare of Tradeoffs”, de Williamson, originalmente publicado em 1968, que inaugurou a concepção de que o poder de mercado poderia ser sopesado com a geração de eficiências.

No Brasil, porém, a Lei 8.884/94 explicitamente acata a consideração das eficiências, bem como exige que não haja prejuízo do consumidor, incorporados na Lei, portanto, o debate sobre a consideração das eficiências e a que devem elas beneficiar, ou, ao menos, não causar prejuízos (conforme o art. 1º, e o art. 54, parágrafo 1º, inciso II). As longas argumentações dos votos

¹¹ WILLIAMSON, Oliver. “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”, American Economic Review, v. 58, março de 1968.

¹² **O excerto que segue pertence a uma peça de defesa das empresas Clorex e Procter & Gamble (Federal Trade Commission v. Procter & Gamble Co., 87 S. Ct. 1224, 1967). No esforço de assegurar que a aquisição não geraria eficiências, lista a ré os seguintes argumentos:**

“Complaint can point to no contrary proof, establishing any advantages in the procurement or price of raw materials or in the acquisitions or use of needed manufacturing facilities or in the purchase of bottles or in freight costs.... As indicated in respondent’s Proposed Findings, there is no proof of any savings in any aspect of manufacturing. There is no proof that any additional manufacturing facilities would be usable for the production of Clorox. There is no proof that any combination of manufacturing facilities would effect any savings, even if such combination were feasible... there is no showing here that the sales costs of Clorox would be any less whether it was merchandised by a one-product company or by Procter. Brief for Respondent at 60, 62-63, 74, In re Procter & Gamble, 63, F.T.C. (1963) (citation omitted).”

¹³ *“Where in any line of commerce or any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly”, Public Law 899, Sec. 7, 38 Stat. 731, as amended; 15 U.S.C. 18.*

sobre o modelo de *price standard* são, portanto, úteis no sentido de firmar uma interpretação social da lei, mas obsoletas no sentido de que irrazoável outro entendimento¹⁴, como o do modelo de Williamson.

v) Sejam demonstradas por meios razoáveis

O último elemento acima, aproveitando a ordenação numérica em que se apresenta, pode em trocadilho ser apontado como a quinta-essência dos demais. A razoabilidade da demonstração de eficiências é o tema do item que segue.

A estrutura do texto *Economies As An Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs* é dividida em quatro partes. Primeira e última são introdução e conclusão. As demais são a apresentação do que Williamson chama de “The Naïve Tradeoff Model” e “Qualifications”, respectivamente a apresentação da estrutura de troca de bem-estar e as limitações desse modelo, reconhecidamente, portanto, desde de sua origem, imperfeito e ingênuo. A aposta de Williamson, todavia, era a de que o incremento técnico das qualificantes tornaria aperfeiçoaria o modelo naïve.

“There are, as indicated in Section II [“Qualifications”], a variety of qualifications that may upset this general conclusion [a pertinência do modelo de troca naïve] this general conclusion in any particular case, but absent these and the result clearly holds.

It might be objected that the courts do not possess the expertise to make the types of judgements described. This is typically true. But that does not mean that an analysis of these effects should be not performed by the Antitrust Division or Federal Trade Commission before deciding to challenge a merger. The enforcement agencies can obtain, at reasonable cost, the necessary expertise to make these evaluations. Only after they are convinced that such economies as may exist are not sufficient to justify a merger should go forward. Although possibly this extends the responsibility of the enforcement agencies beyond those that are clearly intended, the alternative is scarcely acceptable. For if neither the courts nor the enforcement agencies are sensitive to these considerations, the system fails to meet a basic test of economic rationality. And without this the whole enforcement system lacks for defensible standards and becomes suspect.

¹⁴ “Price Effects of Horizontal Mergers”, p. 03.

Once the economies are admitted as a defense, the tools for assessing these effects can be expected progressively to be refined. Since such refinements will permit both the courts and the enforcement agencies to make more precise evaluations, the threshold value under which an economies defense will be allowed can be reduced accordingly. Thus even if initially only a few mergers for which mixed effects are present are able to pass an appropriately qualified tradeoff test because of high threshold requirements, this proportion can be expected to increase as research and analytical aids for evaluating scale economies accumulate. As an interim gain, solemn references to early oratory might finally be displaced in favor of analysis in the continuing dialogue on antitrust enforcement.”¹⁵

Do excerto destaca-se que a consideração das eficiências, desde o original texto introdutório de Williamson, espera um crescimento das habilidades técnicas capazes de aferi-las e quantificá-las. As evoluções dos métodos de compilação dos dados de mercado e acesso a informações de produção e venda fizeram, de fato, progressos, mas o entendimento atual é de que mantenham-se eivados de substancial insuficiência para explicar a realidade. Os modelos seriam perenemente “naïves”.

A observação de Williamson aproxima-se do argumento “b” de Fisher, Johnson e Lande. Apontam os autores que a análise caso a caso do estudo das eficiências e, principalmente, a comprovação de que seus benefícios superam os prejuízos da criação de poder de mercado, é inviável¹⁶. Os comentários que seguem, ainda que próprios da estrutura decisória dos Estados Unidos, podem ser pertinentes, crê-se, à estrutura de defesa da concorrência brasileira.

¹⁵ Avalia-se aqui que o crescimento de eficiências totais, do modelo de Williamson, não reflete a orientação da Lei 8.884/94. Esse entendimento, porém, sempre encontrou posicionamentos contrários, particularmente de Requerentes. Mencionem-se “Avaliações de ‘eficiências’ compensatórias no caso Ambev”, excerto modificado de parecer submetido pela Ambev ao CADE em dezembro de 1999, redigido pelo consultor Mário Possas, publicado em *A Revolução do Antitruste no Brasil – A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos*, São Paulo, Singular, pp. 157 a 180 e a menção do voto do Conselheiro-relator Thompson Andrade no caso Nestlé-Garoto, de que “*As Requerentes inicialmente propugnaram pela adoção do excedente total (modelo de Williamson)*”.p. 37 e ainda que “*As Requerentes insistiram que o ‘Guia da SEAE para análise de Atos de concentração horizontais’ exige apenas que os efeitos líquidos da operação sejam não-negativos, sem apontar critérios de equidade, isto é, de quem se apropria dos benefícios e quem incorre nas perdas de bem-estar*” p. 38.

¹⁶ P. 34.

“Merger policy must recognize the limited ability of courts and the Commission to assess efficiencies accurately. In asking the courts and Commission to address issues they cannot handle adequately, we risk judicial ad hocery, an erosion of confidence in the judicial system, and increased costs of business uncertainty and antitrust enforcement.

The case-by-case approach in any form would lead to litigation with efficiencies as a central issue. The Commission and the courts would have to identify both probable market-power and efficiency effects and trade them off against each other. As we have seen, accurate prediction and assessment of both types of effects are enormously difficult. The courts would have particular difficulty predicting market-power and efficiencies effects because each party would find experts to present its own competing analysis of these questions. Faced with conflicting expert testimony, courts would have to evaluate those claims even though such a task would be outside their fields of expertise.

The market-power/efficiencies tradeoff may not only be beyond judges’ expertise, but may be beyond the limits of reliable adjudication. The judiciary is best suited to adjudicate problems of an “either-or” variety where the issue is deciding which side is correct. An efficiencies defense, however, requires a multivariate inquiry that balances not only market-power and efficiency effects, but quality changes as well. Each factor is related to the other ‘as are strands of a spider web. If one strand is pulled, a complex pattern of readjustments will occur throughout the entire web’. Given the nature of the multivariate problem, lawyers usually cannot meaningfully isolate one factor from another. Nor can judges rely on traditional step-by-step reasoning. Judges therefore are unlikely to render opinions that will guide future business and legal decisions.

(...)

The accumulated wisdom of generations of antitrust courts is that judicial attempts to make complex economic tradeoffs lead merely to judicial chaos.”¹⁷

¹⁷ “In the ensuing discussion, we seek to demonstrate that the complexity of the market-power/efficiencies tradeoff not only justifies that courts recognize their limited ability to balance such concerns, but also militates against creation of an efficiencies defense under section 5. An accurate resolution of the tradeoff is so difficult that no decisionmaker or decisionmaking body, whatever its claim to expertise, would be adequate to the task.” (p. 7)

Como pode ser visto na argumentação da própria jurisprudência, a assimetria de informação entre os agentes do mercado e as entidades antitruste compromete a determinação dos outros critérios utilizados para aferição das eficiências, restando comprovada, portanto, afirmação anteriormente feita, sobre a razoabilidade da comprovação dos outros requisitos acima discutidos.

“[I]ntrincado problema de assimetria de informações surge quando as agências buscam verificar e quantificar os efetivos ganhos de eficiência. Cabe às empresas produzir as provas das eficiências, já que as informações necessárias para esta avaliação são acessíveis apenas às próprias empresas interessadas e somente elas podem avaliar corretamente seus reais efeitos. Nem mesmo auditores independentes têm acesso a todas as informações necessárias para um dimensionamento adequado dos ganhos, que sempre podem estar superestimados.”¹⁸

Dada a complexidade do contexto em que se inserem as assimetrias de informações, uma usual abordagem é a de considerar a análise das eficiências da forma mais conservadora possível, como manifestou-se o Conselho na decisão de Nestlé-Garoto¹⁹. Qual é, porém, a medida do conservadorismo? O que é a razoabilidade da demonstração das eficiências?

Exemplos da dificuldade de medição de eficiências

A assimetria de informações sobre o que devam ser consideradas eficiências, ainda que com delineamento jurisprudencial mais preciso²⁰, pode ser fonte de discrepâncias. Dois fatores podem ser vislumbrados: possíveis diferentes análises entre os órgãos do SNDC e variadas manifestações das Requerentes.

Na tabela abaixo são apresentados os valores atribuídos por SDE e SEAE, bem como pelos diversos pareceres das Requerentes sobre a quantificação de eficiências no caso Ambev:

¹⁸ “Efficiency Considerations in Merger Enforcement”, p. 27

¹⁹ Voto Conselheiro-relator Thompson Andrade, caso Nestlé-Garoto, p. 34.

²⁰ Idem.

SEAE/MF	R\$ 282 milhões
SDE/MJ	R\$ 373 milhões
Requerentes 01	R\$ 536 milhões
Requerentes 02	R\$ 552 milhões
Requerentes 03	R\$ 504 milhões

Dados: voto caso Ambev, Gesner de Oliveira, pp. 8 e 9.

Por que os valores quantificados por SEAE e SDE foram tão diferentes? Se Nestlé-Garoto tivessem medição de eficiências pelos outros órgãos do SNDC, seriam esses também discrepantes? Vale frisar que não se está lidando com uma lógica maniqueísta, de que requerentes queiram ampliar ao máximo suas eficiências e órgãos do sistema antitruste queiram-nas apenas corretas, ou as instituições do SNDC não teriam discrepância entre seus valores.

Trechos de votos podem sugerir que também as empresas não conseguem medir as eficiências de suas operações de modo satisfatório, gerando situações de constante alteração de resultados apresentados pelas Requerentes ou dilação de apresentação das eficiências ao SBDC.

“As eficiências inicialmente apresentadas pela Nestlé à SDE e à SEAE foram substancialmente aditadas e alteradas com o encaminhamento do relatório da Consultoria Trevisan. (...) De 22 tipos de eficiências apresentados originalmente pela Trevisan, somente 13 foram mantidas pelas próprias Requerentes.”²¹

“Há que se ressaltar também que uma parte razoável das supostas eficiências alegadas não foram apresentadas de maneira clara, em que pese o esforço recente realizado pelas Requerentes. Note-se que a presente operação foi apresentada ao SBDC no dia 9 de novembro de 2001, dispondo as empresas de tempo suficiente para a elaboração de estudos detalhados sobre planos de investimentos, atuação conjunta e perspectivas de geração de eficiências. Entretanto, somente nas datas de 24 e 31 de outubro de 2003 foram entregues a este Conselho estudos realizados pela Trevisan e LCA.”²²

²¹ Cf. atos de concentração G. Barbosa e Nestlé.

²² P. 39.

“Inicialmente, é necessário ressaltar que existem dúvidas quanto à viabilidade e pertinência das eficiências alegadas pelas Requerentes, especialmente diante da mudança substancial de posicionamento ao longo do processo, em que foram apresentadas, em diferentes momentos da análise, cifras diversas e crescentes.

O espanto se deve à diferença gritante entre os valores apresentados, o que nos leva à indagação: se a Nestlé desconhecia ab initio as eficiências em detalhes que decorreriam da operação, então, qual teria sido o real motor da decisão de aquisição da Garoto? Contudo, a intenção dos agentes não merece ser esmiuçada por esta autoridade, haja vista que importam mais os efeitos da operação.”²³⁻²⁴

A diferença do entendimento das medições de eficiências pelos órgãos do SNDC e pelas Requerentes é indício de que o elemento de razoabilidade das alegações, firmado na jurisprudência do CADE primeiro pelo caso G. Barbosa e logo em seguida pelo caso Nestlé-Gatoro, é uma prova que possivelmente exigirá flexibilidade, pois o consenso não é nem um pouco evidente.

Razoabilidade e discricionariedade

No corpo deste texto foram apresentadas razões pelas quais a qualificação das eficiências na análise de casos de Direito da Concorrência devem ser vistas com parcimônia, principalmente com o reconhecimento de que respostas absolutas não fazem parte dos flexíveis modelos de análise econômica. Doravante será proposta a conclusão, intuitiva para os juristas, de que as respostas do Direito também não são absolutas.

O “quinto elemento” apontado pela jurisprudência como essencial para consideração das eficiências – a razoabilidade de suas alegações – adquire características de um quase esoterismo, o que, afinal, a expressão “quinto elemento” propositalmente sugere. Como ser razoável o que os especialistas tão bem explicitam ser intrinsecamente impreciso, indeterminável e especulativo pela natureza própria da análise econômica?²⁵ Ou, em uma leitu-

²³ G. Barbosa, voto do Conselheiro-relator Cleveland Prates Teixeira, p. 84.

²⁴ Nestlé-Garoto, voto do Conselheiro Fernando Marques, p. 6.

²⁵ A argumentação dos votos citados sugere ser factível que as empresas não declarem expressamente suas “eficiências”, ou retardem ao máximo mostrá-las, porque não têm como real estímulo promovê-las, mas apenas aumentar o poder de mercado, o que

ra mais comedita, apenas pela imprecisão da coleta de dados e limitações de medição?²⁶⁻²⁷ Há um limiar muito sutil entre as eficiências aceitas e as consideradas especulativas, mas não poderia deixar de ser diferente. Pode ser diferente, porém, a assunção de que a análise de eficiências se encontra no espaço da discricionariedade (onde idealmente deve estar) e não da arbitrariedade (promovida por uma análise que busque padrões de certeza impossíveis de serem apresentados).

A conclusão mais relevante é a de que a falta de especificidade do que seja considerado eficiência é um elemento que se mostra balanceado por fatores alheios à cientificidade dos meios matemáticos. O que diferencia a motivação de uma concentração aprovada com restrições de uma reprovação? Algo mais tênue que a concepção de decisões certas em uma única forma: discricionariedade²⁸.

Discricionariedade, usando uma terminologia consagrada, é a liberdade para transitar nos espaços da moldura da norma. A apreciação de eficiências

seria coerente com a perspectiva de D' Aveny e Ravenscraft, que enumeram duas grandes razões para que empresas queiram se fundir: diminuir custos ou aumentar lucros. O primeiro grupo integra economias “*by avoiding market costs; by eliminating the distortion in input costs caused by imperfect competition in the upstream market; by reducing transaction costs; by decreasing uncertainty or asymmetric information, resulting in a more efficient use of inputs; and by protecting proprietary technology*”. O aumento de lucros, por sua vez, pode ser gerado “*through higher prices by creating barriers to entry; allowing price discrimination; reducing service and advertising externalities or providing a firm with power over buyers or suppliers*” (Cf. “Economies of Integration versus Bureacracy Costas: Does Vertical Integration Improve Performance?” *Academy of Management Journal*, v. 37, n. 5, 1994, p. 1168). Por essa lógica, se o agente não conhece as eficiências pelas quais se fundiu, é porque com a fusão não pretendia propriamente obter vantagens com a diminuição de custos, mas com o aumento de lucros.

Não nos parece que a assunção desse tipo de presunção seja cabível em função do reconhecimento de que os agentes do mercado coordenam-se racionalmente, mas com racionalidade limitada. A partir de tal concepção não seria difícil defender que as empresas optam por diminuição de custos (e não necessariamente aumento de lucros) ainda que não possam precisar e quantificar numericamente as razões pelas quais assim procedem.

²⁶ Cf. “*Efficiency Consideration in Merger Enforcement*”

²⁷ SCHEFFMAN, David. “Statistical Measures of Market Power: Uses and Abuses”, *Antitrust Law Journal*, v. 60, maio de 1992, pp. 901 a 919. e BURNS, Jean Wegman. “Vertical Restraints, Efficiency, and the Real” *World, Fordham Law Review*, v. 62, 1993.

²⁸ No mesmo sentido, lembramos a chamada “Falácia Cellophane”, sobre o intrincado problema de determinação dos mercados relevantes. Cf., 351 U.S. at. 395, citado por WERDEN, Gregory J, “The History of Antitrust Market Delineation”, *Marquette Law Review* 76, 1992.

de modo “razoável”, crê-se, abre espaço para muita discricionariedade, como sugerido pelo comportamento díspar na quantificação das eficiências entre SEAE e SDE no caso Ambev e dos variados pareceres das Requerentes, em mais de um caso. O sentido de discricionariedade é diverso do sentido de arbitrariedade, não sendo cabível torná-los sinônimos. É pertinente, porém, apontar em que situações que admitam o emprego da discricionariedade seja esta com facilidade distorcida rumo a arbitrariedade. A fluidez do uso de colocações econômicas no discurso jurídico pode ganhar força de argumento de autoridade, perdendo-se o limiar entre o discricionário e o arbitrário. Em outras palavras, aventa-se neste trabalho que a determinação de que as eficiências sejam “razoáveis” abre espaço para que o resultado da decisão seja escolhido e, depois, sejam selecionados os argumentos técnicos que possam legitimar a escolha. O uso do instrumental econômico pode ser falacioso, apto a responder não à pergunta “Qual a melhor decisão?”, mas sim legitimar a decisão que se quis melhor.

Reafirma-se que a precisão da economia engenheira²⁹ não suplanta a clássica prudência na determinação prática dos conflitos jurídicos, os quais nunca puderam ser subsumidos a um texto de lei de maneira simplista. Deparam-se os julgadores com a estrutura que a moldura legal³⁰ propõe para a consideração das eficiências, mas fundamentalmente com a necessidade de guiarem-se de maneira segura pelo espaço ora mais amplo, ora menos, mas jamais previamente determinado.

Conclusão

O CADE determinou critérios para o estabelecimento da consideração das eficiências econômicas. Dentre os critérios que estabeleceu, a necessidade de que as eficiências sejam comprovadas “por meios razoáveis”, ou seja, racionalmente demonstráveis. Dadas deficiências próprias da metodologia de mensuração dos critérios econômicos, destacavelmente a comprovação de seus resultados, em função da assimetria de informações, o critério do que seja razoável pode ser submetido a considerações discricionárias. Discricionariedade é termo que não deve ser visto como sinônimo de arbitra-

²⁹ Discorrer sobre os conceitos de discricionariedade não é o tema precípuo deste trabalho, senão que apenas uma conclusão aventada para elucidar a indeterminação dos critérios econômicos nas análises antitruste. Sua abordagem conceitual indispensa um trabalho profundo, centrado especificamente em tal tema.

³⁰ Cf. Amartya Sen, modelo walrasiano de economia, *Sobre Ética e Economia*, São Paulo, Companhia das Letras, 2002.

riedade, mas, em princípio, com o sentido de liberdade decisória conforme a lei. Este trabalho aponta que critérios econômicos de análise antitruste podem ter diferentes pesos, pois dependem da margem de liberdade de escolha dos embasamentos que os julgadores detêm.

Bibliografia

BAKER, Donald. “Antitrust Law and Economics at the Political Frontier” in LARNER, Robert e MEEHAN Jr, James W. (org.). *Economics and Antitrust Policy*, New York, Quorum Books.

BURNS, Jean Wegman. “Vertical Restraints, Efficiency, and the Real World”, *Fordham Law Review*, v. 62, 1993.

D’AVENI, Richard e RAVENSCRAFT, David “Economies of Integration versus Bureacracy Costas: Does Vertical Integration Improve Performance?”, *Academy of Management Journal*, v. 37, 1994.

LANDE, Robert H. “Challenges to the Chicago School Approach: Chicago’s false foudation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust”, *Antitrust Law Journal*, v. 58, agosto 1989.

_____ “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Atitrust: The Efficiency Interpretation Challenged” in GAVIL, Andrew, *An Antitrust Anthology*, Anderson Publishing Co.

FAGUNDES, Jorge. *Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência – Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste*, São Paulo, Singular, 2003.

FISHER, Alan e LANDE Robert H. “Efficiency Considerations in Merger Enforcement”, *California Law Review*, v. 71, dezembro de 1983.

FISHER, Alan, JOHNSON, Frederick e LANDE Robert H. “Price Effects o Horizontal Mergers”, *California Law Review*, v. 77, julho de 1989.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga e PEREIRA, Edgard Antônio. “As Eficiências sob o Prisma Jurídico”, *Arché Interdisciplinar, Faculdades Integradas Cândido Mendes – Ipanema*, Ano VII, n. 20, 1998

FRIEDMAN, Milton. *The Methodology of Positive Economics*, Reading in Microeconomis, Breitethochaman, Virginia, 1968.

POSSAS, Mário Luiz. “Avaliação das ‘Eficiências’ Compensatórias no caso Ambev”. In MATTOS, César (org.) *A Revolução do Antitruste no Brasi – A Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos*, São Paulo, Singular, 2003.

ROWLEY, Charles K. *Antitrust and Economic Efficiency*, London, The Macmillian Press, 1973.

SANTACRUZ, Ruy. *Prevenção Antitruste no Brasil – 1991/1996*. Tese de doutoramento apresentada ao Instituto de Economia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, março de 1998.

SEN, Amartya. *On Ethics and Economics*, São Paulo, Companhia das Letras, 2002.

_____. “Rational Fools: a Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory” in SEN, A. *Choice, Welfare and Measurement*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

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

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

SCHEFFMAN, David. “Statistical Measures of Market Power: Uses and Abuses”, *Antitrust Law Journal*, v. 60, maio de 1992

WATERS, Timothy J. “Antitrust Law and Policy: Rule of Law or Economic Assumptions?” in LARNER, Robert e MEEHAN, James W. Jr. *Economics and Antitrust Policy*, New York, Quorum Books.

WILLIAMSON, Oliver. “Economics as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”, *American Economic Review*, v. 58, março de 1968

_____. “Economics as an Antitrust Defense Revisited”, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 125, 1977.

WERDEN, Gregory. “The History of Antitrust Market Delineation”, *Marquette Law Review*, v. 76, 1992.

RELAÇÃO DE MATÉRIAS PUBLICADAS NA REVISTA DO IBRAC

DOCTRINA

Autor	Título	V. N.
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	Contradicciones entre laudos de los Tribunales Arbitrales Ad Hoc del MERCOSUR y la inconsistencia del sistema de solución de controversias: la necesidad de revisar la estructura institucional. Comentario al VIIIº laudo	11-3
Chiesa, Melisse	Determinantes das fusões e aquisições de empresas do segmento de hiper e supermercados brasileiro na década de 1990	9-1
Conrath, Craig W.	Dominant position in a relevant market power: how to identify it	4-6
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
Pitman, 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
Riviére Martí, Juan Antonio	Comissão das comunidades européias XXV relatório sobre política de concorrência	3-5

Rocha, Bolivar Moura	Articulação entre regulação de infra-estrutura e defesa da concorrência	5-7
Rodrigues, José R. 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
Steptoe, Mary Lou	Current antitrust issues in U. S. federal enforcement	3-5
Steptoe, Mary Lou e Wilson, Donna L.	Developments in exclusive dealing	4-1
Takahashi, Iwakazu	Competition Policy and Deregulation	4-6
Tura, Marco Antonio Ribeiro	A autonomia das agências reguladoras	11-2
Vaz e Dias, José Carlos	Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência	8- 3
Vaz e Dias, José Carlos	Licença compulsória de patentes e o direito antitruste	8-4
Vaz, Isabel	Legislação de defesa da concorrência e extraterritorialidade	4-6
Veiga, Luiz Humberto Cavalcanti	E-banking: um forte aliado da concorrência.	9-1
Venancio Filho, Alberto	A integração dos princípios econômicos e dos princípios jurídicos na legislação da concorrência	5-9
Viana, Diego Goulart de Oliveira	Globalização e abertura econômica X regulamentação de mercado	8-2
Wald, Arnoldo	A evolução do regime legal da Petrobrás e legislação antitruste	6-1

ATOS DE CONCENTRAÇÃO

A. C.	Requerentes	V. N.
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Comércio	2-3
12/94	Rhodia S. A. e Sinasa Adm., Participações e Com. (2ª Parte)	2-3
11/94	Yolat -Ind. e Com. de Laticínios Ltda e CILPE -Companhia de Industrialização de Leite Do Estado de Pernambuco	2-3
06/94	Eternit S. A. e Brasilit S.A.	2-3
01/94	Rockwell Do Brasil S. A. e Álbarus Indústria e Comércio	2-4
20/94	CBV Indústria Mecânica	2-4
07,08,09,e 10/94	Hansen Factoring -Sociedade de Fomento Comercial Ltda; Hansen Máquinas e Equipamentos Ltda; Transportadora Rodotigre Ltda; Tct – Gerenciamento Empresarial Ltda	2-4
16/94	Siderúrgica Laisa S.A. (Grupo Gerdau) e Grupo Korf GmbH (Cia Siderúrgica Pains)	2-4
16/94	Reapreciação Do Ato de Concentração Nº16/94 -Grupo Gerdau - Cia Siderúrgica Pains	3-3
05/94	Carborundum do Brasil Ltda. e Norton S.A. Ind. e Com.	3-4
43/95	Federação Brasileira Dos Exportadores de Café	3-4
04/94	HLS do Brasil Serv. de Perfilagem Ltda. (Halliburton Serviços Ltda.)	3-4
56/95	Jovita Ind. e Com. Ltda.	3-4
14/94	Belgo Mineira, Dedini	3-7
33/96	Coplatex, Callas Têxtil	3-7
15/94	Velolme Ishibras S.A..	3-7
27/95	K & S Aquisições Ltda. e Kolinos Do Brasil S/A	3-10
41/95	Hoechst do Brasil, Quím. e Farm. e Rhodia S.A. (Fairway)	4-1
38/95	Basf. S. A.	4-3
42/95	Índico Participações	4-3
29/95	Privatização da Mineração Caraíba	4-3
58/95	Cia. Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company	4-4
83/96	Companhia Antártica Paulista Ind. Bras. de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc. – Abii, Anheuser Bush International Holdinginc. – Abih	4-5
83/96 reapreciação	Cia Antártica Paulista Indústria de Bebidas e Conexos, Anheuser Bush International Inc.	5-1
02/94	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 –Teclagem 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 Chemicalce Grace Brasil	6-2
181/97	Acesita, Tubra, Tequiza e Tubinox	6-3
0812.004834/98-17	Maccain Foods e Pratigel	6-3
165/97	Hoechst do Brasil e Clariant S. A.	6-3
08012.000396/98-08	Igaras e Trombini (papéis e embalagens)	6-3
08012.007995/97-81	Mahle GMBH e Cofap	6-5
79/86	Panex S. A.	7-1
168/97	Plus Vita S. A. Van Mill	7-1
08012.002730/98-41	Elgin/Sherwin Willians	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica (Auto de Infração)	7-1
89/96	NHK/ Sudamerica - (Pedido de Reconsideração)	7-1
117/97	AGCO e IOCHPE-MAXION	7-1
08012.005760/98-18	Perez Companc e Innova	7-1
29/95	Carafba	7-1
134/97	American Home Products & Solvay S.A.	7-1
08012.004735/98-35	Galderma & Darrow	7-1
08012.006375/98-42	Pedreiras Emp. & Mark IV & Techold	7-2
08012.002611/98-51	Herbitécnica & Defesa	7-2
08012.000587/99-89	Basf & Clariant	7-2
08012.0006501/98-03	Senior & Tecne	7-2
102/96	Votorantin & CSN&Cimento Rib. Preto	7-2
08012.0019247/98-79	ABC Supermercados & Maxbox	7-2
08012.000578/99-98	Exxo & Shell	7-2
08012.007256/98-99	Alcon& Grieshaber	7-2
08012.000097/99-18	BWT & Vonroll	7-2
08012.007085/98-06	Air Products	7-2
08012.004611/98-22	Abbott & Murex	7-2
08012.000908/99-91	Pillsbury	7-2
08012.009110/98-14	Chevron & Texaco	7-2
78/96	S.A. White Martins & Unigases	7-2
Parecer	SEAE – AMBEV	7-3
Parecer	SDE – AMBEV	7-3
Parecer	Procuradoria do CADE -sobre interrupção do andamento do caso AMBEV	7-3
Parecer	Procuradoria do CADE no caso AMBEV	7-5
08012.005846/99-12	Relatório e votos no caso AMBEV	7-6
0800.020.471/97-70	Kellog do Brasil e Superbom	8-8
08012.006762/2000-09	Banco Finasa de investimento S/A; Brasmeta Indústria S/A; Zurich participações e representações	8-9

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

N.º	Representante(s) - Representado(s)	V. N.
15	Presidência da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	1-1
19	Presidência da República X Knoll S.A Produtos Químicos e Farmacêuticos	1-1
17	Presidência da República X Laboratórios Pfizer Ltda. S.A.	1-1
20	Presidência da República X Glaxo do Brasil	1-1
18	Presidência da República X Merrel Lepetit Farmacêutica Ltda.	1-1
02	Sde Ex Ofício X West do Brasil Com e Ind. Ltda, Metalúrgica Marcatto Ltda., Rajj Com e Ind de Tampas Metálicas Ltda	1-1
38	Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Estado de São Paulo X Sharp Administração de Consórcios S/C Ltda. e Sharp do Brasil S/A Indústria de Produtos Eletrônicos	1-2
12	Presidência da República X Achê Laboratórios	1-2
29	Sindicato do Comércio Varejista de Produtos Farmacêuticos do Estado do Rio Grande do Sul X Aché Laboratórios Farmacêuticos S.A	1-2
13	Presidência da República X Prodome Química Farmacêutica Ltda	1-2
109/89	Elmo Segurança e Preservação de Valores S/C X Sindicato Das Empresas de Segurança e Vigilância do Est. de São Paulo e Outros	1-2
07	Serpro - Serviço Federal de Processamento de Dados X Ticket - Serviços de Alimentação S/C Ltda. e Outras	1-2
30/92	Seara Agrícola Comercial e Industrial Ltda. X ICI Brasil S/A.	2-1
23/91	Repro Materiais e Equip. de Xerografia Ltda. e Outras X Xerox do Brasil Ltda.	2-1
01/91	Interchemical Indústria e Comércio Ltda. X Sharp Indústria e Comércio Ltda.	2-1
31/92	Transauto Transp. Especializados de Automóveis S/A X Fiat Automóveis S/A	2-1
10/91	Fogarex -Artefatos de Camping Ltda. X Lumix Química Ltda.	2-1
32	SDE X Valer Alimentação e Serviços Ltda. e Associação Catarinense de Supermercados-Acats	2-2
53/92	Ministério Público do Estado de Sergipe X Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe -AHES	2-2
34/92	Cosmoquímica S/A -Ind. e Comércio X Carbocloro S/A - Indústrias Químicas	2-2
Consulta 03/93	Abrafarma -Associação Brasileira de Farmácias e Drogarias.	2-2
Consulta 01/93	Ancor -Associação Nacional das Corretoras de Valores, Câmbio e Mercadorias	2-2
15	Presidente da República X Laboratório Silva Araújo Roussel S/A	3-11
121/92	Ministério Público do Estado de São Paulo X Sieceesp	3-11
40/92	Refrio Ltda. X Coldex S/A	3-11
20/92	Dep. Est. (SP) Célia C. Leão Edelmuth X Empresa Municipal de Desenvolvimento de Campinas	3-11
35/92	MP do Estado do Paraná X Outboard Marine Ltda., Hermes Macedo	3-12
211/92	Euler Ribeiro X Distr. de Gás do Município de Boca do Acre	3-12
45/91	SDE X Sharp Ind. e Com.	3-12

62/92	DPDE X Associação dos Hospitais do Estado de São Paulo	3-12
76/92	DAP X Akzo -Divisão Organon	3-12
38/92	Procon – SP X Sharp Adm. de Consórcios	3-12
61/92	Federação Nacional de Empresas de Seguros Privados e Capitalização X Associação Médica Brasileira	3-12
49/92	Labnew Ind. e Com. Ltda X Becton e Dickson Ind. Cirúrgicas Ltda.	4-2
148/92	Recurso Voluntário Kraft Suchard	4-2
68/92	MEFP X Alcon Laboratórios Do Brasil Ltda.	
155; 159 a 172/94	DPDE X Sindicato dos Laboratórios de Pesquisa e Análises Clínicas de Brasília	4-3
03/91	Recurso de Ofício Departamento de Abastecimento de Preços do MEFP X Goodyear do Brasil -Produtos de Borracha Ltda.; Pirelli Pneus S/A; Ind. de Pneumático Firestone Ltda.; Cia Brasileira de Pneumáticos Michelin Ind. e Comércio	5-1
21/91	Dpde, Ex-Ofício X Sindicato Dos Trabalhadores no Comércio de Minérios e Derivados de Petróleo do Estado do Rio de Janeiro e Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Município do Rio de Janeiro	5-1
155/94 e 164/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sind. dos Laboratórios de Pesquisas e Análises Clínicas de Brasília - nº 155/94; Laboratório de Análises Médicas - nº 164/94	5-1
156/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação Médica de Brasília	5-1
157/94	DPDE/SDE Ex Officio X Associação dos Médicos dos Hospitais Privados do Distrito Federal	5-1
158/94	DPDE/SDE Ex Officio X Sindicato dos Médicos do Distrito Federal	5-1
96/89	Abradif X Ford Brasil Ltda.	5-2
	Agravo de Instrumento Agravante: Centro Metropolitano De Cosméticos Ltda.; Agravada; União	5-8
140/93	Panflor Ind. Alimentícia X Sanóli Ind. e Comércio	6-2
08000.023859/95-05	Câmara dos Deputados X Unicom, B&B, e Exito	6-2
08000.001504/95-48	M P de SERGIPE X CRECI (16ª Região)	6-3
08000.015337/97-48	Cia. Siderúrgica Nacional – CSN, Cia. Siderúrgica Paulista – COSIPA, Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A. - USIMINAS	8-5
08012.003303/98-25	Philip Morris Brasil S/A X Souza Cruz S/A	8-5
53500.000359/99	DIRECT X GLOBO	8-6
08000.013002/95-97	Labnew X Merck S.A Ind. Químicas	8-8
08012.006207/98-48	CSN, Alcalis, Valesul, Proscint	8-8
08012.002299/2000-18	M P Santa Catarina X Postos de Gasolina Florianópolis	9-2
022.579/97-05	Messer X White Martins	9-3

REPRESENTAÇÕES

N.º	Representação	V. N.
83/91	MEFP X Abigraf	4-2
006/94	Copias Heliográficas Avenida Central X Xerox do Brasil Ltda.	5-1
79/93	Bio Inter Industrial e Comercial L.T.D.A. X Dragoco Perfumes e Aromas L.T.D.A.	5-1
89/92	Recurso de Ofício Sindicato Rural de Lins X Químio Produtos Químicos Com. e Ind. S/A.	5-1
102/93	Recurso de Ofício Ligue Fraldas Comércio e Representações Ltda. X Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda.	5-1
160/91	Recurso de Ofício DNPDE X Refrigerantes Arco Íris Ltda.	5-1
267/92	Recurso de Ofício CLF-Adm. e Projetos Ltda. X Sharp S/A Equip. Eletrônicos	5-1

JURISPRUDÊNCIA EUROPÉIA

Boeing/Macdonnell Douglas	6-1
British Telecom/ MCI	6-2
The Coca-Cola Company/Carlsberg A/S	6-3
Coca-Cola / Amalgamated beverages GB	6-5
Guinness / Grand Metropolitan	6-5

LEGISLAÇÃO

Horizontal Mergers Guidelines (Edição Bilingue) Tradução John Ferencz Mcnaughton	3-1
Clayton Act -Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra Regulamento do Conselho das Comunidades Europeias (EEC) 4064/89 Sobre Controle de Concentração de Empresas (Edição Bilingue) Tradução e Comentários Pedro Dutra	3-2
Decreto -1355 de 30 de Dezembro de 1994 -Promulga a Ata Final que Incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do Gatt Decreto -1.488 de 11 De Maio de 1995 -Medidas de Salvaguarda -Regulamentação	3-9
Lei Relativa à Prevenção de Monopólios Privados e à Preservação de Condições Justas de Comércio do Japão – Lei Nº 54, de 14 de Abril de 1947) Tradução Rubens Noguchi e Pedro Dutra	4-1
Lei Mexicana de Repressão ao Abuso do Poder Dominante -Regulamento Interior da Comisión Federal de Competencia	4-1
Lei Argentina: Ley de Defensa de la Competencia	4-2
Portaria 144 de 03/04/97 – Regimento Interno da SDE	4-3
Protocolo de Defesa da Concorrência no Mercosul	4-3
Acórdãos e Despachos	4-3
Lei Peruana Ley de Organización y Funciones del Instituto de Defensa de La Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.	4-4
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Decreto-Lei -371/93 De 29 de Outubro	5-1
Legislação Portuguesa de Defesa da Concorrência Portaria -1097/93 De 29 de Outubro	5-1
Lei de Defesa da Concorrência da Venezuela	5-2
Lei Chilena	5-3
Lei Colombiana	5-3

Lei Panamenha	5-3
Regimento Interno do CADE	5-4
Proposta De Regimento Interno do CADE	5-5
Negociando com a Comissão (Dealing With the Commission, Notifications, Complaints, Inspections and Fact Finding Powers Under Articles 85 E 86 Of The Eec Treaty) -Tradução	5-6
Como A FTC Instaura uma Ação (How FTC Brings an Action – A Brief Overview of the Federal Trade Commission’s Investigative and Law Enforcement Authority)	5-7
A Concentração do Poder Econômico -Lei Australiana De “Práticas Comerciais” Tradução de Pedro Dutra e Patricia Galizia	5-9
Regulamento das Competências da Secretaria de Direito Econômico nos Procedimentos de Apuração de Práticas Restritivas da Concorrência	5-10
Resolução CADE -15, de 19 de Agosto de 1998	5-10
Resolução CADE -16 -Código de Ética	6-2
Resolução CADE -18 -Consultas	6-2
LEI N.º 8.884, DE 11 DE JUNHO DE 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.781, DE 19 DE JANEIRO DE 1999. Institui a Taxa Processual sobre os processos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e dá outras providências	6-4
LEI N.º 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal	6-4
RESOLUÇÃO N.º 20, DE 09 DE JUNHO DE 1999 Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art.51 da Lei 8.884/94.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 19, DE 03 DE FEVEREIRO DE 1999 Regulamenta o recurso voluntário no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 18, DE 25 DE NOVEMBRO DE 1998. Regulamenta o procedimento de consulta ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE - sobre matéria de sua competência.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 17 DE 04 DE NOVEMBRO DE 1998 Aprova a Portaria que trata da publicação dos atos de concentração aprovados por decurso de prazo, conforme dispõe o parágrafo 7º do artigo 54 da Lei 8884/94	6-4
RESOLUÇÃO N.º 16, DE 09 DE SETEMBRO DE 1998 Disciplina e orienta o comportamento ético dos servidores do CADE.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 15, DE 19 DE AGOSTO DE 1998 Disciplina as formalidades e os procedimentos no CADE, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
RESOLUÇÃO N.º 13, DE 13 DE MAIO DE 1998 Aprova o anexo modelo de contrato para empresas de auditoria que farão o acompanhamento das decisões plenárias com compromisso de desempenho	6-4
RESOLUÇÃO N.º 12, DE 31 DE MARÇO DE 1998 Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 11, DE 12 DE NOVEMBRO DE 1997 Altera o artigo 14 do Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 10, DE 29 DE OUTUBRO DE 1997 Aprovar o anexo Regimento Interno do CADE	6-4
RESOLUÇÃO N.º 9, DE 16 DE JULHO DE 1997 Aprova o regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e inscrição em Dívida Ativa do CADE	6-4

RESOLUÇÃO N.º 8, DE 23 DE ABRIL DE 1997 Institui a elaboração de relatório simplificado frente aos requerimentos dos atos e contratos de que trata o art. 54, da Lei n.º 8.884/94, disciplinado pela Resolução n.º 5, do CADE, de 28.08.96	6-4
RESOLUÇÃO N.º 7, DE 9 DE ABRIL DE 1997 Altera a Resolução n.º 06, de 02 de outubro de 1996.	6-4
RESOLUÇÃO N.º 6, DE 2 DE OUTUBRO DE 1996 Prioriza julgamento pelo Plenário do CADE dos atos e contratos previstos no art. 54 da Lei n.º 8.884/94, apresentados previamente à sua realização ou avençados sob condição suspensiva	6-4
RESOLUÇÃO N.º 5, DE 28 DE AGOSTO DE 1996 Disciplina as formalidades e os procedimentos, no CADE, relativos aos atos de que trata o art. 54 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994.	6-4
PORTARIA MJ N.º 753 Regulamento das competências da Secretaria de Direito Econômico nos procedimentos de apuração de práticas restritivas da concorrência	6-4
PORTARIA MJ N.º 144, DE 3 DE ABRIL DE 1997 Aprovado o Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, na forma do Anexo a esta Portaria	6-4
PORTARIA N.º 39, DE 29 DE JUNHO DE 1.999 (SEAE) Define procedimentos para a análise de atos de concentração pela SEAE	6-4
PORTARIA N.º 45, DE 11 DE AGOSTO DE 1999 (SEAE) Estabelece critérios para a cobrança das penalidades pecuniárias previstas no art. 26 da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
PORTARIA N.º 305, DE 18 DE AGOSTO DE 1999 Define a competência da SEAE para instruir procedimentos no contexto da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994	6-4
Medida Provisória 2055	7-7
Medida Provisória 2056	7-7
Lei 8884/94	7-7
The Antitrust Civil Process Act	7-7
Corporate Leniency Policy - USDOJ	7-7
Leniency Policy for Individuals - USDOJ	7-7
PARECER DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (Bancos)	8-9
CADERNO LEGISLAÇÃO ATUALIZADO EM DEZ 2001	8-10

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

Apoio



Viver sem fronteiras

www.ibrac.org.br
e-mail: ibrac@ibrac.org.br